WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CENTRO UNIVERSITÁRIO CÂNDIDO RONDON – UNIRONDON
FACULDADE DE DIREITO

CRISTIANE FERRARI

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTINÇÃO DE PARCELA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

UNCONSTITUTIONALITY EXTINCTION OF PORTION OF RETROACTIVE PRESCRIPTION

Cuiabá / MT

2014

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CRISTIANE FERRARI

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTINÇÃO DE PARCELA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

UNCONSTITUTIONALITY EXTINCTION OF PORTION OF RETROACTIVE PRESCRIPTION

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para obtenção do diploma de bacharelado na Faculdade de Direito do Centro Universitário Cândido Rondon - Unirondon.

Orientadora: Prof. Esp. Débora Carlloto Botan

Cuiabá / MT

2014

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

A única coisa que se coloca entre um homem e o que ele quer na vida é normalmente meramente a vontade de tentar e a fé para acreditar que aquilo é possível. (Richard M. Devos)

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, que me dá forças e sabedoria para prosseguir na jornada da vida; à minha irmã, *in memoriam*, pois mesmo não vivendo o suficiente para realizar todos os seus sonhos, e um deles era a graduação, vive em meu coração eternamente e sempre a levarei comigo em minhas conquistas.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

RESUMO

Cuida-se de trabalho monográfico que tem por escopo a análise do instituto da prescrição penal, precipuamente, da inconstitucionalidade de alteração advinda da Lei 12.234/2010, a qual modificou o art. 110, parágrafo primeiro, do Código Penal, suprimindo parcela da prescrição retroativa, que passa inexistir da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa.

ABSTRACT

This is of yourself monograph whose scope the analysis of the institution of criminal prescription, primarily, that the constitutionality of the amendment arising Law 12.234/2010, which modified the art. 110, first paragraph, of the Penal Code, by deleting the retroactive portion prescription, passing inexistent effect until the date of receipt of the complaint or grievance.

Palavras-Chave: Espécies prescricionais; Prescrição retroativa; Constitucionalidade; Princípios Constitucionais.

Keywords: Prescriptive species; Retroactive prescription; constitutionality; Constitutional Principles.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **7**

1 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO **8**

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA 8

1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS 11

1.3 PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL 12

1.4 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO 16

2 ESPÉCIES PRESCRICIONAIS **18**

2.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ABSTRATA 18

2.2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA E SUPERVENIENTE 22

2.3 PRESCRIÇÃO VIRTUAL 27

2.4 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA 30

2.5 PERÍODOS PRESCRICIONAIS, TERMOS INICIAIS E CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO 34

3 PRESCRIÇÃO RETROATIVA À LUZ DA LEI 12.234/2010 ..... **43**

3.1 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA 43

3.2 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.234/2010 45

3.3 REDAÇÃO DO ART. 110 §1º DO CÓDIGO PENAL, INTRODUZIDAS PELA LEI 12.234/2010 E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS 49

CONCLUSÃO **58**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **59**

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

INTRODUÇÃO

A prescrição é um instituto de grande relevância social. Como sabemos, o Estado é o único detentor do *ius puniendi* e quando da ocorrência de um fato delituoso se materializa a pretensão punitiva estatal.

Dispondo o Estado de diversos instrumentos para a investigação e instrução penal não pode o agente encontrar-se *ad eternum* sujeito ao poder punitivo do Estado, dispondo a lei acerca de critérios limitadores ao exercício punitivo e levando em consideração a gravidade delitiva, bem como a sanção correspondente, estabelece prazos dentro dos quais está o Estado autorizado a exercer sua pretensão punitiva, decorrido esse lapso temporal tem-se o instituto da prescrição, como forma de extinção da punibilidade do agente, pelo decurso do tempo.

Discorremos em uma análise prefacial, em sede de primeiro capítulo, acerca do conceito e fundamentos da prescrição, sua abordagem histórica, previsões legais e constitucionais; adentrando no capítulo seguinte será feita uma explanação holística sobre os tipos de prescrição e causas de suspensão, dentre os tipos prescricionais abordaremos a prescrição retroativa, já adentrando parcialmente no cerne de nosso trabalho.

Veja-se que os dois capítulos retro citados servem de amparo ao entendimento do instituto da prescrição de uma forma geral, para que o leitor tenha subsídio no entendimento do capítulo conclusivo, que tratara da supressão de parcela da prescrição retroativa, sobre o qual nos debruçaremos com o fito de expor os argumentos desfavoráveis à constitucionalidade de dispositivos da Lei 12.234/2010, que alterou o Código Penal suprimindo a contagem da prescrição retroativa da data do fato até o recebimento da Denúncia/Queixa.

Atentar-se-á para a afronta a princípios basilares do direito constitucional, tais como a proporcionalidade e razoável duração do processo. Ainda sob a ótica da celeridade processual, abordaremos como tais alterações legais favorecem a mora da Polícia Judiciária, bem como do Ministério Público no desfecho da investigação criminal e o tempo demasiadamente longo que pode durar uma fase inquisitorial até o início do processo.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

1 NOÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

1.1 Conceito e natureza jurídica

Já dizia Teixeira de Freitas, a prescrição é a filha do tempo e irmã da paz, um instituto de pacificação social. A palavra prescrição tem origem etimológica no termo latino *praescriptio*, que significa escrever antes ou no começo.

De acordo Plácido e Silva[1], a prescrição criminal:

> É a extinção do direito de processar a pessoa que cometeu um delito ou uma infração ou a extinção do direito de aplicar a pena ao condenado por ato delituoso ou por infração. Neste particular, pois, a prescrição criminosa apresenta-se como prescrição da ação, quando se extingue o direito de processar, ou prescrição da pena, quando se extingue o direito de impor a condenação ou o cumprimento da pena. Questão de ordem pública, a prescrição é matéria que deve ser expressamente regulada em lei, onde se estabelecem as condições de sua efetividade, ou seja, os casos de sua aplicação, podendo ser alegada a todo tempo.

Segundo Luiz Régis Prado[2] a prescrição corresponde à perda do direito de punir pela inércia do Estado, pois não exercitou dentro do lapso temporal fixado. Trata-se de matéria de ordem pública, que pode ser arguida pelas partes ou de ofício a qualquer momento no processo, como se depreende da inteligência do art. 61[3] do Código de Processo Penal.

Para Bitencourt[4] a pretensão punitiva não pode eternizar-se como uma espada de Dámocles pairando sobre a cabeça do indivíduo, por isso há critérios limitadores pra o exercício punitivo, definidos de acordo com a gravidade delituosa e a sanção correspondente.

Nas lições de Bento de Faria[5] encontramos a seguinte conceituação:

> A prescrição penal consiste na extinção da responsabilidade por motivo do transcurso de certo tempo, em determinadas condições, sem que se promova a repressão do delito ou em que a pena seja executada.

---

[1] SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 601.

[2] PADRO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.828.

[3] "Art. 61, CP: Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício."

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 882.

[5] FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: 1959. p. 215.

> É, portanto, a extinção do direito de processar o delinquente, ou de aplicar-lhe a pena judicialmente decretada, devido à sua inexecução durante certo lapso de tempo.

A conceituação de prescrição cuida-se de definição desprovida de complexidade podendo ser compreendida como fruto do decurso do tempo, pois, em regra, pacifica as relações sociais.

Preleciona Fernando Capez[6] que o Estado, dotado de soberania, detém única e exclusivamente o *jus puniendi.* Assevera o autor, que mesmo nas ações penais privadas o particular tem apenas a prerrogativa de, por meio da queixa-crime, dar início ao processo penal, contudo o *jus puniendi* continua pertencendo ao Estado, que pode, inclusive, oferecer anistia em crimes de ação penal privada, pontua o doutrinador, que somente quem detém o *jus puniendi* pode a ele renunciar.

O direito estatal de punir o infrator existe abstratamente, independente da prática delituosa e quando da prática do delito o direito de punir, que era abstrato e impessoal, concretiza-se e se transforma em pretensão e a pretensão para Capez[7] é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio. No caso da pretensão punitiva ocorre a submissão do direito de liberdade do criminoso ao direito de punição estatal. Logo, essa pretensão concretizada e individual, na qual o direito abstrato se transformou, denomina-se punibilidade.

A punibilidade nada mais é do que a possibilidade de efetivação concreta da pretensão punitiva e para efetivá-la o Estado deve agir dentro de lapsos temporais determinados sob pena de perdê-la. Nesse diapasão chegamos à prescrição, que é justamente a perda da pretensão concreta de punir o infrator ou de executar a pena durante determinado período de tempo. O presente raciocínio elaborado pelo professor Capez nos faz compreender de forma didática e lógica o surgimento da pretensão punitiva, partindo do *jus puniendi* estatal e chegando à prescrição, dessa forma entendemos facilitar o entendimento do leitor acerca do presente trabalho monográfico.

Quando falamos de determinado instituto, tal como de sua conceituação, necessária se faz a análise de sua natureza jurídica. No caso da prescrição, essa foi objeto de grandes controvérsias jurídicas acerca de sua natureza, todavia contemporaneamente encontram-se tais

---

[6] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012, p. 620 .

[7] *Ibid,* p. 621.

divergências pacificadas, por entender a doutrina majoritária ser esse instituto de natureza material. A título pedagógico discorreremos brevemente acerca de tais discussões, que se dividem, basicamente, em três correntes: material, processual e mista.

Material (Majoritária): Alega ser a prescrição um instituto de direito material, ou seja, direito penal, não havendo ligação com o direito formal, processual, pois a sua ocorrência desencadeia a perda do poder punitivo concreto estatal, esvazia o caráter pedagógico da pena.

Para Capez[8] não há dúvidas de que a prescrição é um instituto de direito material, elencada no Código Penal, como causa de extinção da punibilidade, art. 107, IV do CP, sendo que a extinção do processo seria mera consequência da perda do direito de punir.

No mesmo sentido, temos os ensinamentos de Damásio de Jesus[9], que defende a natureza material, tendo em vista sua disciplina no Código Penal e o fato de impedir a persecução penal, configura simples efeito de natureza processual pena, o mesmo que ocorre nos institutos da anistia, renúncia do direito de queixa e reparação do dano no peculato culposo.

Destaca, ainda, o professor André Estefan[10], que o fato de ser a natureza da prescrição de ordem material traz significativos reflexos em seu regime jurídico, a exemplo da retroatividade da lei que trata da prescrição, retroagindo caso beneficie o agente e contagem do prazo, nos moldes do art. 10 do CP, ou seja, inclui-se o dia do início e exclui-se o dia do termo final. Logo, é de grande relevância a caracterização da natureza material para o instituto.

Em síntese, essa é a corrente majoritária em nosso ordenamento, acolhendo a prescrição como instituto material. Todavia, temos duas outras correntes que já foram objeto de controvérsias no que toca a natureza da prescrição.

Processual: Embasa-se nos efeitos em que o tempo imprime sobre o conjunto probatório, causando o enfraquecimento dos vestígios, portanto encontraria, a prescrição, amparo no direito processual penal, pois influi diretamente nas provas necessárias à instrução penal.

---

[8] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012, p. 622.

[9] JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 762.

[10] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 507.

Mista: Tal corrente faz um sincretismo entre as duas anteriores, trabalhando as concepções formais e materiais da prescrição. Volta-se tanto ao enfraquecimento dos vestígios quanto a finalidade da pena que se esgota com o decurso temporal.

Em que pese a existência de grandes defensores desta acepção, como já dissemos, prepondera em nosso ordenamento a corrente material, pelos argumentos já explanados e ainda, por se tratar de direito do réu, extinguindo, assim, a punibilidade do delito praticado.

1.2 Abordagem histórica

A prescrição penal é assunto que remonta a muitos séculos na história da humanidade. Os costumes de um povo é o que determinava a liberação do criminoso pelo decurso do tempo. Em que pese haver relatos da ocorrência desse instituto no Direito Grego, só se tem a comprovação de sua existência no Direito Romano, com a *lex julia de adulterriis,* 18 anos a.C. na Roma Antiga. Inicialmente a prescrição foi criada para o crime de adultério, mas posteriormente estende-se aos demais delitos. A lei romana previa que delitos de maior potencial ofensivo eram imprescritíveis, eram eles parricídio, apostasia e parto suposto.

Inicialmente inexistia prescrição da pretensão executória, mas tão somente a prescrição da pretensão punitiva. A prescrição da pretensão executória veio a surgir na França, por meio do Código Penal de 1791 também conhecida como prescrição da condenação, que logo foi difundida em outros países.

Nos dias atuais a prescrição da pretensão punitiva é aceita pela unanimidade dos ordenamentos jurídicos, no que pertine a aceitabilidade da prescrição da pretensão executória, a Inglaterra não a aceita, logo não há prescritibilidade para execução da pena imposta naquele país.

No Brasil a figura da prescrição, de acordo Estefam[11], surgiu o Código de Processo Criminal de 1832, tendo em vista que o Código Criminal do Império nada mencionou acerca do instituto. O código processual de 1832 previa a prescrição antes do trânsito em julgado, ou seja, previa tão somente a prescrição abstrata, notadamente pelo fato da disposição quanto à prescrição encontrar-se no bojo do Código Processual, crê-se que o instituto, na época, era tratado como de natureza jurídica processual.

No que pertine a prescrição da condenação/executória esta adveio com o Decreto nº 774 (Código Penal) de 1890, quase cem anos após a implantação na França. O código Penal

---

[11] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 507.

de 1890 trouxe as duas espécies de prescrição, da pretensão punitiva e executória, sendo forçoso convir que já se tinha a prescrição como instituto de natureza material.

Em breve síntese, passa-se da imprescritibilidade dos delitos em nosso ordenamento à estipulação de prazos condizentes com a gravidade delitiva. A tendência do Direito Penal moderno liberal é a prescritibilidade de todos os delitos.

1.3 Previsão Constitucional e Legal da Prescrição

Como já explanado na parte histórica, em sede de ordenamento jurídico brasileiro, a primeira manifestação legal da prescrição remonta à época do Império, Constituição de 1830, na qual havia a regra da imprescritibilidade dos delitos.

A Constituição da República federativa do Brasil de 1988, trata da prescritibilidade a *contrario sensu,* ou seja, elenca em seu art. 5º, os únicos delitos não passíveis de prescrição, ensejando uma interpretação segundo a qual a regra é a prescritibilidade, são os seguintes os crimes imprescritíveis:

> (...)
>
> XLII - a prática do **racismo** constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
>
> XLIV - constitui crime inafiançável e **imprescritível** a ação de **grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático**;

O racismo está disciplinado pela Lei 7.716/1989 e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático regula-se pela Lei 7170/1983, que trata dos crimes contra a segurança nacional.

Tendo em vista o disciplinamento constitucional, achou por bem o legislador elencar apenas dois delitos insuscetíveis de prescrição, tais hipóteses são taxativas e por se tratar de previsão abarcada pelos direitos e garantias fundamentais constituem cláusula pétrea, consoante art. 60, § 4º, inciso IV[12], da Carta Republicana. Nessa esteira as hipóteses de imprescritibilidade não podem ser abolidas nem modificadas ainda que por emenda à constituição, ou seja, somente nova assembleia constituinte poderá modificá-las.

---

[12] Art. 60.§ 4º, CRFB/88: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

A tendência de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos é caracteristica marcante de nossa constituição atual, não por acaso conhecida como constituição cidadã. No tocante à previsão de imprescritibilidade dos crimes de racismo, ensina o constitucionalista Lammêgo Bulos[13]:

> O constituinte de 1988 expressou esta matéria de forma clara e objetiva. Antes não era assim. Tanto a Constituição de 1967 (art. 150, § 1º) quanto a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 153, § 1º) aduziram, apenas, que o preconceito racial deveria ser punido pela lei. De resto, nas constituições passadas, o preceito vinha introduzido dentro da generalidade do próprio princípio da isonomia, sem qualquer disposição específica a seu respeito.
>
> A partir de agora, a existência de conflitos raciais encontrou disposição rigorosa, pois a prática de racismo se converteu em delito inafiançável e imprescritível, sujeitando o autor à pena de reclusão, definida nos parâmetros da lei.

Arremata a questão da taxatividade dos crimes imprescritíveis o doutrinador Estefam[14] para o qual a constituição adotou o princípio da prescritibilidade dos delitos, citando o brocardo "*inclusio unius alterius est exclusio*", ou seja, o que não está incluído encontra-se excluído.

O art. 107 do Código Penal lista a prescrição dentro de um rol exemplificativo de causas extintivas da punibilidade, analisaremos sumariamente acerca de cada umas delas, vejamos:

> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
>
> I - pela morte do agente;
>
> II - pela anistia, graça ou indulto;
>
> III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
>
> IV - **pela prescrição**, decadência ou perempção;
>
> V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
>
> VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite.

Com espeque no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, o qual prevê que a pena não passará da pessoa do condenado, temos o princípio da personalidade da pena, nesse prisma a

---

[13]BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 214.

[14] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 509.

morte apaga todos os efeitos penais do delito cometido. Nos dizeres de Estefam[15] "*mors ommia solvit",* a morte tudo resolve. Ponto relevante é a apresentação de certidão de óbito falsa, pois a maioria doutrinária defende ser inviável a desconstituição da coisa julgada, que com base na pseudo-certidão julgou extinta a punibilidade, tendo em vista a configuração de revisão criminal *pro societate,* para os defensores desse posicionamento, a exemplo de Mirabete[16], responderia o agente apenas pela falsidade, não sendo possível desconstituir a extinção da punibilidade com fulcro na certidão falsa. De outro norte Estefam[17] assevera que um fato juridicamente inexistente não pode produzir efeitos, mais a mais o que extingue a punibilidade é a morte e não a certidão de óbito e nessa esteira, descobrindo-se que o autor do fato está vivo não pode subsistir a decisão anterior, nesse sentido é o teor de decisão proferida pela corte suprema nos autos do HC 84.525[18].

A anistia, graça e indulto para Bitencourt[19]:

> (…) constituem uma das formas mais antigas de extinção da punibilidade, conhecidas no passado como *clemência soberana – indulgência principis -,* e justificavam-se pela necessidade, não raro, de atenuar os rigores exagerados das sanções penais, muitas vezes desproporcionais ao crime praticado.

Nas palavras de Mirabete[20] a anistia, a graça e o indulto são causas extintivas da punibilidade motivadas por questões de política criminal, além de processo de individualização da pena. Em explanação esclarecedora explica o autor acerca do instituto da anistia, a qual pode ocorrer antes ou depois da sentença, importante observação é a de que a anistia recai sobre fatos e não pessoas, malgrado possa exigir condições subjetivas para sua aplicação. A anistia tem o condão de olvidar o crime e seus efeitos penais, subsistindo os civis, por meio de lei editada pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 21, XVII e art. 48, VIII da Constituição Federal, é aplicada, principalmente a crimes políticos. Por expressa disposição constitucional, art. 5º, XLIII, os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia. Quanto a sua aceitabilidade, se condicionada a anistia pode ser recusada, todavia se aceita não poderá ser revogada, ainda que o beneficiário descumpra eventuais condições impostas.

---

[15] *Ibid,* p. 495.

[16] MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 23ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.403.

[17] *Idid,* p. 496.

[18] HC 84.525, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 16/11/2004, informativo STF nº. 370.

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 876.

[20] MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 23ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 404.

O Indulto consiste no perdão da pena, e materializa-se na concessão pelo Presidente da República ou por quem lhe faça as vezes de perdão referente a crime praticado por determinadas pessoas. Há muita confusão entre o instituto do indulto e o famigerado "saidão" que é concedido em datas comemorativas como no natal, esclarecedora diferenciação encontra-se disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios[21]. Enquanto o indulto encontra respaldo no texto constitucional, art. 84, XII, é regulado anualmente por decreto presidencial, extingue a pena, é destinado a determinados grupos de pessoas, a exemplo de paraplégicos; as saídas encontram fundamento na Lei de Execuções penais, são reguladas por portaria das varas das execuções penais, concedidas a sentenciados que estejam em regime semiaberto e o condenado retorna ao estabelecimento prisional após o prazo fixado na portaria.

A graça assemelha-se ao indulto, sendo este coletivo e aquela individual. Chamada por alguns autores de indulto individual[22] a graça alcança crimes comuns, os crimes insuscetíveis de anistia também o são no tocante ao instituto da graça.

O inciso terceira traz o *abolitio criminis,* que nada mais é do que a descriminalização da conduta, ou seja, é o fato típico que passa a ser atípico, lei nova deixa de prever determinada conduta como criminosa, extinguindo todos os seus efeitos passados e futuros, exemplo clássico que encontramos em nossa doutrina é a descriminalização do adultério.

A decadência, em suma, é a perda do direito da vítima de oferecer a denúncia/queixa, pois esgotado o prazo fatal, via de regra de seis meses. A decadência, presente na ação penal privada e na ação penal pública condicionada à representação, atinge diretamente o *jus persequendi,* extinguindo o direito de agir do legitimado.

Já a perempção ataca o direito de prosseguir no direito de ação penal privada, regulada pelo art. 60 do CPP[23], trata-se de punição imposta pela lei ao querelante inerte, fazendo presumir sua desistência.

---

[21] Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/execucoes-penais/vep/informacoes/diferenca-entre-saidao-e-indulto. Acessado em 15/07/2014.

[22] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 877.

[23] "Art.60, CPP: Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: I- quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II- quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III- quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do

A renúncia ao direito de queixa ocorre somente nas ações penais privadas, é o ato unilateral pelo qual o querelante manifesta, antes de iniciada a ação, o seu desinteresse em exercer o direito de queixa, art. 50, CPP. O perdão, por seu turno, é a desistência de prosseguir na ação, é ato bilateral, e somente se aperfeiçoa com a aceitação do querelado.

Chegamos a derradeira hipótese de extinção da punibilidade expressa no bojo do art. 107, a retratação do agente. A retratação é a retirada do que se disse, o arrependimento e a busca pela reparação do dano causado. O Código Penal prevê a retratação nos casos de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia. Importante salientar que no caso de falso testemunho a retratação deve se dar no processo em que foi praticada e não no que apura o falso testemunho, ademais é circunstância comunicável se estendendo aos demais agentes, o que não ocorre no caso da calúnia e difamação, pois nesses delitos a retratação de um agente é incomunicável com os demais.

Como dito o rol do art. 107 é meramente exemplificativo, não exaurindo as hipóteses extintivas da punibilidade. Passemos aos fundamentos motivadores da prescrição.

1.4 Fundamentos da prescrição

Os fundamentos prescricionais são a razão de ser do instituto são eles que embasam e justificam sua existência.

Não há uma definição exata da quantificação e nomenclatura dos fundamentos prescricionais, variando eles, de acordo o entendimento doutrinário. Contudo a tônica das fundamentações é a mesma, como veremos.

Capez[24] assevera que, de forma genérica, são dois os fundamentos da prescrição:

> a) Inconveniência da aplicação da pena muito tempo após a prática da infração penal;
>
> b) combate à ineficiência: O Estado deve ser compelido a agir dentro dos prazos determinados.

Para Nucci[25] há diversas teses fundamentadoras da prescrição em nosso ordenamento enumerando as seguintes:

> **Teoria do esquecimento:** baseia-se no fato de que, após o decurso de certo tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime

---

processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV- quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor."

[24] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 622.

[25] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 560.

> apaga-se da memória da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando, pois, de haver motivo para punição;
>
> **Teoria da expiação moral:** fundamenta-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso sofre a expectativa de ser, a qualquer tempo, descoberto, processado e punido, o que já lhe serve de aflição, sendo desnecessária a aplicação da pena;
>
> **Teoria da emenda do delinquente:** tem por base o fato de que o decurso do tempo traz, por si só, mudança de comportamento, presumindo-se sua regeneração e demonstrando a desnecessidade de pena;
>
> **Teoria da dispersão das provas:** lastreia-se na ideia de que o decurso do tempo provoca a perda das provas, tornando quase impossível realizar um julgamento justo muito tempo depois da consumação do delito. Haveria maior possibilidade de ocorrência de erro judiciário;
>
> **Teoria psicológica:** fundamenta-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena.

Como vimos, Nucci se embasa em tais teorias como razão de ser da prescrição, que para ele, é instituto benéfico e positivo, diante da inércia do Estado em sua tarefa investigativa na apuração do delito.

Preceitua Giulio Battaglini, citado por Bitencourt[26], fundamentando a Teoria do esquecimento:

> "A prescrição cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou enfraquece."

É verdade que se o que determina a intervenção do Estado é o alarma social e decorrido considerável período de tempo sem que o ente estatal tenha reprimido o delito, o tal alarma vai desaparecendo aos poucos e acaba se pagando, de tal forma que acarreta a ausência de interesse, desmotivando a persecução punitiva.

Decorrido longo tempo sem que o réu tenha reincidido em delito potencialmente provável que tenha havido a implementação do objetivo da norma penal, que é a readaptação social do delinquente. Porém se o agente volta a incorrer em infração penal, é certo que a norma não cumpriu o seu objetivo fim e estando o legislador ciente dessa possível ocorrência, previu, por meio do art. 117, VI, do Código Penal, a interrupção da pretensão executória em caso de reincidência, como analisaremos melhor no próximo capítulo.

---

[26] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 884.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Há quem defenda a impossibilidade de regeneração do delinquente por meio do decurso do tempo. Os positivistas comungam desse entendimento. Para Cesare Lombroso, também citado pelo ilustre Bitencourt[27], o criminoso é ser atávico, ou seja, representa um retrocesso ao homem primitivo, selvagem, ele já nasce delinquente e continuará nessa prática até a morte. Apesar dos argumentos positivistas, essa tese não encontra guarida, tendo em vista que a prescrição atende de forma satisfatória aos anseios sociais.

O detentor do *jus puniendi* deve arcar com a sua inércia, diante do não cumprimento dos prazos processuais, como dizia Rui Barbosa "justiça tardia não é justiça é injustiça manifesta".

Como dito inicialmente, não há divergência no tocante aos fundamentos prescricionais e os autores, repise-se, de forma genérica, tem fulcro no decurso do tempo, na correção do agente e na negligência estatal como bases da prescrição.

Em verdade, concluímos, que os fundamentos prescricionais estão em consonância com os ditames de nosso Estado Democrático de Direito, pois seria ferir de morte a legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e demais primados de nosso ordenamento não levar em consideração que o decurso do tempo traz mudanças significativas no tocante ao crime, ao delinquente, à sociedade e ao Estado, sendo medida de justiça a existência e reconhecimento da prescrição.

Por hora é o que cumpre discorrer acerca das noções prescricionais, como dito no preâmbulo, trata-se o presente capítulo de noções introdutórias acerca do instituto da prescrição, faremos, assim, o exame perfunctório de conceitos e histórico da prescrição retroativa, ligada diretamente ao cerne de nosso trabalho, no capítulo conclusivo, destinado a análise minudente do tema supressão de parcela da prescrição retroativa.

2 ESPÉCIES PRESCRICIONAIS

2.1. Prescrição da pretensão punitiva abstrata

De modo geral, temos em nosso ordenamento duas espécies de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. De forma

---

[27] *Ibid.*

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

simplificada Capez[28] explica que o Estado detêm duas pretensões, a de punir e a de executar, dessa feita temos duas espécies de prescrição:

1) **Prescrição da pretensão punitiva**, que subdivide-se em: a) prescrição da pretensão punitiva abstrata (propriamente dita); b) prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou superveniente à sentença condenatória, c) prescrição da pretensão punitiva retroativa e d) prescrição antecipada, projetada, perspectiva ou virtual. No que pertine à prescrição virtual, importante frisar, desde já, sua inexistência expressa no Código Penal, sendo construção doutrinária e objeto de controvérsias quanto à aceitação de sua aplicabilidade no direito brasileiro.

2) **Prescrição da pretensão executória**, esta, por sua vez, não comporta subdivisões.

Neste capítulo abordaremos cada uma das espécies de prescrição, apontando suas especificidades, para melhor entendimento do presente trabalho, seu objeto e objetivo.

A prescrição da pretensão punitiva abstrata ou propriamente dita está prevista no art.109 do decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), *in verbis*:

> "Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º art. 110[29] deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (…)"

A título de facilitar a percepção dos prazos prescricionais elencados no artigo retro mencionado fizemos uma tabela com a relação pena/prazo prescricional:

MÁXIMO DA PENA COMINADA	**PRESCREVE EM**
SUPERIOR A 12 ANOS	20 ANOS

[28] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 624.

[29] "Art. 110, § 1º do Código Penal: 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."

SUPERIOR A 8 ANOS NÃO EXCEDA 12 ANOS	16 ANOS
SUPERIOR A 4 ANOS NÃO EXCEDA 8 ANOS	12 ANOS
SUPERIOR A 2 ANOS NÃO EXCEDA 4 ANOS	8 ANOS
IGUAL OU SUPERIOR A 1 ANO NÃO EXCEDA 2 ANOS	4 ANOS
INFERIOR A 1 ANO	3 ANOS

A denominação prescrição abstrata advém do fato de ainda não ser a pena concretizada por meio de sentença, logo a tabela do artigo supramencionado, taxativa, por sua vez, traz os parâmetros para que seja aferido o *quantum* de lapso temporal aplicar-se-á ao caso concreto para se aferir a ocorrência ou não da prescrição. Tendo em vista não ser saber ainda, por inexistir decisão judicial, o quantitativo da pena que será aplicada ao criminoso, o cálculo é feito pelo máximo da pena cominada em abstrato, como se depreende da tabela retro.

Para obtenção do prazo prescricional no caso concreto, em termos de prescrição em abstrato, preleciona Bitencourt[30]:

> Para se encontrar o prazo prescricional deve-se tomar as seguintes providências:
>
> a) observar o máximo de pena privativa de liberdade cominada à infração penal.
>
> O motivo da consideração do limite máximo cominado ao delito é o fato de ser o máximo que poderá atingir a pena concretizada na sentença.
>
> b) verificar, no art. 109 do CP, o prazo prescricional correspondente àquele limite de pena cominada (prazo preliminar).

[30] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 886.

> Esse prazo é básico ou preliminar, porque poderá sofrer a incidência de majorantes e minorantes de aplicação obrigatória, bem como menoridade ou velhice, que, naturalmente, alterarão seu limite.
>
> c) verificar se há alguma das causas modificadoras desse prazo:
>
> 1) Majorantes ou minorantes obrigatórias, exceto as referentes ao concurso formal próprio e ao crime continuado.
>
> Deve-se considerar a eventual existência de causas modificadoras da pena, quais sejam, as majorantes ou minorantes, excluindo-se, evidentemente, as agravantes e atenuantes. Como em matéria de prescrição deve-se priorizar o interesse público, em se tratando de majorante deve-se considerar o fator que mais aumente, e, em se tratando de minorante, o fator que menos diminua a pena.
>
> 2) Menoridade ou velhice (art. 115 do CP[31]).
>
> Se o agente era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta, o prazo prescricional reduzir-se-á pela metade.
>
> Fazendo incidir essas causas modificadoras - majorantes e minorantes, e idade do agente - sobre o máximo da pena, que fundamenta o prazo preliminar, encontrar-se-á o prazo definitivo.

Posto que após uma análise do máximo da pena cominada, tal como das causas majorantes e minorantes e da idade do agente, chegamos ao prazo prescricional, o qual deverá ser aplicado ao caso concreto, dentro de determinados lapsos.

Importante salientar, quando trata-se de concurso de crimes (concurso material, formal e crime continuado) a prescrição da pretensão punitiva atinge os delitos isoladamente, é o que se extrai da inteligência do art. 119 do diploma penal.

No que tange a previsão do art. 110, "caput", parte final, a qual traz o aumento de 1/3 nos prazos prescricionais caso o condenado seja reincidente não aplica-se à prescrição da pretensão punitiva, mas tão somente à prescrição da pretensão executória, inclusive a esse respeito temos entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça.[32]

O reconhecimento da prescrição antes de transitar em julgado a sentença condenatória não impede a cobrança da reparação civil, contudo a sentença penal não terá

---

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

[32] Súmula nº 220 do STJ: Reincidência - Prescrição - Pretensão Punitiva: A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

força de título executivo. O réu, por sua vez, uma vez ocorrida a prescrição não poderá ser submetido a novo processo pelo mesmo fato sobre o qual recaiu a prescrição.

No concernente às penas restritivas de direitos, conforme consubstancia o art. 109, parágrafo único do código Penal, aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. Logo, caso haja a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, continuaremos a utilizar a tabela do art. 109 para verificação do prazo prescricional.

A redução da prescrição pela metade, nos moldes do art. 115, no caso de possuir o agente 21 anos no tempo do crime, teoria da atividade, ou maior 70 na data da sentença, fundamenta-se de acordo Luiz Regis Prado[33] em razões de política criminal, uma vez que aplica-se a norma mais favorável, pois em que pese a responsabilização penal ocorrer a partir dos 18 anos, a redução da prescrição pela metade ao menor de 21 é norma mais benéfica, devendo, ser aplicada.

Com relação ao réu maior de 70 anos na data da sentença, para Regis Prado[34] com o advento da Lei 10.741/2003 (Estatuto do idoso) passou-se a considerar o maior de 60 anos, para fins de prescrição pela metade, tendo por base interpretação mais favorável, assegurada constitucionalmente, conforme art. 5º, XL, da CR/1988[35].

2.2. Prescrição da pretensão punitiva retroativa e superveniente

Diferentemente da abstrata, na qual ainda não temos sentença condenatória e utilizamos tão somente da pena máxima cominada ao delito para encontrar o prazo prescricional, a prescrição retroativa é modalidade de prescrição em concreto, que tem por base a pena aplicada em sede de sentença condenatória recorrível, porém transitada em julgado para a acusação (Ministério Público ou querelante), contada, a partir do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. No que pertine a contagem do prazo de suma importância frisarmos que nesse ponto reside nosso trabalho monográfico, tendo em vista que anteriormente ao advento da Lei 12. 234/2010, o marco inicial tinha início na data do fato, o que foi extinto pela citada lei, iniciando-se, então,

---

[33] PADRO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 829.
[34] *Ibid,* p.829.

[35] Art. 5º, XL, CRFB/88: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

da data do recebimento da denúncia/queixa, ou seja, suprimiu-se parcela da prescrição retroativa, veremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

A nomenclatura retroativa deve-se ao fato da contagem se dar de frente para trás, vejamos como funciona na prática, o Tribunal verifica a data da publicação da sentença condenatória, faz o cálculo do prazo prescricional, de acordo a pena aplicada, e retroage até a data do recebimento da denúncia/queixa[36] verificando assim se o delito encontra-se prescrito, com base na modalidade retroativa.

Quanto à natureza jurídica dessa espécie prescricional, de acordo ensinamento de Rogério Greco[37] como o Estado, mesmo após a decretação da condenação, não veio a formar um título executivo judicial, deve-se considerar a prescrição retroativa como espécie de prescrição da pretensão punitiva e não executória. Dessa feita, desencadeia-se uma série de consequências advindas da natureza jurídica da prescrição retroativa ser considerada espécie da pretensão punitiva, a exemplo:

a) inaplicabilidade do aumento de 1/3 nos prazos prescricionais em caso de reincidência do réu;

b) a sentença condenatória não servirá para efeitos de maus antecedentes do condenado;

c) a sentença não servirá de título executivo judicial para a vítima, que busca reparação cível, devendo esta ingressar com ação própria em âmbito civil.

Como se vê é de suma importância e beneficia o réu a natureza jurídica de pretensão punitiva da espécie prescricional em comento.

No que toca sua previsão legal, a prescrição retroativa tem respaldo legal na combinação do artigo 109, "caput" com o parágrafo primeiro do art. 110, do Código Penal, *ipsis litteris*:

> 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: (...)
>
> 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.

---

[36] Em caso de crimes dolosos contra a vida, a pronuncia é o marco inicial retroativo.

[37] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p. 718.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> § 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**. (negrito nosso).

A prescrição retroativa, conforme inteligência do artigo citado supra, tem por base a pena aplicada, o que a difere da prescrição em abstrato que, por seu turno, leva em conta a pena máxima cominada ao delito, por não haver ainda sentença condenatória, como já visto alhures, trataremos mais a respeito da prescrição retroativa no capítulo terceiro, no qual, repise-se, trataremos das modificações na citada modalidade prescricional advindas com Lei 12.234/2010.

O teor do art. 109, "caput", do CP nos traz a prescrição da pretensão executória, a qual, como veremos, ocorre após o trânsito em julgado definitivo da sentença judicial. A retroativa, insculpida no parágrafo único do mesmo dispositivo trata das modalidades retroativa e intercorrente, ambas tendo por base a pena aplicada, contudo, sem a ocorrência do trânsito em julgado, pois da ocorrência desse passa-se a contar a prescrição da pretensão executória.

De acordo Estefam[38]o que difere a prescrição da pretensão punitiva em abstrato da concreta é o parâmetro na base de cálculo da pena, pois a concreta, utiliza-se da pena imposta na sentença recorrível. Contudo apesar da existência de condenação a prescrição retroativa requer a ocorrência de algum evento de cunho processual que impeça a elevação da pena fixada na sentença. Estefam[39] cita algumas hipóteses de ocorrência de evento processual que impede a elevação da pena e, dessa forma, pode ser aplicada a prescrição retroativa, são eles: a) Ocorrência de trânsito em julgado para a acusação (MP ou querelante); b) Improvimento do recurso da acusação; c) O objetivo do recurso interposto pela acusação não tem o condão de interferir no prazo prescricional, a exemplo da apelação que visa a absolvição do réu, ou se o recurso não visa aumento de pena, nesse último caso o primado da *reformatio in pejus* proíbe o tribunal de elevar a pena de ofício. Nesses casos impeditivos da elevação da pena pode-se verificar a ocorrência da prescrição retroativa.

---

[38] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 518.

[39] *Ibid.*

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Nesse sentido, explica, ainda, Damásio de Jesus[40] acerca dos requisitos para aplicação da prescrição retroativa:

> (...) desde que transitada em julgado para a acusação ou improvido seu recurso verifica-se o quantum da pena imposta na sentença condenatória, a seguir adequa-se tal prazo num dos incisos do artigo 109 do CP. Encontrando o respectivo período prescricional, procura-se encaixá-lo entre dois polos: data do termo inicial de acordo com art. 111 e a do recebimento da denúncia ou queixa, ou entre esta e a publicação da sentença condenatória.

De acordo Damásio, citado por Bitencourt[41], a prescrição retroativa, assim como a intercorrente, fazem exceção à contagem dos prazos do art. 109. Tais espécies, têm, segundo ele, o princípio da pena justa como fundamento, sendo que a pena aplicada era, desde a prática do fato, necessária e suficiente para aquele caso concreto, por isso deve servir de parâmetro para a prescrição.

Para Bitencourt[42], amplamente utilizado neste trabalho, devido a sua detalhada e crítica abordagem acerca da prescrição, para caracterização da prescrição retroativa, nos termos da legislação em vigor, deve-se examinar o seguinte:

> A - Pressupostos da prescrição retroativa
>
> a) inocorrência da prescrição abstrata.
>
> b) Sentença penal condenatória.
>
> c) Trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso.
>
> B - Como encontrar o prazo prescricional
>
> a) Tomar a pena concretizada na sentença condenatória.
>
> Dever-se-á computar toda a pena aplicada, com exceção da majoração decorrente do concurso formal próprio e do crime continuado. A detração somente é aproveitada para a execução da pena, ou para prescrição da pretensão executória.
>
> b) Verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 do CP).
>
> c) Analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade é a do art. 115.[43]

---

[40] JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 307.

[41] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 888.

[42] *Ibid.*

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

Como é cediço, não ocorrida a prescrição em abstrato, regulada pela tabela do art. 109, e uma vez aplicada a pena em concreto, observado os demais requisitos mencionados, verificar-se-á a ocorrência da prescrição retroativa.

A prescrição superveniente, por seu turno, também conhecida como subsequente ou intercorrente, tendo por base a pena em concreto, é conta-se da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, verificado ainda o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento de seu recurso.

As nomenclaturas superveniente, intercorrente e subsequente devem-se ao fato de ocorrer a contagem do prazo após a decisão condenatória, contudo entre essa e o trânsito em julgado, pois passada em julgado a condenação passa-se a contabilizar a prescrição da pretensão executória.

Greco[44]nos ensina como concluir pela prescrição superveniente:

> 1) deve existir uma sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, fixando uma determinada quantidade de pena, que será utilizada para efeito de cálculo, de acordo com o art. 109 do Código Penal;
>
> 2) deverá ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação (Ministério Público ou querelante)
>
> 3) não pode ter ocorrido a prescrição retroativa, contada a partir da data do recebimento da denúncia ou queixa, até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
>
> 4) será calculada para frente, ou seja, a partir da sentença ou acórdão condenatório recorrível.

Bitencourt[45]lista as providências que devem ser tomadas para encontrarmos o prazo prescricional na modalidade intercorrente, são elas:

> a) Tomar a pena concretizada na sentença condenatória.
>
> Dever-se-á computar toda a pena aplicada, com exceção da majoração decorrente do concurso formal próprio e do crime continuado. A detração somente é aproveitada para a execução da pena, ou para a prescrição da pretensão executória.
>
> b) Verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 CP).

---

[44] GRECO, Rogério. **CURSO DE DIREITO PENAL.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p. 718.

[45] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 904.

> c) Analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade é a do art. 115.

Em que pese as diversas terminologias atribuídas a essa modalidade de prescrição, há preponderância na doutrina e jurisprudência pelo uso do termo superveniente. E do mesmo modo, que a prescrição retroativa, a superveniente é modalidade da pretensão punitiva concreta, tendo em vista que impede a formação de título executivo judicial, parafraseando o ilustre doutrinador Greco.[46]

O Supremo Tribunal Federal, entendendo presente a prescrição superveniente, nos deixa clara a natureza jurídica de prescrição da pretensão punitiva da modalidade prescricional em análise, *in verbis* :

> Caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, se entre a data da sentença ao dia do julgamento da apelação que nega provimento a recurso do MP decorreu lapso prescricional, hipótese em que deve ser decretada de ofício." (AR, Rel. Célio Borja)[47].

A prescrição retroativa e a intercorrente guardam grande semelhança, tendo em vista que ambas levam em consideração a pena *in concreto,* o que as difere é o momento em que são aplicadas, a retroativa, como vimos, conta-se da data da publicação da sentença condenatória recorrível retroagindo até a data do recebimento da denúncia/queixa, já a intercorrente, inicia-se a contagem do prazo a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

2.3 Prescrição Virtual

A prescrição virtual, também conhecida como em perspectiva, antecipada ou projetada não encontra respaldo em nossa legislação, cuida-se de invenção doutrinária e jurisprudencial, e como muitos autores propagam, é variação da prescrição retroativa, ou seja, como o próprio nome sugere é um reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, muitas vezes, antes mesmo do recebimento da denúncia ou após, contudo antes da ocorrência de sentença condenatória. Encontramos sua conceituação na doutrina de André Estefam[48], nesses termos:

> Não se trata propriamente uma modalidade de prescrição, mas do reconhecimento da ausência de interesse processual (condição da ação) em face da perspectiva de futuro reconhecimento da prescrição retroativa (CP, art. 110, § 2º).

---

[46] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p.719.
[47] RT 672/386

[48] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 474.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> Dá-se quando se constata, antes de oferecer a denúncia, a grande probabilidade de ocorrer a prescrição retroativa. Trata-se de um raciocínio em perspectiva, de um prognóstico fundado em probabilidade (ou quase certeza).

Exemplifica Estefam[49], em caso de uma lesão corporal leve, art. 129, *caput,* CP (pena de 3 meses a 1 ano) em que o agente é primário e de bons antecedentes, cometida em 01/01/2009, recebido o termo circunstanciado pelo Ministério Público em 01/12/2012 não teria ocorrido a prescrição, já que o prazo prescricional é de quatro anos. Contudo, oferecida a denúncia é certo que a pena imposta não chegará ao máximo legal, devido às circunstâncias. Dessa forma, sendo a pena aplicada inferior ao máximo, que é um ano, a prescrição em concreto ocorreria em 2 anos (Fato anterior à Lei 12.234/2010) e tão logo seria declarada a prescrição retroativa.

Como exemplificado acima, em determinados casos, vislumbra-se que, inevitavelmente, a prescrição ocorrerá, não havendo interesse de agir para o *parquet* em intentar ação, não existindo razão para movimentação da máquina judiciária. Nessa toada, diante da situação fática apresentada o representante do MP, não raras vezes, postulava pelo arquivamento do Inquérito Policial, argumentando ausência de interesse processual, em decorrência da prescrição virtual.

A prescrição virtual é alvo de grandes controvérsias no âmbito jurídico, já foi modalidade prescricional largamente utilizada, como se extrai dos ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos:[50]

> A hipótese de pena virtual ou pena em perspectiva, fundamenta a prescrição retroativa antecipada, regida pela previsão perspectiva ou virtual – no momento da denúncia ou das alegações finais – do máximo da pena aplicável na sentença criminal, válido como pena concretizada para contagem retroativa antecipada, com o pedido de arquivamento do inquérito policial ou de declaração judicial da extinção da punibilidade por prescrição retroativa antecipada, formulado pela acusação ou pela defesa – outra generosa invenção da jurisprudência brasileira, amplamente empregada por segmentos liberais do Ministério Público e da Magistratura nacional.

Consoante ensinamentos do professor Juarez Cirino, transcritos supra, podemos inferir que a prescrição virtual, já foi mais aceita outrora em nosso ordenamento jurídica, todavia, nos dias atuais, encontramos grandes oposições à admissibilidade de tal modalidade

---

[49] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 475

[50] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2006.

em nosso direito, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente. Em sede jurisprudencial, temos, notadamente, a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, que traz previsão de proibição da utilização de pena hipotética para fins de extinção da punibilidade, vejamos:

> "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte de processo penal."

A prescrição virtual não pressupõe a existência de decisão condenatória, como explanado acima, a acusação analisando os elementos constantes dos autos e levando em consideração que fatalmente a prescrição retroativa ocorrerá, requer, antes mesmo da denúncia, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição virtual.

Considerável parte doutrinária considera a prescrição projetada inconstitucional, a exemplo de Damásio[51], tendo em vista a inobservância do devido processo legal e demais garantias previstas na Carta Magna, projeta-se uma pena inexistente e dessa forma descabido seria declarar extinta a punibilidade com base em condenação inexistente.

Bitencourt[52], com a precisão que lhe é habitual, discorre sinteticamente acerca do instituto da prescrição virtual, *ipsis litteris*:

> Finalmente, não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em uma hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, consequentemente de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LXXVIII da CF).

Deveras, é entendimento uníssono nas cortes superiores a inadmissibilidade da prescrição virtual em nosso direito, vejamos excerto do STF[53]:

> "Nosso ordenamento jurídico-processual-penal ainda não contempla a prescrição por antecipação. Só há prescrição pela pena em concreto quando a decisão transita em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1º)."

Há diversos julgados do pretório excelso no sentido de não admitir a referida prescrição e grandes questionamentos acerca dessa modalidade prescricional, sua constitucionalidade e outros aspectos, discute-se inclusive, como dito inicialmente, se seria a

---

[51] JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p.784.

[52] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 889.

[53] RT 727/443.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

prescrição virtual uma modalidade prescricional, porém não adentraremos em tais questionamentos, tendo em vista não ser este o objetivo de nosso trabalho, pretende-se, modestamente e sem pretensão de esgotar o tema, tecer considerações gerais acerca das modalidade prescricionais com o fito de facilitar o entendimento do objetivo fim de nosso trabalho.

2.4 Prescrição da Pretensão Executória

Transitada em julgado a sentença condenatória, o direito de punir estatal, que já se materializara no momento da ocorrência do fato delituoso, transforma-se em *jus punitionis* momento no qual converte-se a pretensão punitiva em pretensão executória, inicia-se para o Estado a pretensão de executar a pena imposta no decreto condenatório.

O art. 110 "caput" traz a previsão da prescrição da pretensão executória:

> 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.

Nesse diapasão, tomamos por base a pena aplicada, transitada em julgado, e aplicamos a tabela do art. 109, encontrando o prazo prescricional aplicável à pretensão executória.

A reincidência de que trata o art. 110, *in fine,* é a reincidência declarada na sentença condenatória, ou seja, no caso de crime (o qual já tenha trânsito em julgado, condição para configuração da reincidência) tenha sido cometido antes da sentença condenatória, para enquadramento no dispositivo em comento e consequente aumento de um terço no prazo prescricional. Uma vez que, em caso de crime cometido após o trânsito em julgado, tal ocorrência não tem o condão de aumentar o prazo prescricional em um terço, mas sim de interromper a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, nos moldes do art. 117, VI, do CP[54].

Assim, como na prescrição da pretensão punitiva, o concurso de crimes material e formal não são considerados na prescrição executória, fazendo-se o cálculo de cada delito isoladamente para obtenção do prazo prescricional, nos termos do art. 119 do CP. Tratando-se

---

[54] Art. 117, CP: O curso da prescrição interrompe-se: VI - pela reincidência.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

de crime continuado, de acordo Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal[55] a prescrição regula-se pela pena estipulada na sentença, não se levando em consideração o acréscimo decorrente da continuação (previsto no art. 71 do CP). Nesses termos a pena a ser considerada é a pena-base imposta na sentença, sem o aumento decorrente da continuação delitiva.

Diferentemente da prescrição da pretensão punitiva, a qual tem a força de extinguir os efeitos primários e secundários da condenação, a prescrição da pretensão executória impede apenas a execução da pena e de eventual medida de segurança. Ademais, quanto aos efeitos secundários[56] esses subsistem, tais como, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, a consideração da condenação para fins de reincidência e a validade da condenação como título executivo, o qual pode ser executado no juízo cível com vistas à reparação do dano.

Impende tecer alguns comentários a respeito da prescrição da medida de segurança, tema ensejador de grandes discussões doutrinárias e jurisprudências.

Luiz Flávio Gomes[57] entendendo ser a medida de segurança sujeita tanto à prescrição da pretensão punitiva quanto à executória e assevera:

> A Constituição Federal ao prever a individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI) arrola os tipos de pena permitidas e proibidas no Brasil. Menciona, assim, expressamente (em relação às permitidas) as penas privativas de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Por outro lado, proíbe a pena de morte (salvo caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, inc. XLVII). Neste sentido, trata o Código Penal das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direito e de multa.
>
> A medida de segurança, por sua vez, embora não seja uma pena nos moldes acima mencionados é espécie de sanção penal. Trata-se de medida com que o Estado reage contra a violação da norma punitiva por agente não imputável (louco). É, pois, resposta dada pelo Estado ao infrator não imputável da norma incriminadora. Ela é fruto de sentença absolutória imprópria, ou seja, diferente da pena que é a resposta estatal para a pessoa condenada pela prática de crime, a medida de segurança é resposta estatal diante da prática de um crime, mas por pessoa inimputável.

---

[55]Súmula nº 497/STF: Crime Continuado - Prescrição - Pena Imposta na Sentença - Acréscimo Decorrente: Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

[56] Art. 67, CPP: Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: II – A decisão que julgar extinta a punibilidade.

[57] GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Medida de segurança: também está sujeita à prescrição**. Disponível em http://www.lfg.com.br.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Nessa acepção é o entendimento do STJ, ponderando que apesar de a medida de segurança não ser pena tem caráter sancionatório e submete-se à prescritibilidade nos moldes das disposições plasmadas no Código Penal, é o que se infere do HC 59.764 – SP, julgado em 25/05/2010, veiculado no Informativo 436.

Com o fulcro de concluir as espécies prescritivas de suma importância abordarmos a prescrição da pena de multa, estampada no art. 114 do CP, nesses termos:

> Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá:
>
> I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;
>
> II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

O art. 118[58] do diploma penal estipula que as penas mais leves prescrevem com as mais graves, à vista disso quando da cumulação de multa com pena privativa de liberdade, aquele prescreve com essa. Destarte, nossos doutrinadores, a exemplo de Bitencourt[59], apontam a desnecessidade da previsão disposta no inciso segundo do artigo em tela, mudança essa introduzida pela Lei 9.268/1996 pois o art. 118 já regulamenta a hipóteses das penas mais leves (multa e restritivas de direito) prescreverem com as mais graves (privativas de liberdade), portanto a Lei modificadora de 1996 é alvo de duras críticas por apresentar redundância e atecnia do legislador, em fazer constar duas vezes a mesma disposição no bojo do Código Penal.

Entende Damásio[60] ser inaplicável a prescrição da pena de multa em sede de prescrição da pretensão executória, uma vez que, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da multa deve ser inscrito como dívida ativa da Fazenda Pública, e, por isso, alega o autor, que a multa deixa de apresentar natureza penal e passa a ser regida pelo art. 144, *caput,* do Código Tributário Nacional, do mesmo entendimento comunga o professor Capez[61] e Estefam[62].

---

[58] Art. 118, CP : As penas mais leves prescrevem com as mais graves.
[59] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 922.
[60] JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 789.
[61] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 600.
[62] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 523.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Em sentido contrário, ensina Greco[63] que a Lei 9.268/1996 introduziu nova redação tanto ao art. 114, quanto ao art. 51[64], ambos do CP, por conseguinte há que se fazer uma interpretação sistêmica do código, pois o art. 51, no entender do doutrinador, diz respeito apenas à forma de execução da pena de multa, a qual observará as regras relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, sendo afastado o procedimento de cobrança da Lei de Execuções Penais, nessa esteira os artigos devem ser interpretados conjuntamente.

Luiz Carlos Betanho, citado por Greco[65], conclui:

> Em matéria prescricional, de forma alguma, poderá servir-se o operador do Direito das normas contidas na Lei 5.171/1966 (Código Tributário Nacional) porque esta adstringe-se a questões atinentes a débitos tributários e equivalentes.
>
> A própria Lei 9.268/1996 invoca o arcabouço normativo contido na Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), na seguinte medida:
>
> Art. 51. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.
>
> Da literalidade do art. 51 poder-se-ia pensar que a prescrição da pena de multa passaria a regular-se total e exclusivamente pela Lei 6.830/1980. Não é esta a realidade.
>
> Somente nas particularidades que receberam tratamento explícito na própria Lei nº 9.268/1996 – como suspensão e interrupção do lapso prescricional – e naquelas que a citada lei não apontou para o próprio Código Penal, deverá a prescrição da sanção pecuniária submeter-se aos preceitos da Lei de Execução Fiscal.
>
> Em relação aos prazos prescricionais, portanto, aplica-se o CP, eis que a Lei 9.268/1996, lembre-se, dispõe serem os do art. 114.

Tanto a prescrição punitiva, quanto a executória são alcançadas pelo lapso de dois anos atribuído às penas de multa, nesse sentido, também entende Bitencourt[66].

Quanto às previsões prescricionais contidas em legislação especial, estas devem ser observadas, e quando a lei silencia-se, aplica-se as disposições do Código Penal, a título exemplificativo podemos citar algumas leis especiais que contêm conteúdo atinente à prescrição: Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), declarada inconstitucional pelo Pretório

---

[63]GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p. 723.

[64] Art. 51, CP: 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.

[65] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p. 723.

[66] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 923.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Excelso; A Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005); Lei de Crimes Contra a Segurança Nacional (Lei 7.170/1983).

2.5 Períodos Prescricionais, Termos Iniciais e Causas suspensivas e interruptivas da prescrição

De suma importância sabermos os lapsos temporais, dentro dos quais opera-se a prescrição da pretensão punitiva, os quais, segundo Estefam[67], são frutos da conjugação dos termos iniciais com as causas interruptivas, essas últimas analisaremos no próximo tópico. Os períodos prescricionais da pretensão punitiva são os seguintes:

1) Entre a data da consumação do crime (ou demais termos iniciais do art. 111 do CP) e o recebimento da denúncia ou queixa;

2) Entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória;

3) Entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado.

Nos crimes dolosos contra a vida, que se encontram no art. 121 a 128 do CP e se submetem ao rito do Tribunal do Júri, têm os seguintes lapsos temporais:

1) Entre a data da consumação do crime (ou demais termos iniciais) e o recebimento da denúncia ou queixa;

2) Entre a data do recebimento da denúncia até a sentença de pronúncia;

3) Entre a publicação da sentença de pronúncia e o acórdão de confirmação (caso haja recurso contra a pronúncia);

4) Entre a pronúncia ou sua confirmação e o trânsito em julgado definitivo.

Após encontrarmos o prazo prescricional, analisamos dentro dos lapsos mencionados supra se operou-se ou não a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Os Marcos iniciais da prescrição se desdobram em dois, consoante art. 111 e art. 112 do CP, os quais preveem, respectivamente, o início da contagem da prescrição antes e depois de transitar em julgado a sentença condenatória, ou seja, o termo *a quo* da prescrição pretensão punitiva e da pretensão executória.

---

[67] *Ibid*, p. 516.

Vejamos os marcos iniciais da prescrição da pretensão punitiva disposto no art. 111 do diploma penal, *in verbis*:

> Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
>
> I - do dia em que o crime se consumou;
>
> II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
>
> III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
>
> IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.
>
> V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

O primeiro termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é a data da consumação do delito. Nucci[68] assevera que dependerá da classificação do crime a data de sua consumação, listando os seguintes:

> a) Delitos materiais: tais delitos consideram-se consumados na dia em que ocorreu o resultado naturalístico;
>
> b) Delitos formais ou de mera conduta: se consumam na data da atividade;
>
> c) Delitos omissivos próprios: na data do comportamento negativo;
>
> d) Delitos omissivos impróprios: no dia da ocorrência do resultado naturalístico;
>
> e) Delitos qualificados pelo resultado, incluindo os preterdolosos: no dia da ocorrência do resultado naturalístico;
>
> f) Delitos culposos: na data da ocorrência do resultado naturalístico;
>
> g) Delitos continuados: a data de consumação de cada delito que o compõe;
>
> h) Delitos habituas: na data em que cessou a habitualidade, assim como nos permanentes.

Nucci[69] lembra da necessidade de observância do primado do *in dubio pro réu,* pois caso haja dúvida no tocante à data de consumação do crime, deve-se optar pela data que mais beneficia o réu.

---

[68] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 567.
[69] *Ibid*, p.569.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

No caso de crimes tentados, têm-se como marco inicial, o dia em que se encerrou a atividade executória. Não há maiores questões com relação a esse marco inicial, tendo em vista que praticado o último ato executório antes de ser interrompida a atividade criminosa, por circunstâncias alheias à vontade do agente, encontra-se o Estado apto a dar início a persecução criminal.

Os crimes permanentes, têm como marco inicial a data da cessação da permanência, embora se consumem com um simples ato, a exemplo da extorsão mediante sequestro, a qual se consuma com a privação de liberdade da vítima, achou por bem o legislador, por ser modalidade de crime que se protrai no tempo, ou seja, no exemplo dado, enquanto cerceada a liberdade da vítima temos a permanência da consumação. Contudo, pondera Nucci[70] acerca dos casos nos quais não se detecta a cessação da permanência, a exemplo de não ser possível localizar a vítima, contando-se a prescrição a partir do início inquérito ou processo.

Outro marco inicial, trazido pelo legislador, trata dos crimes de bigamia e falsificação ou alteração de assentamento de registro civil, nos quais conta-se da data em que o fato tornou-se conhecido pela autoridade.

A Lei 12.650 de 2012, conhecida como Lei Joanna Maranhão, alterou o Código Penal, especificamente, o art. 111, acrescentando o inciso quinto, com o objetivo de modificar as regras referentes à prescrição de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, os quais passam a ter o marco inicial da prescrição na data em que a vítima completar 18 anos, salvo quando já intentada a ação penal. O marco incipiente anterior dava-se conforme as regras já analisadas supra. Desse modo, com o intuito de atenuar a impunidade o legislador introduziu a referida alteração passando a fluir o prazo prescricional após a maioridade da vítima. Pontua a doutrina pátria, que em tais casos o grande lapso de tempo entre a ocorrência do delito e sua apuração é fator que dificulta a colheita de provas, em que pese esse fator negativo, andou bem o legislador em garantir que, em tais crimes, a prescrição não será óbice à condenação do criminoso.

Finda a análise dos marcos iniciais da prescrição da pretensão punitiva, contidos no art. 111 do CP, passemos à análise dos termos iniciais da prescrição da pretensão executória, os quais encontram-se disciplinados ao teor do art. 112 do diploma penal, analisemos:

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

---

[70] *Ibid,* p. 568.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional
>
> II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Segundo os ensinamentos de Nucci[71] inconcebível seria o início da contagem do prazo da prescrição executória a partir do trânsito em julgado somente para a acusação, porque não há que se falar em inércia do Estado e ainda não há plausibilidade para a execução da pena imposta, devendo, desse modo, aguardar o trânsito em julgado para a defesa.

Quanto ao *sursis penal,* sabemos que o referido benefício, disposto no art. 77 e seguintes do CP, obsta a execução da pena privativa de liberdade durante determinado período estipulado na sentença, a qual impõe ao sentenciado condicionantes. Cumprido o prazo da suspensão condicional da pena sem que tenha havido a revogação, extingue-se a pena privativa de liberdade imposta ao condenado, contudo, caso haja a revogação do *sursis,* nasce para o Estado a pretensão de executar a pena. Logo, a sentença que revoga a suspensão condicional da pena é marco inicial da prescrição da pretensão executória.

Uma observação a ser feita com relação ao *sursis penal,* de acordo Nucci[72], refere-se ao seu momento inicial, pois apesar de ser conferido o benefício em sede de sentença condenatória, esse só será considerado após a realização da audiência admonitória, prevista no art. 160[73] da Lei 7210/1984 (Lei de Execuções Penais), diante disso o prazo do *sursis* somente começa a correr a partir da aceitação pelo condenado das condições impostas. Caso não haja o aceite ou o sentenciado não compareça à audiência referida, torna-se sem efeito a suspensão, e sendo assim tem-se como marco inicial a data do trânsito em julgado da sentença condenatória. Em síntese para a ocorrência da revogação do *sursis* tem que ter havido, primeiramente, o aceite pelo condenado em audiência especificada na Lei de Execuções Penais.

No âmbito da revogação do livramento condicional, não podemos olvidar que o cálculo para a prescrição que fluirá a partir de então terá por base a pena restante, é o teor do disposto no art. 113 do diploma penal, *in verbis*:

---

[71] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 569.

[72] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

[73] Art. 160, CPP: Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> "Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena."

Em relação à interrupção do cumprimento da pena, Estefam[74] exemplifica o caso de evasão do condenado do estabelecimento prisional, o que ensejará o início da fluência do prazo, todavia, assim como na hipótese de revogação do livramento condicional, o prazo será computado de acordo a pena restante a ser cumprida, arrematando o autor "pena cumprida é pena extinta"[75].

Por fim, quanto à hipótese de interrupção computada na pena, a título exemplificativo, temos a previsão do art. 41 do CP[76], o qual nos traz a hipótese de superveniência de doença mental ao condenado, devendo este ser recolhido a hospital de custódia, e o tempo de permanência para tratamento, por expressa previsão legal, deve ser computado na pena, não correndo, assim, a prescrição.

No que pertine as causas suspensivas ou impeditivas da prescrição, temos o art. 116 do CP, *ipsis litteris*:

> Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:
>
> I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime
>
> II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro
>
> Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

A suspensão paralisa o curso do prazo prescricional, todavia este volta a fluir levando-se em consideração o prazo já decorrido. Conforme previsão do dispositivo supracitado, o Código Penal traz três hipóteses de causas suspensivas.

O inciso primeiro trata das questões prejudiciais, as quais correspondem aos artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal:

> Art.92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a

---

[74] ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 522.

[75] *Ibid,* p.523

[76] Art. 41, CP: O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

> controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. (...)
>
> Art.93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

O art. 92 dispõe acerca das questões obrigatórias, ou seja, levam necessariamente à suspensão do processo, enquanto não decidida a questão referente ao estado da pessoa no juízo competente. Já as dispostas no art. 93 do CPP são de ordem facultativa, podendo ou não levar à suspensão do feito no âmbito penal.

Saliente Nucci[77] a necessidade de conexão da questão prejudicial com a prova de existência do crime e não de meras circunstâncias de seu entorno. Exemplifica o crime de bigamia, com relação ao qual tramita no âmbito civil feito com o escopo de anular um dos casamentos. De outra banda, o autor cita como mera circunstância processo criminal que tem por objeto um crime de homicídio, no qual há suspeita de ser a vítima irmã do acusado existindo na esfera cível feito com o objetivo de apurar essa relação de parentesco, tal processo civil não apresenta óbice ao prosseguimento da ação penal, tendo em vista tratar-se de circunstância que agravara o crime (cometida contra irmão) não se relacionando com a sua existência.

Continuando o estudo das causas impeditivas, caso o acusado encontre-se preso no estrangeiro, ou seja, alheio à jurisdição brasileira, decorre lógica impossibilidade de imposição da sanção penal, ficando suspenso o curso da prescrição da pretensão punitiva.

O parágrafo único do artigo em comento cuida de hipótese suspensiva da pretensão executória, por conseguinte estando o condenado preso por outro motivo, a pretensão estatal em cumprir a sanção imposta resta suspensa.

Nucci[78] cita outras causas impeditivas da prescrição:

> a) se for suspenso processo contra parlamentar, atento à imunidade processual (art. 53, § 5º, CF/88);
>
> b) durante o período de cumprimento da suspensão condicional do processo (art. 89, § 6º, Lei 9099/95);

---

[77] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 619.

[78] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 620.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> c) enquanto o processo está suspenso em virtude da citação por edital do réu (art. 366, CPP);
>
> d) enquanto se cumpre carta rogatória (art. 368, CPP).

Ponto objeto de grandes discussões em nosso ordenamento trata do tempo de suspensão do processo quando da citação ficta do réu, nos moldes do art. 366 do CPP[79]. Alguns autores defendem ser o prazo suspensivo indeterminado, todavia, para Nucci[80] tal interpretação criaria nova forma de imprescritibilidade, o que não condiz com a disciplina constitucional, que conforme já analisada, prevê apenas dois crimes imprescritíveis. Diante do impasse a doutrina e jurisprudência encontraram uma solução para a controvérsia, estipulando o prazo máximo de suspensão do processo até o máximo da pena cominada em abstrato ao delito, o referido posicionamento encontra respaldo na súmula 415 do STJ, nesses termos:

> "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada."

Diferentemente das causas suspensivas ou impeditivas, as interruptivas fazem o prazo prescricional reiniciar do zero, ou seja, desconsideram todo o período prescricional já alcançado.

Vejamos às causas interruptivas, elencadas no bojo do art. 117 do CP:

> Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:
>
> I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
>
> II - pela pronúncia;
>
> III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
>
> IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
>
> V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
>
> VI - pela reincidência.
>
> § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

---

[79] Art. 366, CPP: Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art.312.

[80] *Ibid*, p.620.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> § 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

O recebimento pode se dar em primeiro ou segundo grau de jurisdição, neste último ocorrera caso haja o provimento de recurso interposto contra sentença que rejeitou a denúncia. Bitencourt [81] recebimento não se confunde com oferecimento, tendo em vista que o recebimento se materializa no despacho inequívoco do juiz, uma vez que o despacho meramente ordinatória não caracteriza o recebimento, do mesmo modo, o recebimento por juízo incompetente não configura recebimento apto a interromper o prazo prescricional.

No referente à pronúncia deve-se considerar a data de sua publicação, visto que a data de sua lavratura não coincidirá, necessariamente, com a data de sua publicação. Lembra, ainda, Bittencout [82] que a impronúncia ou a absolvição sumária não têm o condão de interromper o prazo prescricional.

Ensina Nucci [83] que mesmo havendo desclassificação posterior à pronúncia, a exemplo da desconfiguração do crime de homicídio para lesões corporais, a decisão de pronúncia continuará a ser marco interruptivo da prescrição. Nesse sentido a Súmula 191 do STJ, *ipsis verbis*:

> "A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime."

A decisão confirmatória da pronúncia, trata-se de decisão do Tribunal, a qual julga recurso interposto pelo réu contra a decisão de pronúncia. Nessa hipótese interruptiva podemos mencionar a hipótese de o Tribunal pronunciar o réu, caso tenha sido ele impronunciado ou absolvido sumariamente pelo juiz *a quo*. Para Nucci[84] a razão da existência de duas causas interruptivas no procedimento do júri deve-se a sua complexidade e longa duração.

Ademais, constitui causa interruptiva da prescrição, a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. Nos ensinamentos de Damásio de Jesus[85] encontramos a

---

[81] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 914.

[82] *Ibid,* p. 915.

[83] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 621.

[84] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 622.

[85] JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p.795.

conceituação de acórdão condenatório recorrível, como sendo a decisão que condena o réu depois de reformar a sentença absolutória de primeira instância, logo o acórdão confirmatório da condenação, o qual ratifica a condenação proferida em primeiro grau, ainda que modifique a pena imposta, não têm o poder de interromper o curso da prescrição.

O início ou continuação do cumprimento da pena interrompe o lapso prescricional da pretensão executória. Transitada em julgado a sentença condenatória inicia-se a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, conforme visto anteriormente, contudo, iniciado o cumprimento da pena ocorre a interrupção do prazo prescricional.

Extraímos da literalidade do art. 112, II, e art. 113, todos do Código Penal, que em caso de fuga do condenado, conta-se a prescrição com base no restante da pena a ser cumprida e vindo ele a ser recapturado, interrompe-se o prazo prescritivo. Saliente Damásio[86] a necessidade de trânsito em julgado para a acusação e defesa, desse modo caso o condenado esteja preso e apele de sentença condenatória vindo a fugir, o início e a continuação da execução da pena não tem o condão de interromper a prescrição.

No que se refere à reincidência, Damásio[87] suscita a seguinte controvérsia:

> "A reincidência que interrompe a prescrição é representada pela nova sentença condenatória proferida contra o agente ou pelo novo crime por ele praticado?"

O autor explana duas orientações acerca do tema, vejamos:

> 1.ª) O lapso prescricional da pretensão executória (prescrição da condenação) é interrompido pela prática de novo crime e não pela sentença condenatória com trânsito em julgado que o reconhece. Para essa corrente, a interrupção da prescrição ocorre na data do novo crime praticado após sentença condenatória irrecorrível em razão de crime anterior. "Essa interrupção, porém, ficará condicionada à efetiva condenação do réu; se este vier a ser absolvido, evidentemente não houve reincidência e, consequentemente, não foi interrompido o prazo da prescrição."[88]
>
> 2.ª) O lapso prescricional da pretensão executória (prescrição da condenação) é interrompido pela sentença condenatória irrecorrível que reconhece o novo crime e não pela sua prática. Para essa corrente, a prática de novo crime após sentença condenatória irrecorrível em razão de crime anterior não tem o efeito de interromper o prazo prescricional da execução da sanção penal. Para que a reincidência interrompa a prescrição é necessário que a segunda sentença expressamente a tenha reconhecido.

---

[86] *Ibid*, p. 796.

[87] *Ibid*, p.797.

[88] HC 49.526. Relator Oswaldo Cruz, julgado em 03/12/1964.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Damásio filia-se à primeira corrente, considerando a prática de novo crime condição suficiente para a interrupção do curso prescricional.

Consoante entendimento sumulado, plasmado na Súmula 22 do STJ "a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva", ou seja, a previsão interruptiva do art. 117, VI, do CP, aplica-se tão somente à prescrição da pretensão executória, conforme já visto, na seara da pretensão punitiva a reincidência tem influência no *quantum* do prazo prescricional, nos termos do art. 110, *in fine,* do diploma repressivo.

O parágrafo primeiro do art. 117 cuida da extensividade das causas interruptivas nos casos de coautoria e participação, exceto as referentes à reincidência, início e continuação do cumprimento da pena, pois são circunstâncias pessoas, portanto, incomunicáveis. Nos crimes conexos, objeto do mesmo processo, a interrupção com a relação a um dos crimes estende-se aos demais.

Por fim, o parágrafo segundo do art. 117, disciplina o efeito da interrupção, como dito *ab initio,* quando da ocorrência de uma causa interruptiva zera todo o prazo prescricional, desconsiderando o tempo já decorrido e iniciando-se a contagem desde o início, salvo, frise-se, com relação à continuação do cumprimento da pena, pois computar-se-á, para efeitos da prescrição, a pena cumprida anteriormente.

3 PRESCRIÇÃO RETROATIVA À LUZ DA LEI 12.234/2010

3.1 Conceito e aspectos históricos da prescrição retroativa

Trata-se a prescrição retroativa, conforme visto supra, de espécie prescricional pertencente à prescrição da pretensão punitiva, ou seja, sua natureza jurídica é de prescrição "da ação", ensejando maiores benefícios ao réu do que a prescrição da pretensão executória, pois extingue todos os efeitos penais do delito.

Tem-se por fundamento o primado da pena justa, ou seja, na modalidade prescrição da pretensão punitiva concreta/retroativa, transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação ou improvido o seu recurso, a pena estipulada na decisão era, desde a prática delituosa, a sanção adequada para repreensão do delito, por esses motivos, anteriormente à vigência da Lei 12.234/2010, verificava-se a prescrição retroativa entre o marco da publicação da sentença condenatória retroagindo à data da consumação do delito (art. 111 do CP), lapso

prescricional que foi extirpado com o advento da novel legislação modificadora do Código Penal.

Nos dizeres de Greco[89]:

> Diz-se retroativa, atualmente, após a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Anteriormente à inovação da lei em comento, o primeiro marco da prescrição retroativa era a data do fato (nos moldes do art. 111), agora têm-se como primeiro marco a data do recebimento da denúncia/queixa.

Marco histórico da prescrição retroativa em nosso ordenamento pátrio foi a edição da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, datada de 13/12/1963, vejamos o teor do entendimento sumulado pela corte suprema:

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

Tal entendimento sumulado pelo corte suprema é advindo da exegese da antiga redação do art. 110 do diploma repressivo, a qual previa que sobrevindo sentença condenatória da qual somente o réu tenha recorrido, a prescrição regula-se pela pena imposta e deve ser declarada desde logo, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva e a sentença tenha decorrido tempo suficiente.

Damásio[90] esclarece a mudança na redação do referido artigo, vejamos:

> No projeto de Lei n. 1.457 de 1973, do Poder Executivo, que apresentou emendas ao CP de 1969, a situação mudou de figura, passando o art. 111, § 1º, com indicação marginal alterada ("Superveniência de Sentença Condenatória com trânsito em julgado para a acusação"), a ter a seguinte redação: "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.

Em sede de exposição de motivos o Ministro Alfredo Buzaid, citado por Damásio[91], aceitou a orientação sumulada pelo pretório excelso (Súmula 146). Suprimiu-se a antiga expressão "daí por diante", substituindo o termo "somente o réu tenha recorrido" por "trânsito

---

[89] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p. 738.

[90] JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 775.

[91] *Ibid.*

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

em julgado para a acusação", sendo que, nos ensinamentos do Ministro a nova redação ceifava as dúvidas quanto à necessidade de recurso do réu para verificação da prescrição em concreto.

Assentou-se desse modo que o fato de inexistir recurso da acusação, inviabilizando, assim, a majoração da pena do réu, seria o mais importante, pois torna a pena imposta, *ab initio,* a correta para fins de aferição do *quantum* de culpabilidade do agente, tendo por consequência a estipulação do prazo prescricional com base nessa pena concretizada, pois a pena *in abstrato,* por vezes, revela-se demasiadamente severa e injusta para os fins prescricionais.

Por todo o exposto, e eventual lacuna sendo suprida pelo explanado no capítulo antecedente, no qual debatemos, mais detidamente acerca das modalidades prescricionais, inclusive a retroativa, passemos ao clímax de nosso trabalho monográfico, que é a análise das alterações advindas com a Lei 12.234/2010 e a pequena, mas substancial alteração que a novel legislação operou na modalidade retroativa.

3.2 Alterações introduzidas pela Lei 12.234/2010

O ordenamento jurídico-penal foi inovado com o advento da Lei 12.234 de 05 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, vejamos a novel legislação modificadora na íntegra:

> Art. 1ºEsta 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. 2ºOs 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.
>
> 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.**

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> §2º (Revogado).” (NR)
>
> Art. 3ºEsta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Art. 4ºRevoga-se o §2º do art. 110 do Código Penal.

De suma importância destacar, que a Lei 12.234/2010 é *lex gravior* (lei mais grave), portanto, de acordo regras mais comezinhas do direito penal, como a do primado da não retroatividade da lei penal *in malam partem,* a referida lei só é aplicável a delitos cometidos após a sua vigência, não sendo levada em consideração com relação a fatos anteriores a cinco de maio de 2010. Tal efeito é de primordial importância prática quando da verificação da ocorrência da prescrição, seja com relação à abstrata, quanto aos delitos apenados com pena inferior a um ano (os quais prescreviam em 02 anos e passaram a prescrever em 03 anos), seja com relação à supressão de parcela da prescrição retroativa (a qual a partir da vigência da lei em testilha não é mais considerada da data do fato ao recebimento da denúncia/queixa).

Nos ensinamentos de Carlos Rey González[92] a prescrição penal integra a segurança jurídica, sendo que a interpretação de seus preceitos legais, máxime, quando estes não se mostram claros, pode livrar culpados das sanções penais ou empregá-las a suspeitos que deveriam ser libertados.

Nesse Diapasão, Damásio[93] discorre:

> Leis malfeitas ferem, além de outros, especialmente os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Quando não são facilmente compreensíveis, admitindo considerações diversas, permitem que fatos idênticos sejam apreciados de maneiras diferentes, com injusta absolvição ou condenação de acusados.

Para Rodriguez Ramos[94] as normas penais, precipuamente sobre prescrição penal, devem manifestar com clareza a concorrência dos requisitos que as definem e condicionam.

A expressão trazida ao teor do art. 1º da citada lei, “para excluir a prescrição retroativa”, trouxe algumas divergências no tocante à ocorrência de exclusão total ou parcial da prescrição retroativa. De forma minoritária, alguns doutrinadores, a exemplo de Damásio, interpretaram a lei modificadora como excludente total da prescrição retroativa. Vejamos, a título de enriquecimento da discussão acerca do tema, os apontamentos e justificativas do

---

[92]GONZÁLEZ, Carlos Rey. **La Prescripción Pena**. Madri: Marcial Pons, 1999, p. 13.
[93] JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 778.
[94] RAMOS, Luis Rodriguez. **Compendio de Derecho Penal**. Madri: Dykison, 2009, p. 292.

autor, para o qual a legislação suprimiu totalmente a prescrição retroativa do direito penal. Repise-se, que a posição que analisaremos é minoritária.

Pondera Damásio [95] que a Lei 12.234/2010 não excluiu somente um período prescricional antecedente (entre o fato e o recebimento da denúncia/queixa), *ipsis litteris* :

> Aplicando as interpretações gramatical, teleológica e sistemática, além do elemento histórico e de política criminal, e, com isso, alcançando o sentido literal da norma (resultado), estamos seguramente convencidos de que ela declarou a extinção integral da prescrição retroativa.
>
> Não resta dúvida de que foi esta a vontade do legislador, como se vê nos trabalhos preparatórios do Congresso Nacional. Conhecemos a secular prevalência da vontade da lei sobre a de seu autor. Não se despreza, porém, que a *vonluntas legislatori* seja apreciada como elemento auxiliar interpretativo.

Complementa o autor que foi vontade da lei extirpar a prescrição retroativa de nosso ordenamento jurídico. Segundo o autor os autores da inovação "agindo com dolo intenso" executaram a prescrição retroativa em quatro atos, quais sejam:

> 1º) no próprio texto do art. 1º: "Esta Lei altera os artigos. (…), **para excluir a prescrição retroativa"**, como interpretação autêntica;
>
> 2º) no art. 110, § 2º (onde consta sua revogação);
>
> 3º) no art. 4º (repete a revogação do §2º); e
>
> 4º) no art. 109, *caput*, suprimindo a anterior expressão "salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código.

No pensar do autor a intenção do legislador em extinguir a prescrição retroativa é clara, já que estabeleceu por mais de uma vez a pretensão extintiva. Desse modo, subsistiriam em nosso direito penal três espécies de prescrição: a da pretensão punitiva, executória e intercorrente.

Damásio[96] defende a exclusão total da modalidade retroativa, por entender, levando-se em consideração, dentre outras, a interpretação sistemática, sendo desarrazoada a existência de três formas prescritivas durante a fase processual e somente uma, a da pretensão punitiva abstrata, durante o processo.

Arremata o doutrinador que, em verdade, entende não ser a intenção do legislador tratar da prescrição retroativa que restou revogada, mas sim da virtual, proibida pela súmula

---

[95] JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 780.

[96] JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 782.

438 do STJ, como vimos alhures. Pratica reiterada no passado, na qual a acusação vislumbrando que a prescrição em concreto ocorreria, desde logo, antes da denúncia requer o reconhecimento da prescrição virtual/em perspectiva. Damásio[97] acredita que a redação da nova lei, que preceitua não ser possível a pena em concreto "em nenhuma hipótese" ter por termo inicial data anterior à denúncia ou queixa tem como foco a prescrição virtual, proibindo a acusação de obter o arquivamento do inquérito antes da denúncia/queixa.

Como deixamos claro incialmente, a posição de Damásio é minoritária, há remansosa doutrina no sentido de que a exclusão foi apenas parcial, interpretação essa adotada em nossa monográfica, sendo a nosso ver, a mais condizente com o sistema jurídico, pois não leva em consideração apenas a interpretação do texto frio da lei, sendo também o atual encaminhamento do direito moderno, que visa mais que a aplicação da letra da lei, levando-se, também, em consideração o fim a que a norma se destina e a sua função social.

Salvo posicionamentos no sentido de que a novel legislação exclui totalmente a modalidade retroativa, é assente em nossa doutrina o entendimento de que a exclusão é apenas parcial, ou seja, não existe mais o reconhecimento de prescrição retroativa entre a data do delito e o recebimento da denúncia/queixa, sendo possível a sua consideração entre os demais lapsos interruptivos.

Seguindo na análise da lei, outra inovação trazida foi a modificação do prazo da prescrição da pretensão punitiva *in abstrato,* anteriormente tinha-se a prescrição em 02 (dois) anos, caso o máximo da pena cominada em abstrato fosse inferior a 01 (um) ano. A Lei 12.234/2010 aumentou o prazo prescricional de 02 para 03 anos, contudo, por tratar-se de *novatio legis in pejus* só é aplicável a delitos cometidos após a sua vigência, não sendo levada em consideração para fatos praticados antes de cinco de maio de 2010.

Como se vê, a lei em análise trouxe, basicamente, duas consideráveis alterações, quais sejam, a majoração do prazo prescricional de dois para três anos em crimes com pena máxima cominada em abstrato inferior a um ano e a supressão de parcela da prescrição retroativa. Passemos à análise da alteração introduzida no art. 110, § 1º do CP, cume da presente monografia, a supressão de parcela da prescrição retroativa.

Para facilitação do entendimento, transcreveremos novamente a alteração introduzida pela Lei 12.234/2010 no art. 110, § 1º do CP, vejamos:

---

[97] *Ibid,* p. 784.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> 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.**

Sabe-se que, atualmente, a prescrição retroativa é advinda da conjunção do *caput* do art. 110 c/c o §1º do mesmo artigo. Com a alteração citada supra, alterou-se substancialmente esta modalidade prescritiva.

Anteriormente, o art. 110 era composto pelo §1º e §2º, nesses moldes:

> 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 Depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada.
>
> §2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, **pode ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.**

A lei modificadora revogou expressamente o §2º do art. 110, o qual expressava genuinamente a prescrição retroativa, inclusive, em consonância com a Súmula 146

Como vista a lei de forma introduzindo uma alteração, aparentemente discreto, modificou sobremaneira o ordenamento jurídico penal, extirpando parcela considerável da prescrição retroativa, o que no plano fático, por todo o já argumento e pelas fundamentos prescricionais estudados, pode submeter às grades um indivíduo que já expiou sua culpa e que, pelo decurso do tempo, encontra-se totalmente reabilitado. Nessa esteira passaremos à análise das razões que fundamentam a inconstitucionalidade da alteração que excluiu parcela da prescrição retroativa.

3.3 Redação do art. 110 §1º do Código Penal, introduzidas pela Lei 12.234/2010, e Princípios Constitucionais violados

Como analisado prefacialmente, a prescrição penal tem supedâneo na Constituição Federal, a qual traz a previsão da prescritibilidade dos delitos, o instituto vai além de um mecanismo do sistema penal, é garantia constitucional que em última instância visa a preservação da dignidade da pessoa humana, primado de relevantíssima importância em nosso

Estado Democrático de Direito, constituindo fundamento da República, consubstanciado no art. 1º, III, CR/88.

No que toca os prazos em que a prescrição penal se opera, esse é regulado pela legislação infraconstitucional, a qual pode legislar sobre prescrição, desde que, além de respeitada as garantias processuais/constitucionais, não suprima ou exclua, mesmo que parcialmente o instituto previsto no seio constitucional, sob pena de desequilibrar a harmonia do sistema jurídico. Observa-se referido desequilíbrio com o advento da Lei 12.234/2010, a qual excluiu parcela da prescrição penal retroativa.

Nesse sentido, assevera Bitencourt[98]:

> Embora a Lei n. 12.234/2010 não tenha suprimido o instituto da prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a prescrição retroativa em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da proporcionalidade e da razoável duração do processo. A violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os -, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que por ventura possam ser atingidos.

O citado autor questiona se haveria fundamento lógico, jurídico ou político para que o tempo da prescrição computado após o recebimento da denúncia seja diferente do computado antes desse fato, não vislumbrando fundamento razoável para a explicação de tal fato.

Os prazos prescricionais em nosso ordenamento estão diretamente relacionados com a duração da pena, seja ela considerada abstrata ou concretamente, o que evidencia a utilização do critério da proporcionalidade.

Para Herman Herschander[99]:

> Há, portanto, no direito penal vigente, uma busca de proporcionalidade entre culpabilidade, pena e prescrição. A culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição. Consequentemente, dessa inafastável correlação entre culpabilidade, pena e prescrição, pode-se concluir que, assim como a constituição assegura expressamente, como garantia fundamental, a individualização da pena, implicitamente está impondo a individualização da prescrição, que se configura com a prescrição pela pena *in concreto.* Portanto, a prescrição, necessariamente, deve guardar proporção com a pena aplicada (individualizada); logo, a supressão do lapso

---

[98] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 890.

[99] HERMAN, Herschander. **Lei 12.234/2010: ofensa à individualização do prazo prescricional.** Boletim Criminal do IBCCrim, ano 18, n. 212, julho de 2010, p.7.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> prescricional entre o fato e o recebimento da denúncia viola os princípios da proporcionalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da própria prescrição.

Bitencourt[100] discorre a respeito da violação do princípio da proporcionalidade adentrando em seus aspectos, quais sejam, adequação (o ato surtirá o fim pretendido, com eficiência e eficácia?); necessidade (há outro meio menos lesivo para atingir esse meio com a mesma eficácia?); proporcionalidade em sentido estrito (é compatível o benefício percebido com a lesão provocada?). O princípio em questão encontra respaldo inclusive na Declaração Universal sobre os Direitos do Homem de 1789, o que mostra a importância universal de tê-lo como parâmetro na elaboração/aplicação das leis.

É sabido, que toda a atividade estatal encontra-se embasada nos princípios constitucionais, sejam explícitos ou implícitos. Nessa toada, preleciona, com a magistral sabedoria, Paulo Bonavides[101]:

> As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não apenas como simples critério interpretativo mas também como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas, sim, por valores éticos deduzidos da própria Constituição Federal – vedação do arbítrio; b) necessidade: o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade *stricto sensu*: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.

Conforme explicitado, os poderes estatais encontram-se vinculados a esse princípio implícito de nosso direito constitucional, seguindo esse pensamento vejamos trecho do voto do Ministro Celso de Mello no bojo do HC nº 94.404 MC/SP: "*vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede de processo penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se, essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da*

---

[100] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 895.

[101] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do poder público."

Tais excessos legislativos necessitam de encontrar no sistema jurídico uma forma de ao menos serem abrandados, em nosso direito, temos o controle de constitucionalidade exercido pelo poder judiciário. A decisão política encontra respaldo diante do bem jurídico tutelado. No caso da prescrição, temos em última análise a tutela da liberdade e ainda, a possibilidade de imposição de outra medida menos gravosa. A análise da observância do primado da proporcionalidade percorre o caminho da necessidade e da adequação da providência legislativa, levando-se em conta, nos dizeres de Bitencourt[102] uma espécie de "custo-benefício" para a sociedade e para o ordenamento jurídico.

Em suma, para a decisão legislativa estar em conformidade com o princípio orientador da proporcionalidade, tem que atender aos mesmos fins pretendidos com meios menos onerosos para o cidadão (necessidade) e que a providência legiferante apresente aptidão suficiente para surtir efeitos (adequação).

Acerca do alcance do princípio da proporcionalidade arremata brilhantemente Gilmar Mendes[103], nesses moldes:

> Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalta-se, que na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado e de qualquer forma um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

De todo argumentado, concluímos inexistir proporcionalidade na alteração advinda com a novel legislação, desproporcional e desarrazoado submeter o indivíduo à eternização da persecução penal, não sendo levada em consideração entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia/queixa a prescrição com base na pena fixada em sentença, que como já dito é a pena justa. Não se vislumbra proporcionalidade em desconsiderar a contagem da prescrição retroativa em período anterior ao recebimento da peça acusatória, qual seria a razão

---

[102] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 898.

[103] MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Editora RT, São Paulo: 2013, p. 50.

de ser de tal desproporcionalidade? Não encontramos explicação, logo tal disposição legal afronta diretamente o princípio constitucional e internacional da proporcionalidade.

Outro princípio em testilha é o da garantia da razoável duração do processo, previsto tanto no plano internacional quanto em nossa carta republicana. A duração excessiva na prestação jurisdicional, sobretudo, na persecução penal deve-se exclusivamente à inoperância estatal. O ônus da ineficiência do Estado em exercer a *persecutio criminis* em tempo hábil não pode recair sobre os ombros do cidadão acusado, que se encontre preso ou em liberdade.

Conforme já demonstrado a prescrição tem base em vários fundamentos, pois com o decurso do tempo não mais se mostra razoável a punição do acusado, o qual já expiou sua culpa.

O sistema internacional há muito se mostra preocupado com o respeito à razoável duração do processo, entendendo, inclusive, como afronta ao princípio da dignidade humana o prolongamento exacerbado da persecução estatal. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, em meados de 1950, garantiu em seu bojo, art. 6º, n.1, o, o direito a um julgamento em tempo razoável. Nessa esteira, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 consagra o referido primado, em seu art. 7º, n.5, nesses moldes:

> Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o **direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Brilhantemente afirma Ana Messut[104] que o processo penal encerra em si uma pena, ou conjunto de penas, que mesmo não configurando *per si* uma medida restritiva de liberdade, definitivamente cobra seu preço, que é inflacionado pela sua duração.

Como é de nosso conhecimento, na prática ocorre o oposto do previsto constitucionalmente em relação à presunção de não culpabilidade do réu, a sociedade, quando têm notícia de um processo penal, enxerga o acusado como culpado o que interfere sobremaneira na dignidade do indivíduo processado.

O professor Bitencourt[105] assevera que o reconhecimento da culpabilidade do acusado por meio de sentença penal condenatória não embasa o letárgico andar do processo e

---

[104] MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

[105] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 900.

sua excessiva duração, a tendência em entender que qualquer excesso ou abuso justifica-se com a prolação de sentença condenatória está equivocada, pensar dessa forma seria considerar que o fim justificaria os meios arbitrários.

No atual Estado democrático de direito o processo penal não pode configurar-se apenas como a instrumentalização do direito de punir estatal, mas, também meio hábil a conferir garantias ao cidadão acusado.

Diante da ineficiência estatal em concluir a persecução em tempo razoável é plausível que abra mão de sua persecução em decorrência da já submissão do acusado à incerteza e angústia do desenrolar de um processo que se arrastou sobremaneira no tempo.

Apesar de não propagado na doutrina e jurisprudência, para Bitencourt[106] há um prazo cabal para a duração do processo, e este prazo, por ausência de previsão constitucional, se guiaria nos moldes do art. 109 e 110 do Diploma Repressivo, levando-se em consideração a gravidade em abstrato do delito e os marcos interruptivos e suspensivos previstos, seria esse o prazo razoável estabelecido pelo legislador e consagrado pelo princípio da razoável duração do processo.

Nessa esteira não há lógica, sob a ótica processual e pelas razões de política criminal, dentre outras, em suprimir parcela desse tempo entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia. Bitencourt[107] questiona a ilegitimidade do legislador infraconstitucional em excluir referido lapso do prazo razoável atingindo, assim, diretamente a garantia da razoável duração do processo, suscita, ainda, quais seriam os limites dessa liberdade em legislar a respeito do referido tema que ataca diretamente primado de cunho constitucional.

A supressão de determinado lapso dá ensejo a arbitrariedades e descumprimento de medidas constitucionais. Com a novel legislação a investigação inquisitorial poderá se alongar até o máximo do prazo prescricional previsto na tabela do art. 109, já que não se considera mais a prescrição retroativa nesse período, o que favorece a mora das investigações, encontrando-se o investigado/indiciado vinculado, por tempo exacerbadamente longo, ao delito cometido, podendo após longos anos, estando às vezes reinserido devidamente à sociedade, ser surpreendido com o recebimento de uma denúncia em seu desfavor, chegando

---

[106] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 901.

[107] *Ibid*, p. 902.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

inclusive a ser condenado em tempo que todos os fundamentos embasadores da pena tenham sidos superados pelo decurso do tempo.

Vejamos cristalina lição de Ferrajoli[108]:

> É indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada -, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena, mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à ampliação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão.

Digno de nota é a decisão proferida no bojo da ação penal nº. 2006.038.004747 – 1/Nova Iguaçu, por meio da qual levou-se em consideração o longo arrastamento do processo e entendeu-se que impor pena ao acusado afrontaria as diretrizes do processo penal.

O direito do cidadão ao um processo com duração razoável é consequência direta do devido processo legal, qualquer dúvida entre o poder-dever punitivo estatal e as garantias de liberdade do cidadão deve levar em consideração o arcabouço jurídico nacional e internacional (Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre outros diplomas internacionais) no sentido de prevalecer os direitos fundamentais do indivíduo.

Há grandes discussões acerca da conexão entre a impunidade e a prescrição, os prazos e a morosidade judiciária, contudo citada relação não dá respaldo a eventual legislação que afronte a proporcionalidade, culpabilidade, razoável duração do processo.

A lei 12.234/2010 fere frontalmente os referidos princípios fazendo incidir a norma penal de forma igual a casos diferentes, levando-se em consideração entre a data do fato e o recebimento da denúncia apenas a prescrição com base na pena em abstrato, o que pode alongar por tempo demasiadamente longo a persecução penal, fere a individualização da pena pois deixa de considerar a pena em concreto, que como já dissemos, é a pena adequada *ab initio.*

Conclui o ilustre doutrinador Bitencourt[109]:

---

[108] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 588.

[109] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 905.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> Por mais que se procure salvar o texto legal, tentando dar-lhe uma interpretação conforme a Constituição Federal, não vemos, contudo, outra alternativa razoável, que não a declaração de sua inconstitucionalidade por violar tanto o princípio da proporcionalidade como o princípio da duração razoável do processo, afastando-se a sua aplicação.

Inexistindo contagem do prazo prescricional da data do fato ao recebimento da denúncia/queixa, teremos que observar nesse período tão somente eventual ocorrência da prescrição em abstrato, baseada na tabela do art. 109 do CP, nesse contexto uma investigação policial poderia se arrastar por até 20 anos, o que fere de morte a razoável duração do processo. A tabela da prescrição em abstrato mostra-se demasiadamente longo quando verificada no caso concreto, mais descabido ainda é levar-se em consideração somente os prazo frios do art. 109, quando já existente sentença condenatória, o que fere as garantias processuais previstas em nossa carta magna.

Passemos agora a analisar a questão sob a ótica da prescritibilidade dos delitos. Sabe-se que a regra constitucional é a da prescritibilidade dos delitos, salvo aquelas limitadas hipóteses já analisadas, que são o racismo e ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIII, XLIV da CRFB/88), achou por bem a constituinte, estabelecer a regra da prescritibilidade dos delitos, tendo em vista todo o arcabouço penal de garantias atribuídas ao infrator.

Sobre a questão da imprescritibilidade como primado fundamental do ordenamento jurídico, assevera E. Raúl Zaffaroni e Pierangeli[110]:

> Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio vem sendo sufragado por todas as ordens jurídicos-penais, e, ainda recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade, tanto no âmbito do processo penal quanto no direito penal.
>
> Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentido 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 perdurem indefinidamente. "A indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a revolta e exigência de justiça dos ofendidos" (Aníbal Bruno), e nem mesmo as exigências de prevenção especial podem perdurar para sempre. Isto não exclui a possibilidade de um juízo de reprovação e até mesmo de repugnância perdurarem, como ocorre, ainda hoje, com os odiosos crimes perpetrados

---

[110] ZAFFARONI, Raúl E.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 645.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> pela inquisição, pelos nazifascistas e durante o Stalinismo. Mas isso não se faz perfeitamente suficiente, sob qualquer angulação que se faça do fenômeno, que obrigue a punição. Essa, a punição, só poderia encontrar fundamentação na retribuição e no sentimento de vingança, que nos parecem incompatíveis com o direito penal moderno e com um Estado de Direito.

Diante da questão da imprescritibilidade, questionamos uma lei que abre marguem à perpetuação da persecução penal, deixando o cidadão a mercê de uma eventual condenação que poderá ocorrer após muitos anos, acompanhando o indivíduo, muitas vezes, senão por toda, mas por grande parte de sua vida, o que configura uma forma de imprescritibilidade, não condizendo com o texto da Lei Maior, que permite tão somente a imprescritibilidade dos dois delitos citados, logo, outro princípio de cunho constitucional ferido pela novel legislação, é, sem sombra de dúvida, o da prescritibilidade dos delitos.

Para arrematar, nos dizeres de Mário Portela,[111] a constituição é cristalina ao estabelecer "numerus clausus" as hipóteses de crimes imprescritíveis, dessa forma impossibilitando a ampliação por via de Lei Ordinária, seja de forma expressa ou implícita.

De outro norte, Bitencourt[112] preconiza que a prescrição retroativa está diretamente ligada aos princípios da personalidade e individualização da pena, pois embasa-se na pena devida que é a obtida com base na culpabilidade do agente, e que o fato de existir a prescrição em abstrato envolve-se com a necessidade de ter-se um parâmetro quando inexistentes elementos para individualização da pena, o que não é o caso da retroativa, que contudo está sendo desconsiderada e dessa forma desconsiderada, mesmo existindo pena em concreto, o que afronta, também os princípios da personalidade e individualização da pena.

Diante de todo o exposto, resta evidente que mesmo de forma estrategicamente velada e implícita a novel legislação afronta primados de ordem constitucional, não restando alternativa a não ser o seu banimento pela via de ação de inconstitucionalidade, por ferir princípios implícitos e explícitos da ordem constitucional.

---

[111] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Supressão de Parcela da Prescrição Retroativa: inconstitucionalidade manifesta**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18. n.87. IBCCRIM. Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1415-5400. Nov./dez. 2010.

[112] *Ibid.*

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CONCLUSÃO

É inadmissível que o Estado, não sendo capaz de concluir a persecução em tempo hábil, razoável e dentro dos parâmetros legais e constitucionais, imponha ao investigado/acusado sanção de forma a mitigar-lhe o direito de ver reconhecida a prescrição, a qual é um instituto de ordem pública.

Não se encontra lógica nem fundamento jurídico plausível que justifique a alteração introduzida pela Lei 12.234/2010, a qual exclui a consideração do lapso prescricional retroativo da data do fato ao recebimento da denúncia/queixa, a não ser a intenção estatal em compensar sua leniência em não proceder à persecução criminal dentro de prazo razoável, fazendo incidir sobre as costas do acusado o peso de sua ineficiência, extirpando considerável lapso prescricional que tinha por base a pena justa.

Como vimos durante o desenvolvimento do presente trabalho, a prescrição embasa-se em fundamentos de política criminal, sendo um instituto que encontra respaldo no texto constitucional e a sua mitigação afronta diretamente a Lei Maior, por ferir, precipuamente, os princípios da proporcionalidade/razoabilidade, razoável duração do processo, culpabilidade, prescritibilidade, dentre outros expressos e implícitos, princípios esses que fazem parte do chamado "bloco de constitucionalidade", expressão largamente utilizada pelos constitucionalistas para expressar as matérias que podem ser utilizadas como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Nessa esteira, concluímos que os princípios em testilha foram feridos de morte com o advento da Lei 12.234/2010, mais especificamente com a alteração do art. 110, § 1º do Código Penal Brasileiro. Suprimir parcela da prescrição retroativa configura mais que uma inconstitucionalidade, é um retrocesso social, uma subversão das garantias já conquistadas na ordem processual/penal, é submeter o indivíduo ao arbítrio do Estado, que por meio de leis aparentemente dotadas de legitimidade e legalidade, esconde interesses espúrios.

Por todo o explanado temos que a disposição da lei 12.234/2010, que suprimiu parcela da prescrição retroativa do ordenamento jurídico é manifestamente inconstitucional, não havendo alternativa a não ser extirpa-la do ordenamento jurídico por meio da via de ação de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Inconstitucionalidade da Parte Final do Art. 110 do Código Penal**. Disponível em: http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100038068/a-inconstitucionalidade-da-parte-final-do-1-do-artigo-110-do-codigo-penal. Acessado em: 29/06/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 1959.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Medida de Segurança: também está sujeita à prescrição**. Disponível em http://www.lfg.com.br. Acessado em: 03/04.2014.

GOMES,LuisFlávio.Tema.Disponívelemhttp://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI107934,81042/Lei+1223410+mudancas+na+prescricao+penal. Acessado em: 27/06/2014.

GONZÁLEZ, Carlos Rey. **La Prescripción Pena**. Madri: Marcial Pons, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 8º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 33ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

Legislação.Disponível:http://dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0220.html. Acessado em: 07/07/2014.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora RT, 2013.

MESSUTI, Ana. **O Tempo Como Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 23ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PADRO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Luis Rodriguez. **Compendio de Derecho Penal**. Madri: Dykison, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Supressão de Parcela da Prescrição Retroativa: inconstitucionalidade manifesta**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18. n.87. IBCCRIM. Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1415-5400. Nov./dez. 2010.

CARVALHO, Mario Portela Numes. **A Inconstitucionalidade da parte final do § 1º do artigo 110 do Código Penal**. Revista Juris Plenum/Editora Plenum. Ano VIII, n. 48. Caxias do Sul/RS: Editora Plenum, 2012. ISSN 1807-6017. Nov./dez. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2006.
SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA , Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Raúl E.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2006.