



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KILMA MARIA SILVA DE OLIVEIRA

**PRESCRIÇÃO RETROATIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO
PROCESSO**

**FORTALEZA
2007**

KILMA MARIA SILVA DE OLIVEIRA

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA
2007

KILMA MARIA SILVA DE OLIVEIRA

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Monografia apresentada no Curso de Direito,
da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE),
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Aprovada em ___/___/___ .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará

Prof. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará

Marcos Edson de Oliveira Ribeiro
Analista Processual - MPU

A todos que se sentem frustrados por não ver a efetividade de seu trabalho em razão da prescrição retroativa.

AGRADECIMENTOS

A Deus, minha fortaleza, que me concede sabedoria e me torna capaz de alcançar todos os meus objetivos.

Aos meus pais, pelo amor e dedicação desmedidos, sem os quais este dia não seria possível.

À minha irmã, pelo carinho e amizade.

Ao meu avô José Alves, pelo estímulo constante.

Ao professor Samuel Miranda Arruda, cuja orientação foi imprescindível para que este trabalho se concretizasse.

Aos meus amigos e familiares, pelo apoio inestimável e, de forma especial, a Caroline, Daniele, Ívina, Luciana e Tirza, com quem pude dividir as alegrias e aflições da faculdade.

Enfim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para que esta monografia se tornasse realidade.

*Bem aventurados os que têm fome e sede
de justiça, porque serão saciados.
(Mateus 5, 6)*

RESUMO

O direito à duração razoável do processo assegurado constitucionalmente reclama que sejam empregados todos os meios necessários para sua efetivação, principalmente na esfera criminal, em que a situação de incerteza e a restrição da liberdade devem ter fim o mais rápido possível, sem prejuízo das garantias constitucionais. No entanto, a prescrição retroativa não se configura um instrumento garantidor de razoabilidade temporal; seu escopo não é impedir que o processo tenha dilações indevidas. O tempo razoável de tramitação do processo não se confunde com o prazo prescricional por ela determinado. A prescrição retroativa constitui, na realidade, uma das maiores causas de impunidade do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de tema atual que tem provocado amplas discussões, sendo sua importância reforçada no contexto de uma sociedade que sofre com a morosidade do Poder Judiciário e se frustra diante da inefetividade da persecução penal promovida pelo Estado.

Palavras-chave: Prescrição Penal. Prescrição Retroativa. Duração Razoável do Processo.

RESUMEN

El derecho a la duración razonable del proceso asegurado constitucionalmente pide que sean empleados todos los medios necesarios para su efectivación, principalmente en la esfera criminal, en que la situación de incertidumbre y restricción de la libertad deben tener fin lo más rápido posible, sin perjuicio de las garantías constitucionales. Sin embargo, la prescripción retroactiva no se configura un instrumento garantizador de la razonabilidad temporal; su objetivo no es impedir que el proceso tenga dilaciones indebidas. El plazo razonable de la tramitación del proceso no se confunde con el plazo prescripcional por ella determinado. La prescripción retroactiva constituye, en realidad, una de las mayores causas de impunidad del ordenamiento jurídico brasileño. Se trata de tema actual que tiene provocado amplias discusiones, siendo su importancia reforzada en el contexto de una sociedad que sufre con la morosidad del Poder Judicial y se frustra frente la ineffectividad de la persecución penal promovida por el Estado.

Palabras-clave: Prescripción Penal. Prescripción Retroactiva. Duración Razonable del Proceso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRESCRIÇÃO PENAL	12
1.1 Conceito	12
1.2 Evolução Histórica	13
1.3 Fundamento	18
<i>1.3.1 Teorias justificadoras da prescrição penal</i>	19
<i>1.3.2 Fundamento da prescrição na legislação brasileira</i>	24
1.4 Natureza jurídica	25
1.5 Espécies de prescrição	27
1.6 Imprescritibilidade	30
2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA	32
2.1 Conceito	32
2.2 Origem e evolução do instituto	33
2.3 Fundamento	38
2.4 Natureza jurídica	38
2.5 A retroatividade antecipada – prescrição em perspectiva	39
2.6 O Projeto de Lei 1.383/03	43
3 PRESCRIÇÃO RETROATIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	48
3.1 O direito fundamental à duração razoável do processo	48
<i>3.1.1 Breve histórico</i>	48
<i>3.1.2 Considerações gerais sobre o direito fundamental à razoabilidade temporal do processo</i>	50
<i>3.1.3 Critérios para aferição do tempo razoável</i>	53
3.2 Prescrição penal e tempo razoável	56
3.3 Prescrição retroativa: garantia de duração razoável do processo penal?	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	68
ANEXOS	72

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos, existe a preocupação de se limitar o poder de punir do Estado no tempo, impondo-lhe um prazo determinado para processar o acusado e aplicar a sanção a ele imposta. Nesse prisma, a prescrição penal surge como instituto através do qual o decurso de certo lapso temporal é fatal para as pretensões de punir e sancionar do Estado, quando este se mantém inerte.

Analisando-se a questão também por um aspecto processual, constata-se não ser bastante que o Estado inicie a persecução penal em momento adequado, é essencial que o processo penal transcorra em tempo razoável, não somente em face das garantias constitucionais de presunção de inocência e devido processo legal, mas considerando o próprio direito fundamental à duração razoável do processo.

No Brasil, além das espécies de prescrição comuns aos diversos ordenamentos, criou-se, a partir de uma construção jurisprudencial, a prescrição retroativa, a qual é, por alguns, considerada como um instrumento eficaz de limitação temporal da persecução penal, chegando-se, mesmo, a associá-la ao direito fundamental de duração razoável do processo, apontando a existência entre eles de uma relação de meio e fim.

Com esta visão, optamos por realizar um estudo sobre a prescrição retroativa e a duração razoável do processo, com a intenção de comprovar a inexistência de uma relação direta entre esta modalidade de prescrição e o direito constitucionalmente assegurado.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto, demonstrar que a prescrição retroativa não tem por escopo garantir um processo com razoabilidade temporal, funcionando muito mais como uma causa de impunidade do que como garantia de um processo em tempo justo.

A importância do tema objeto deste estudo revela-se, sobretudo, através de sua atualidade, uma vez que, com a recente inclusão no texto constitucional do direito ao processo sem dilações indevidas, reascenderam os debates acerca da necessidade de um processo em tempo razoável, como garantia de efetividade da tutela jurisdicional, bem como tramita, no Congresso Nacional, um Projeto de Lei propondo a extinção da prescrição retroativa, o que também vem provocando discussões calorosas na seara jurídica.

Metodologicamente, o estudo caracteriza-se como uma análise essencialmente descritivo-analítica do tema, desenvolvida através da pesquisa bibliográfica, alicerçada em

estudos teóricos, doutrinadores e na legislação, analisando-se, ainda, algumas jurisprudências pertinentes ao assunto.

O presente trabalho se desenvolve em três capítulos. No primeiro, procurou-se fazer uma análise da prescrição penal, abordando conceito, visão histórica, fundamento, natureza jurídica, espécies e, sua antítese, a imprescritibilidade. No segundo, cuidou-se de forma específica da prescrição retroativa, analisando aspectos como conceito, origem e evolução do instituto, retroatividade antecipada e o projeto de lei que propõe sua extinção definitiva.

Por fim, o terceiro e principal capítulo trata do direito fundamental à razoável duração do processo, tecendo considerações gerais, analisando seu histórico e os critérios para aferição do tempo razoável, passando pela distinção entre prazo prescricional e prazo razoável, culminando no exame da possibilidade de a prescrição retroativa funcionar como garantia de duração razoável do processo penal.

O domínio deste assunto é de significativa importância para se posicionar com clareza diante das mudanças legislativas propostas para o sistema prescricional vigente, como também para conhecer, a partir dos critérios aqui examinados, quais institutos podem, de fato, ter relação com a razoabilidade temporal do processo.

1 Prescrição penal

1.1 Conceito

O direito de punir – *jus puniendi* – e o direito de executar a sanção penal – *jus punitiois* – do Estado não são perpétuos. Não se podem eternizar, como uma espada de Dâmocles¹ pairando sobre a cabeça do indivíduo. Como ensina Aníbal Bruno², *nem a razão, nem a humanidade, nem mesmo o interesse social tornariam admissível deixar pesar sobre o criminoso indefinidamente a ameaça do processo ou da execução da pena.*

Em razão disso, o Estado está sujeito a um prazo determinado dentro do qual deverá mover a ação penal e, após, executar a pena, quando condenatória a decisão. A inércia estatal durante esse lapso temporal faz desaparecer o direito de punir ou de executar a sanção penal, conforme o caso.

A prescrição é, pois, a perda do direito do Estado, pelo decurso do tempo, de exercitar a pretensão punitiva ou a pretensão executória, havendo, neste último caso, trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nos dizeres de Damásio E. de Jesus³, *a prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo.* Aníbal Bruno⁴, por sua vez, a define como a *ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime.*

Outros entendem, todavia, que a prescrição consiste em uma renúncia do Estado ao direito de punir ou aplicar a sanção penal imposta na sentença condenatória. Como proclama

¹ Dizer que alguém "está sob a espada de Dâmocles" significa que, a qualquer momento, algo de muito ruim pode acontecer com a pessoa. O nome vem de um certo Dâmocles, que vivia na corte de Siracusa, no século IV a.C. Como freqüentava o palácio e era amigo do rei, expressava constantemente sua inveja pelas delícias proporcionadas pelo trono. O rei, para mostrar-lhe o preço que se paga pelo poder, ofereceu-lhe um requintado banquete, deixando suspensa sobre a cabeça de Dâmocles uma espada que pendia ameaçadoramente do teto, presa apenas por um único fio delgado. Com isso, o invejoso cortesão entendeu a precariedade do poder real, e a expressão passou a simbolizar "um perigo iminente que paira sobre a vida de alguém".

² BRUNO, Aníbal., **Direito penal**: parte geral. t. 3. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967, p. 210.

³ JESUS, Damásio Evangelista de., **Prescrição penal**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 20.

⁴ BRUNO, Aníbal., op. cit., 1967, p. 209.

Manzini⁵, a prescrição representa *una renuncia dello Stato alla pretesa punitiva o all'effettiva potestà di punire*.

Entre nós, Basileu Garcia⁶ também conceitua prescrição como uma renúncia por parte do Estado. Assevera que prescrição é *a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo*.

José Frederico Marques⁷, entretanto, critica esse entendimento, reconhecendo no decurso do tempo e na inércia do Estado o surgimento da prescrição, não havendo que se falar em renúncia ou abdicação do Estado. Aduz o saudoso penalista que essa renúncia só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não, no plano de sua aplicação após estar promulgada.

1.2 Evolução histórica

O instituto da prescrição sempre foi objeto de discussões fervorosas ao longo dos séculos. De origem latina, a palavra prescrição deriva do termo *praescriptio*, significando escrito posto antes. Tratava-se de meio de defesa, colocado antes da *demonstratio*, na forma expedida pelo pretor. Por ela o magistrado era advertido a não examinar o mérito⁸.

Embora o instituto da prescrição já fosse conhecido pelos gregos, o texto legal mais antigo de que se tem notícia é a *Lex Julia de Adulteriis* do direito romano do século XVIII a.C., a qual estabelecia para os delitos nela sancionados – adultério, estupro e lenocínio – o prazo prescricional de cinco anos⁹. Em seguida, o instituto se difundiu, tornando-se regra geral, exceto para os delitos de parricídio, apostasia e parto suposto, que eram considerados imprescritíveis.

Observa Antônio Rodrigues Porto¹⁰ que o desenvolvimento da prescrição ocorreu de forma lenta, ao longo dos séculos, sendo albergada no direito germânico e de outros povos, excluindo-se, porém, sempre os crimes gravíssimos, como lesa-majestade, parricídio e moeda

⁵ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. v. 3. Torino:Editrice Torinese, 1950, p. 473.
Tradução livre: a prescrição representa uma renúncia do Estado ao poder de punir.

⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 2. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, [s. d.], p.213.

⁷ MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 412.

⁸ ANDRADE, Christiano José de. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p.1.

⁹ Ibid., 1979, p. 1.

¹⁰ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 13.

falsa. Na Idade Média, os prazos prescricionais sofreram uma redução exagerada, motivando uma reação enérgica, que acabou por dificultar a ocorrência da prescrição.

O instituto, todavia, não se aplicava quando já existia condenação. A prescrição da condenação, atual prescrição da pretensão executória, somente foi introduzida na França, na época da Revolução, através do Código Penal de 1791, sendo adotada, posteriormente, por outros países¹¹.

Nos dias de hoje, a prescrição da ação (pretensão punitiva) é acolhida pela generalidade das codificações modernas. No entanto, a prescrição da condenação (pretensão executória) ainda é repelida por algumas legislações, como a da Inglaterra, que tem como regra geral o princípio *nullum tempus occurrit regi*¹².

No Brasil, o Código de Processo Criminal de 1832 foi o que primeiro tratou sobre a prescrição da ação (pretensão punitiva), adotando-a de forma restrita. Referido código regulava a prescrição da ação penal, levando em consideração a afiançabilidade ou não do delito, bem como a presença do infrator em território nacional e o conhecimento de seu paradeiro.

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 não admitia a prescrição da condenação. Dispunha, em seu art. 65: “*as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum*”. Essa espécie de prescrição somente foi instituída no direito pátrio em 1890, pelo Decreto 774.

O referido Decreto adotou a mesma sistemática do código anterior para regular a prescrição, apenas não considerando o fato de o infrator se encontrar em lugar conhecido ou não. Nesse Decreto, começou-se a discriminar os prazos da prescrição com base no tempo da pena imposta¹³.

O Código Penal de 1890 - Decreto 847 - consagrou as duas modalidades de prescrição, fixando para ambas o prazo máximo de vinte anos, não abordando, porém, a presença ou não do infrator em território nacional. Este critério, entretanto, foi retomado pela Lei 515, de

¹¹ Ibid., 1983, p. 13.

¹² ANDRADE, Christiano José de., op. cit., 1979, p. 4.

¹³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 108.

1898, para o crime de moeda falsa, o qual não se sujeitava à prescrição, quando o infrator não estivesse domiciliado no país¹⁴.

Nessa época, as prescrições da ação e da condenação eram interrompidas pela reincidência, conforme dispunha o Código, em seu art. 81.

Em 1923, o Decreto 4.780, embora tenha mantido a regra da imprescritibilidade do crime de moeda falsa, alterou algumas disposições do Código Penal então vigente, modificando o regime jurídico da prescrição.

Foi esse diploma normativo que primeiramente regulou a prescrição da ação com base na pena máxima abstratamente cominada ao crime e acrescentou como causa de interrupção do prazo prescricional o despacho confirmatório da pronúncia e a decisão condenatória recorrível¹⁵.

A adoção da sentença condenatória recorrível como causa de interrupção do fluxo temporal fez surgir a prescrição intercorrente ou subsequente, verificada entre a última causa de interrupção do prazo prescricional – sentença condenatória recorrível – e o trânsito em julgado da decisão final, que regulada pela pena em concreto, também incidia sobre a pretensão punitiva do Estado.

Nessa mesma época, teve início a discussão acerca da possibilidade da incidência do prazo prescricional com base na pena imposta na sentença em período anterior à sentença condenatória, ou seja, começou-se a cogitar da prescrição retroativa.

Em 1932, em virtude da dispersão legislativa em matéria criminal, houve uma unificação das leis penais, resultando na Consolidação das Leis Penais, que foi oficializada pelo governo através da publicação do Decreto 22.213. A unificação em nada alterou o sistema da prescrição¹⁶.

A nova ordem político-jurídica instituída pelo presidente Getúlio Vargas em 1937, fez surgir a necessidade de um novo estatuto repressivo. Nesse prisma, em 1940, foi baixado o Decreto 2.848, que começou a vigorar em 1º de janeiro de 1942.

¹⁴ Ibid., 2000, p. 108.

¹⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: doutrina, prática e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

¹⁶ Ibid., 1997, p. 40.

O Código Penal de 1940, ao contrário da legislação anterior, que tratava da prescrição como sendo causa de extinção da ação penal e da condenação, adotou a epígrafe Extinção da Punibilidade, como explica a Exposição de Motivos do Código¹⁷, n. 35:

Preferiu-se esta rubrica à tradicional de “extinção da ação e da condenação”, que corresponde a conceitos reconhecidamente errôneos. Foi igualmente enfeitada a epígrafe do Código italiano, isto é, “extinção do crime e da pena”. Apesar da brilhante sustentação de Massari, tal epígrafe tem numerosos adversários. O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados no art. 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em Wegfall des Staatlichen Staatsanspruchs). Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do direito de punir do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de convivência ou oportunidade política.

Entre outras modificações inseridas pelo novo Código estavam: o restabelecimento dos mesmos prazos do Código de 1890, alterando-se o limite mínimo de um para dois anos; a redução pela metade dos prazos da prescrição quando o criminoso fosse, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos; a prescrição da pena de multa em dois anos quando única imposta ou não cumprida; e a absorção das penas mais leves, que passaram a prescrever com as penas mais graves, ressalvada a regra da imprescritibilidade da pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação¹⁸.

A reincidência, diferente de como ocorria anteriormente, passou a majorar apenas o prazo prescricional da pretensão executória, não mais incidindo na pretensão punitiva.

Entre as alterações realizadas, foi, contudo, a redação do parágrafo único, do art. 110, do novo Código, que trouxe longas discussões acerca da eficácia *ex tunc* da prescrição no Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de decidir se retroagia ou não o prazo prescricional, com base na pena *in concreto*, quando só o réu houvesse recorrido. Sobre a matéria foi editada, em 1964, a Súmula 146 do Pretório Excelso, consagrando a prescrição retroativa, mas não pondo fim às divergências quanto aos requisitos para sua aplicação¹⁹.

Em 1961, o Governo Jânio Quadros confiou ao eminente penalista Nélson Hungria a missão de elaborar um novo código penal. O Código de 1969, que se assentou no Anteprojeto

¹⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 423.

¹⁸ ANDRADE, Christiano José de., op. cit., 1979, p. 8.

¹⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula., op. cit., 2000, p. 109.

de Hungria, embora tenha sido convertido em lei pelo Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, nunca teve efetiva vigência no nosso país²⁰.

Após vários adiamentos para sua entrada em vigor, foi, finalmente, revogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978. Continuava, por conseguinte, o Código de 1940 em plena vigência.

Inobstante não tenha entrado em vigor, o Código Penal de 1969 é relevante para a observância da evolução do instituto da prescrição no direito pátrio, uma vez que entre as modificações que trazia estavam: a imprescritibilidade das penas acessórias e a extinção da prescrição retroativa.

Esta última alteração, fruto da revisão a que foi submetido o Anteprojeto, foi de encontro ao que sempre defendeu seu idealizador. A nova redação do § 1º, do art. 110 retirava do ordenamento jurídico a possibilidade de aplicação da prescrição retroativa, *in verbis: a prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.*

Todavia, antes da revogação do novo Código, a Lei 6.016, de 1977, alterou o texto do referido parágrafo, para novamente acolher a prescrição com efeitos *ex tunc*.

Neste mesmo ano, a Lei 6.416 realizou diversas alterações no Código Penal de 1940, atualizando o sistema penal. A referida lei reconheceu expressamente a possibilidade de aplicação da prescrição retroativa, fazendo emergir uma terceira modalidade de prescrição penal²¹.

Em 1984, houve uma reforma do Código Penal, através da Lei 7.209, que deu nova redação à Parte Geral. A nova legislação adotou o modelo de prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, estabelecendo, respectivamente, a prescrição antes de transitar em julgado a sentença e a prescrição depois do trânsito em julgado.

A reforma também consagrou a retroatividade prescricional, de forma irrestrita, e a prescrição intercorrente, ambas como subespécies da prescrição da pretensão punitiva, sendo esse o atual regime da prescrição no direito brasileiro.

²⁰ PIERANGELI, José Henrique., ob. cit., 2001, p. 83.

²¹ JESUS, Damásio Evangelista de., op. cit., 1991, p. 137.

1.3 Fundamento

Atualmente o instituto da prescrição penal é consagrado pela generalidade dos ordenamentos jurídicos e acatado pela maioria dos penalistas. Entretanto, escritores do período iluminista o combateram fortemente.

Para Beccaria, Benthan e Henckel, a não aplicação da pena, em virtude do simples decurso do tempo, seria a consagração da impunidade, podendo encorajar os criminosos a perpetrar novos crimes. Consideravam-na uma instituição perigosa à segurança social e antijurídica²².

Beccaria, porém, não a rejeitou de modo absoluto, admitindo-a quando o esquecimento do crime, pelo longo tempo decorrido, fizesse desaparecer a necessidade do exemplo da punição.²³

Feurbach²⁴ acusava-a de enfraquecer o poder intimidativo da cominação penal, somente a admitindo em seu Código da Baviera e de modo muito restrito.

Não a acatavam os partidários das teorias absolutas, agarrados ao princípio da retribuição do mal pelo mal - *malum propter malum, bonum propter bonum*-, seja por considerar a pena como retribuição, seja por entendê-la derivada de um contrato social²⁵.

Os positivistas também não lhe têm sido favoráveis. Garoffalo²⁶ a concebia como uma instituição protetora dos delinquentes, recusando-a para todos os criminosos considerados incorrigíveis, mas a admitindo para os menos corrompidos, que por sua conduta, demonstrassem que provavelmente não voltariam a delinquir. Comunga com esse pensamento Ferri²⁷.

Outros, todavia, são contrários apenas à prescrição da pretensão executória. Nesse sentido, Antônio Rodrigues Porto cita Adolphe Prins²⁸, para quem *a prescrição [da pena] é a*

²² BENTHAN; HENCKEL *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p.12.

²³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo:CD, 2002, p. 53-54.

²⁴ FEUERBACH *apud* BRUNO, Aníbal., ob. cit., 1967, p. 207.

²⁵ ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p.12.

²⁶ GAROFFALO *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p.13.

²⁷ FERRI *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p.13.

²⁸ PRINS, Adolf *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 1.

impunidade pura e simples, e a impunidade é um mau exemplo para as massas, que não se entregam às considerações teóricas dos defensores da prescrição.

A prescrição da pretensão executória também não é acolhida por aqueles que vêm na dispersão das provas o único fundamento da prescrição, sendo aplicável somente à prescrição da pretensão punitiva. É esse o pensamento de Binding²⁹.

Preponderam, no entanto, no consenso geral, as teorias justificadoras do instituto, as quais foram criadas pelos criminalistas partidários a fim de explicitar o fundamento da prescrição.

1.3.1 Teorias justificadoras da prescrição penal

A seguir, apresentamos as principais teorias que se empenham em justificar a existência da prescrição penal.

a) Teoria do esquecimento

Para esta teoria, o decurso do tempo desde a prática do delito sem a devida condenação e a respectiva execução provoca o esquecimento do crime pela sociedade, fazendo desaparecer assim o alarma social e, conseqüentemente, o interesse de punir.

Giuseppe Bettiol³⁰ destaca:

[...] se é o alarma social que determina também a intervenção do Estado na repressão dos crimes, quando decorrer determinado período de tempo do próprio crime sem que tenha sido reprimido, o alarma social se enfraquece pouco a pouco e se apaga, de tal modo que provoca a ausência do interesse que faz valer a pretensão punitiva.

Em se tratando da prescrição da pretensão executória, assevera Cuello Calón³¹:

[...] transcurrido un largo período desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo de éste se borra, y los sentimientos colectivos originados por el delito, la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúan y llegan a extinguirse por completo, y la sociedad sólo debe castigar cuando perduran el malestar y la alarma causados por el hecho criminal.

²⁹ BINDING *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 2.

³⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alfredo Silva Franco. v. 3. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1976, p. 222.

³¹ CALÓN, Eugenio Cuello. **Derecho penal** – conforme al Código Penal, texto refundido de 1944. t. 1. 10. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1951, p. 687-688. Tradução livre: transcurrido um longo período desde a perpetração do delito, a lembrança se apaga e o alarma, o desejo de dar satisfação ao ofendido, o afã de que o criminoso pague sua dívida se atenuam e chegam a se extinguir por completo, e a sociedade somente deve castigar quando perdurarem o mal estar e o alarma causados pelo crime.

Villeret³² também a segue, afirmando, para justificar a prescrição da pretensão punitiva, que toda infração à lei atenta contra a paz pública e perturba o meio social, mas com o tempo é esquecido o fato; ocorrendo o mesmo quanto à pretensão executória, pois decorridos vários anos, a sanção deixará de ser exemplar.

Nos dizeres de Enrico Pessina³³, o transcurso do tempo *produce el olvido del delito y borra la impresión que éste causara.[...] El castigo del delito largo tiempo después de su comisión, la pena tardía, son inútiles, pues el recuerdo del hecho se ha borrado y la necesidad del ejemplo ha desaparecido.*

b) Teoria da expiação moral

Argumentam os defensores desta teoria, fundada no sofrimento moral, que o réu expiou suficientemente a culpa com as angústias que sofreu e os remorsos que o assaltaram ao longo do processo.

Partem da premissa de que a pena tem por escopo a aflição imposta ao condenado. Surge, portanto, a idéia de compensação da pena pelo sofrimento, em face da aflição e da opressão havidas no transcurso do processo³⁴.

Cousturier³⁵ era partidário dessa teoria, vez que adotava como fundamento comum da prescrição das pretensões punitiva e executória a idéia de que o tempo exigido para prescrever constitui, por si só, uma pena tão rigorosa como aquela da lei. Esse fundamento também foi adotado por Le Selleyer, Fautin Hélie e Boitard³⁶.

c) Teoria da dispersão das provas

Eminentemente processualista, preceitua esta teoria que com o perpassar do tempo, sem a devida comprovação do crime e de seus elementos caracterizadores, as provas do delito se perdem ou enfraquecem, tornando a apuração do fato delituoso mais incerta, e a defesa do acusado mais precária, sendo larga a probabilidade de erro.

³² VILLERET *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 2.

³³ PESSINA, Enrique. **Elementos de derecho penal**. Traducción del italiano por Hilarion Gonzalez del Castillo. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1936, p. 707-708. Tradução livre: o tempo provoca o esquecimento do delito e apaga a impressão que este causara. O castigo do delito muito tempo depois de sua ocorrência, a pena tardia, são inúteis, porque a lembrança do crime se apagou e a necessidade do exemplo desapareceu.

³⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 91.

³⁵ COUSTURIER *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p.6.

³⁶ BOITARD; HÉLIE; SELLYER *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p.6.

Thomazius³⁷ foi o principal formulador dessa teoria, em sua obra *De bigamiae praescriptionis*, publicada em 1685:

Praescriptio criminalis non eum in finem est inventa, ut delicta, de quibus aliquis convictus est, impunita maneant, sed potius, ne propter summam factorum incertitudinem ex temporis diuturnitate provenientes innocentes indébita afficiantur poena aut beneficio defensionis priverentur

Cuello Calón³⁸, a respeito da prescrição punitiva, aduz:

[...] la prescripción del delito la justifica el argumento de carácter procesal que con el transcurso del tiempo se extinguen o se debilitan las pruebas del hecho punible. A la buena administración de justicia interesa que las pruebas en los juicios criminales sean frescas y fehacientes pues las que, por haber transcurrido mucho tiempo desde la comisión del hecho, han perdido su vigor probatorio, pueden originar sensibles errores judiciales.

Esse fundamento é adequado apenas para a prescrição da pretensão punitiva, vez que, conforme assinala Carrara³⁹, *a razão da dificuldade de prova não tem valor perante a coisa julgada*. Nesse prisma, para Binding⁴⁰, esta é a única teoria capaz de justificar a prescrição da pretensão punitiva, e, por isso, repele a idéia de prescrição da pretensão executória.

d) Teoria do interesse diminuído

Dando valor jurídico-penal ao esquecimento, diversos autores tiram-lhe outra conseqüência: o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, e a punição muito tempo depois do delito poderia até inspirar piedade para com o delinqüente. Entre esses penalistas, estão Garraud e Carrara⁴¹.

Afirma Haus⁴² que o fundamento da prescrição está na falta de utilidade e necessidade da pena assinalando que a sociedade não tem mais interesse em reprimir infrações cuja lembrança se desfez.

Assevera Manzini⁴³ que *la prescrizione ha per presupposto l'immanenza di un certo interesse di punire, il quale va scomparendo col tempo. Se è trascorso um tempo maggiore di quello nel quale si ritiene permanere il detto interesse, la pena non ha più scopo*.

³⁷ THOMAZIUS *apud* MANZINI, Vincenzo., ob. cit., 1950, p. 481.

³⁸ CALÓN, Eugenio Cuello., ob. cit., 1951, p. 687-688. Tradução livre: a prescrição do delito é justificada pelo argumento processual de que a ação do tempo faz debilitar as provas do feito punível. À administração da boa justiça interessa que as provas sejam frescas, pois as que perderam seu valor probatório em razão do decurso do tempo podem dar margem a erros judiciários.

³⁹ CARRARA *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 14.

⁴⁰ BINDING *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 14-15.

⁴¹ GARRAUD; CARRARA *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 3)

⁴² HAUS *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p.16.

e) Teoria da emenda

Sustenta esta teoria que decorrido algum tempo, presume-se *juris et de jure* que o criminoso se corrigiu, não havendo mais necessidade de punição. O decurso do prazo prescricional, sem que o delinqüente tenha novamente infringido a norma penal, torna desnecessária a aplicação do castigo, pois há presunção absoluta que o mesmo tenha se redimido, inexistindo razão para a intervenção estatal⁴⁴.

Os autores positivistas não admitem que o decurso do tempo seja suficiente para fazer cessar a periculosidade do criminoso. Nesse sentido, afirmava Florian⁴⁵ que não se pode, em um primeiro momento, atribuir à prescrição valor absoluto e geral, sendo necessário para sua aplicação o exame das condições pessoais do réu, que devem demonstrar a sua não-periculosidade criminal, transformando de presunção em realidade a cessação do interesse de punir em que se funda o instituto.

Assim, não estariam sujeitos à incidência deste instituto os criminosos natos, habituais e enfermos mentais. Entre nós, Galdino Siqueira foi adepto desta teoria.

f) Teoria psicológica

Os defensores desta teoria acreditam que com o tempo há alteração da constituição psíquica do culpado, tendo em vista que foi eliminado o nexó psicológico entre o fato e o agente.

Desse modo, aquele que irá sofrer a pena será um indivíduo diverso do infrator à época do fato, não se justificando, assim, a imposição da pena. Foi Gabriel Tarde o precursor dessa teoria.

Diz Lourié⁴⁶ que uma recordação torcida não é suficiente para punição; ela deve estar bem no réu e na sociedade.

⁴³ MANZINI, Vincenzo., ob. cit., 1951, p. 480-481. Tradução livre: a prescrição tem por pressuposto a existência de interesse de punir, que vai desaparecendo com o tempo. Se transcorrer um tempo maior do que aquele no qual permanece o interesse de punir, a pena não tem mais escopo.

⁴⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 92.

⁴⁵ FLORIAN *apud* BRUNO, Aníbal., ob. cit., 1967, p. 209.

⁴⁶ LOURIÉ *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 8.

g) Teoria da estabilização das situações jurídicas

Segundo o jurista alemão Ernest von Beling⁴⁷, a prescrição descansa na consideração de que o ordenamento jurídico não pode reconhecer como jurídicos certos estados muito tempo subsistentes, atingindo assim a causa da própria firmeza. Nesse prisma, deve-se considerar consolidados os direitos e saneadas as situações anormais, quando transcorrido tempo suficientemente considerável. Cuida-se de teoria bastante aceita entre os autores chilenos.

h) Teoria da presunção de negligência

Para esta teoria é inconcebível a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito ao beneplácito eterno da vontade estatal punitiva. Do decurso do tempo, sem que haja sentença ou se inicie a execução da pena, presume-se a negligência por parte do Estado.

Preceitua que em razão da má-fé ou da negligência das autoridades constituídas pelo Estado, permite-se que o infrator não seja punido depois de transcorrido certo período de tempo⁴⁸.

i) Teoria da extinção dos efeitos antijurídicos

O transcurso do tempo suaviza os efeitos antijurídicos decorrentes do crime, fazendo-os desaparecer. Essa teoria aduz que o bem jurídico efetivamente lesado deixa de ter relevância social, impondo-se o esquecimento do delito e sua punição, justificando-se, assim, a incidência da prescrição. Foi Larenz⁴⁹ o defensor dessa teoria.

Von Liszt⁵⁰ entende que a razão de ser da prescrição, e, ao mesmo tempo, sua justificação interna,

[...] no reside en una fuerza misteriosa del tiempo, creadora o destructora del derecho, sino en que el orden jurídico, que tiene por misión la realización de fines prácticos y no la observancia rigurosa de los principios generales, ha tenido en cuenta el poder de los hechos.

Ainda entende o penalista alemão que os efeitos que a pena poderia produzir, depois de muito tempo, em relação ao agente, ao ofendido e aos demais seriam completamente

⁴⁷ BELING, Ernest von. *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 96.

⁴⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 98.

⁴⁹ LARENZ *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 99.

⁵⁰ LISZT *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p. 21. Tradução livre: não há uma força misteriosa do tempo, criadora ou destruidora do direito, que tem por missão a realização de fins práticos e não a observância rigorosa dos princípios gerais, leva-se em conta o poder dos acontecimentos.

desproporcionados com as dificuldades e incertezas que ensejaria a constatação dos fatos e com a perturbadora intromissão nas relações novamente criadas, já consolidadas e estendidas.

j) Teoria da política criminal

Escreve Antônio Rodrigues Porto⁵¹ que:

[...] a instabilidade das razões favoráveis à prescrição, acima examinadas, mostra que esse modo de extinção da punibilidade é criação da Política Criminal, quer se considere esta como ciência autônoma, quer como simples investigação dos meios adequados à repressão da criminalidade. [...] Para buscar-se um fundamento jurídico para a prescrição, ter-se-ia de adotar não um, mas vários fundamentos jurídicos, dada a grande diversidade de formas pelas quais é regulada nas legislações.

É do mesmo entendimento Raimundo Macedo⁵², para quem *a prescrição, como as outras causas de extinção da punibilidade, baseada que é em razões de política criminal, atende a imperativos dessa política e realiza fins sociais, pelo que é, como a anistia, a graça e o indulto, irrenunciável.*

João Mendes⁵³, repetindo Carrara, assinala que a prescrição penal é um modo político de extinção da ação, criado mais no interesse da sociedade do que no interesse do indivíduo e fundado no desaparecimento da razão de utilidade social que legitima o direito de punir.

Foi defendida por Puffendorf, Dunod, Trébutien, Mesnard, Haus e Villeret, que direcionaram suas atenções ao fim da pena⁵⁴.

1.3.2 Fundamento da prescrição na legislação brasileira

Na realidade, a prescrição é regulada de diferentes formas pelas diversos ordenamentos jurídicos, os quais, no mais das vezes, adotam mais de um fundamento. Como assevera Manzini⁵⁵, *la giustificazione del riconoscimento giuridico di codesta normalità è fornita da ragioni di técnica giudiziaria e di política penale.*

Desse modo, para aquelas legislações em que a reincidência é causa de interrupção do prazo prescricional, o referido instituto penal tem como fundamento a emenda do culpado.

⁵¹ PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 8.

⁵² MACEDO, Raimundo *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p. 23)

⁵³ MENDES, João *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p. 23.

⁵⁴ PUFFENDORF, DUNOD, TRÉBUTIEN, MESNARD, HAUS, VILLERET *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 98.

⁵⁵ MANZINI, Vincenzo., ob. cit., 1951, p. 480. Tradução livre: a justificação do reconhecimento jurídico da prescrição decorre normalmente de razões de técnica judiciária e política criminal.

Enquanto que, nos países em que a sentença condenatória ou o início da execução interrompem a contagem do prazo, é adotada como justificativa o desaparecimento da necessidade do exemplo; a teoria da presunção de negligência, por sua vez, é verificada quando os atos processuais, como o recebimento da denúncia, são causas de interrupção do lapso extintivo⁵⁶.

Em face da legislação brasileira, é lícito afirmar que a prescrição penal tem por fundamentos: a teoria do esquecimento, vez que o advento do termo final da prescrição, por si só, extingue a punibilidade; a emenda do condenado, considerando que a reincidência é causa de interrupção do prazo prescricional; e a negligência da autoridade estatal, em razão de as causas interruptivas do curso da prescrição se referirem à efetiva atuação do Estado, tais como o recebimento da denúncia, a sentença condenatória recorrível e o início ou continuação do cumprimento da pena⁵⁷.

1.4 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da prescrição sempre foi objeto de controvérsia entre os penalistas. Trata-se de matéria de grande relevo, vez que reflete diretamente na aplicação no tempo da lei que a regula – admissão ou não da retroatividade - e na contagem de seus prazos.

A doutrina majoritária entende que a prescrição é instituto de direito material ou substantivo, por extinguir o poder-dever de punir do Estado em decorrência do lapso de tempo decorrido. Afirmava Costa e Silva⁵⁸ que o objeto da prescrição é o direito que o Estado tem de punir, de impor e executar a pena.

Para Franz von Liszt⁵⁹, a prescrição é circunstância extintiva da pena, que faz desaparecer o direito de punir do Estado. Por fazer prescrever o direito, e não a ação, ela pertence não ao direito processual, mas ao direito material.

Em tal sentido, assume posição extrema Lorenz, que a interpreta como causa de exclusão do ilícito, considerando-a um instituto autônomo do direito material⁶⁰.

⁵⁶ PORTO, Antônio Rodrigues., ob. cit., 1983, p. 8.

⁵⁷ JESUS, Damásio E. de., ob. cit., 1991, p. 22-23.

⁵⁸ SILVA, Costa e., **Código Penal**. v. 2. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1938, p. 371.

⁵⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 135.

⁶⁰ BRUNO, Aníbal., ob. cit., 1967, p. 210.

Assinala Manzini que *la prescrizione abolisce il reato, e non soltanto l'azione penale perchè essa investe direttamente la pretesa punitiva dello Stato, e non il solo rapporto processuale, che può anche non essersi costituito*⁶¹.

Antônio Rodrigues Porto é categórico ao afirmar que a prescrição penal pertence ao direito material, embora reconheça que algumas de suas conseqüências imediatas pertençam ao direito processual⁶².

Também Damásio E. de Jesus considera este instituto como de natureza material. Para este autor, o impedimento à persecução penal que dele decorre configura simples efeito de natureza processual, como acontece com outras causas de extinção da punibilidade. Não se trata de o Estado perder o direito de ação, a prescrição atinge de forma imediata o *jus puniendi*⁶³.

Todavia, autores como Binding, Lourié, Wezel e Carnelutti a consideram instituto de direito adjetivo, em razão de constituir impedimento processual. Esta teoria vem recebendo a adesões constantes, mormente na Alemanha⁶⁴.

Assevera Heleno Cláudio Fragoso⁶⁵ que *o aspecto processual da prescrição é mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva*. Para Schönke⁶⁶, não reconhecer o caráter processual da prescrição é uma contradição com a justiça e a lógica.

À mesma idéia filiam-se Maurach, Jagush e Wezel, os quais vêem na prescrição apenas uma suspensão ou impedimento do processo⁶⁷.

Existe, ainda, um terceiro grupo que admite, ao mesmo tempo, o caráter material e processual da prescrição. É a teoria mista. Assim, a prescrição penal tanto representa a perda

⁶¹ MANZINI, Vincenzo., op. cit., 1950, p. 484. Tradução livre: a prescrição abole o crime por atingir diretamente a pretensão de punir do Estado, não por questões processuais.

⁶² PORTO, Antônio Rodrigues., op. cit., 1983, p. 10.

⁶³ JESUS, Damásio E. de., **Direito penal**: parte geral. v. 1. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.718-719.

⁶⁴ BINDING; LOURIÉ; WEZEL; CARNELUTTI *apud* FRAGOSO, Heleno Cláudio., **Lições de direito penal**: parte geral., 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 413.

⁶⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio., ob. cit., 1983, p. 413.

⁶⁶ SCHÖNKE *apud* BRUNO, Aníbal., ob. cit., 1967, p. 210.

⁶⁷ MAURACH; JAGUSH; WEZEL *apud* ANDRADE, Christiano José de., ob. cit., 1979, p. 28.

do *jus puniendi*, como impede o início ou prosseguimento da persecução penal. Nesse sentido é a concepção de Frank e Hellmuth⁶⁸.

Essa teoria pode ser fracionada em alguns grupos, os quais vêm sob diferentes aspectos o caráter duplo da prescrição, dependendo da espécie que se analisa.

Há aqueles que consideram ser a prescrição da pretensão punitiva de natureza material e a prescrição da pretensão executória de natureza processual. São expoentes dessa corrente Beling e Figueiredo Dias⁶⁹.

Outros enxergam na prescrição da pretensão punitiva caráter híbrido, enquanto a prescrição da pretensão executória é de caráter processual. Mezger⁷⁰ demonstra ser adepto dessa corrente, ao considerar a prescrição da persecução penal um instituto jurídico-material e a prescrição da execução da pena como pertencente aos institutos puramente processuais.

Por fim, há aqueles que entendem ser a prescrição da pretensão punitiva de caráter misto e a prescrição da pretensão executória de natureza material. Jescheck⁷¹ é o maior adepto deste pensamento.

No ordenamento brasileiro, a prescrição é regulada pelo Código Penal como causa de extinção da punibilidade, conforme dispõe o art. 107, IV. É, portanto, considerada como instituto de direito material, ainda que tenha conseqüências processuais. Nesse sentido preleciona Cezar Roberto Bittencourt⁷².

1.5 Espécies de prescrição

O entendimento dominante é de que são duas as espécies de prescrição, decorrentes da divisão do instituto em duas fases: uma, anterior ao trânsito em julgado da condenação, que corresponde à prescrição da pretensão punitiva; e outra, posterior, que diz respeito à prescrição da pretensão executória.

⁶⁸ FRANK; HELLMUTH *apud* BRUNO, Aníbal., ob. Cit., 1967, p. 210.

⁶⁹ BELING; DIAS, FIGUEIREDO *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 142.

⁷⁰ MEZGER *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 142.

⁷¹ JESCHECK *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 142.

⁷² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 874.

Outros, como Heinze⁷³, no entanto, adotam o conceito unitário de prescrição, por considerarem a execução como simples fase executória da ação penal, ou admitirem que exista uma única prescrição da pena, seja ameaçada (prevista na lei) ou declarada (por sentença).

Há, ainda, os que somente admitem a ocorrência da prescrição na primeira fase, tendo em vista que encontram seu fundamento em razões – como a dispersão das provas – que não subsistem após o trânsito em julgado da condenação.

Considerando a posição dominante, que é, inclusive, a adotada pelo Código Penal pátrio, temos, pois, duas espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva, impropriamente chamada de prescrição da ação, e a prescrição da pretensão executória, chamada erroneamente de prescrição da condenação ou da pena.

A primeira espécie faz com que o Estado perca o direito de punir – *jus puniendi* – e, conseqüentemente, o *jus persequendi in judicio*, isto é, a pretensão de julgar a lide e aplicar a sanção abstrata; enquanto a segunda implica na perda pelo Estado do direito de executar a sanção penal concretizada na sentença condenatória, ou seja, perde-se o *jus punitiois*.

O estatuto repressivo brasileiro traz três formas de extinção da pretensão punitiva através da prescrição: a) pela pena abstrata – prescrição da pretensão punitiva abstrata (art. 109 do CP); b) pela pena em concreto, com efeito *ex tunc* – prescrição retroativa (art. 110, §§ 1º e 2º, do CP); e c) pela pena imposta, mas entre a última causa de interrupção – data de publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado da decisão final – prescrição intercorrente ou subsequente (art. 110, § 1º, do CP).

Essa espécie de prescrição, por ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão final, permite que o réu do processo, no qual foi reconhecida, continue a gozar da condição de primário, não podendo ver maculado os seus antecedentes penais, ou seja, será como se não tivesse praticado a infração penal.

A prescrição da pretensão punitiva, ainda que reconhecida após a sentença condenatória recorrível, impede que esta produza algum efeito – principal ou secundário. Na esfera cível, a vítima não terá como executar o decreto condenatório, quando houver, vez que esse tipo de prescrição é obstáculo para a formação do título executivo judicial.

⁷³ HEINZE *apud* PORTO, Antônio Rodrigues., op. cit., 1983, p. 11.

Em se tratando da prescrição da pretensão executória, observa-se que não comporta subdivisões. Essa espécie incide somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória irrecorrível e é prevista no *caput* do art. 110 do Código Penal, regulando-se pela pena aplicada.

Ressalte-se, entretanto, por se tratar de extinção da pretensão executória, o Estado em razão do decurso do tempo somente terá perdido o direito de executar a sua decisão. O título executório foi formado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; entretanto, não poderá ser executado.

Desse modo, vindo o condenado a praticar novo crime, poderá ser considerado reincidente, visto que subsistem os efeitos secundários da sentença, tais como lançamento do nome do réu no rol dos culpados e reincidência; neste último caso, mesmo sendo hipótese do art. 64, I, do Código Penal, importará em maus antecedentes. Atinge, pois, essa prescrição apenas a execução das penas e de eventual medida de segurança.

Outrossim, nessa espécie, a vítima do delito terá à sua disposição o título executivo judicial criado pela sentença penal condenatória transitada em julgado, segundo o disposto no art. 584, II, do Código de Processo Civil.

O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva é determinado pelo art. 111 do Código Penal. Já o curso da prescrição da pretensão executória é iniciado conforme o determinado pelo art. 112 do mesmo estatuto jurídico.

O Código Penal, em seu art. 116, prevê as causas de suspensão do prazo prescricional, tratando-se de rol taxativo. Já as causas interruptivas estão dispostas em seu art. 116.

O art. 115 do mesmo estatuto repressivo dispõe sobre causas de redução pela metade dos prazos prescricionais, em razão de política criminal, considerando a idade do agente ao tempo do crime.

A prescrição das penas restritivas de direito e da pena de multa são reguladas, respectivamente, pelo art. 109, parágrafo único, e pelo art. 114; enquanto o art. 118 determina que as penas mais leves prescrevem com as mais graves.

No caso de evasão do condenado ou revogação do livramento condicional, aplica-se a regra do art. 113. Por sua vez, o art. 119, dispõe sobre a prescrição no caso de concurso de crimes.

Por fim, convém informar que, sendo a prescrição de matéria de ordem pública, nos termos do art. 61, do Código de Processo Penal, a extinção da punibilidade pode ser reconhecida em qualquer fase do processo, devendo o juiz declará-la de ofício.

1.7 Imprescritibilidade

A generalidade dos ordenamentos jurídicos não acolhe a imprescritibilidade. Assinala Christiano de Andrade que *já entre os romanos a prescrição era a regra. Excetuavam-se apenas os delitos de apostasia, parto suposto e parricídio.*⁷⁴ Na Inglaterra, porém, a não prescritibilidade é a regra, de que existem poucas exceções.

No direito pátrio, o Código Criminal do Império, de 1830, previu a imprescritibilidade como regra geral, em seu art. 65: que *as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum*, o que foi abolido com o Código de Processo Criminal de 1832 que previu a prescrição da pretensão punitiva, embora a tenha adotado de forma restrita.

O Código de 1890 também albergou o sistema da prescritibilidade de todos os crimes. Entretanto, posteriormente, o Decreto 4.780, de 1923, excluiu dessa regra os crimes de moeda falsa e os crimes políticos, quando os réus fossem domiciliados ou homiziados no estrangeiro.

Em 1932, a Consolidação das Leis Penais (Dec.n.º 22.213), nos parágrafos 5º e 8º, do art. 85, repetiu as mesmas regras, respectivamente: *O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réu domiciliado ou homiziado em paiz estrangeiro*, e *A acção penal e a condenação pelos crimes definidos nos arts. 107 e 108 [crimes políticos] não prescreverão em tempo algum em favor do réu domiciliado ou homiziado em paiz estrangeiro.*⁷⁵

O Código Penal de 1940 retornou ao sistema da prescrição de todos os crimes, prevendo apenas a imprescritibilidade das penas acessórias no parágrafo único, do art. 118: “É

⁷⁴ ANDRADE, Christiano José de., op. cit., 1979, p. 43.

⁷⁵ PIERANGELI, José Henrique., op. cit., 2001, p. 340.

imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação”.⁷⁶ A mesma regra foi repetida pelo Anteprojeto Hungria e pelo Projeto do futuro Código.⁷⁷

Na Itália, os crimes puníveis com a pena de morte ou com a de ergástulo foram considerados imprescritíveis pelo Código Penal italiano que, inspirado na Escola Positiva, ainda estabeleceu a perpétua executividade da pena em relação aos criminosos reincidentes, habituais, profissionais ou por índole. Essa orientação também foi acolhida pelo Projeto Ferri, de 1921.⁷⁸

Na Alemanha, como reação aos acontecimentos proporcionados pelo III Reich de Hitler, o sistema penal assegura a imprescritibilidade do crime de genocídio e da execução da sua pena. Também o novo Direito do pós-guerra assegurou que os prazos mais breves do Direito revogado seguiriam sendo válidos para os delitos cometidos anteriormente, possibilitando, desse modo, a retroatividade dos prazos prescricionais superiores aos prazos já vencidos, o que ficou conhecido de “grande retroatividade”.⁷⁹

A tendência das legislações penais modernas é pela prescritibilidade. Nesse sentido, a reforma realizada pela Lei 7.209 em 1984, banuiu qualquer forma de imprescritibilidade do Código Penal.

Todavia, atualmente, a Constituição Federal de 1988, contrariando a orientação contemporânea do Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os crimes, admite a não prescrição da *prática do racismo* e da *ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*, previstos, respectivamente, nos incisos XLII e XLIV, do art. 5º da Carta Magna.

⁷⁶ Ibid., 2001, p. 458.

⁷⁷ ANDRADE, Christiano José de., op. cit., 1979, p. 44.

⁷⁸ Ibid., 1979, p. 45.

⁷⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula., ob. cit., 2000, p. 164.

2 Prescrição retroativa

2.1 Conceito

Batizada por Heleno Cláudio Fragoso como *teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto*⁸⁰, por se tratar de criação genuinamente brasileira e desconhecida na doutrina e na legislação estrangeiras, a prescrição retroativa, produto de construção pretoriana, consiste em uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva, baseada na pena concretizada na sentença e no trânsito em julgado para a acusação.

Trata-se da prescrição cujo prazo é contado com base na pena *in concreto* e retroage à data anterior à sentença condenatória, produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, seu prazo é contado para trás, tendo por termo inicial a data da consumação do delito, razão pela qual é chamada de retroativa.

Assim, é a perda do poder-dever de punir do Estado – *jus puniendi* – pelo não exercício da pretensão punitiva durante certo tempo, calculada com base na pena cominada *in concreto* na sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, verificada entre a data de consumação do fato e a publicação da sentença, observando os marcos interruptivos.

A prescrição da pretensão punitiva calculada retroativamente encontra seu supedâneo legal na combinação do art. 109 com os §§ 1.º e 2.º do art. 110, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

Art. 110. [...]

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

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

Interpretando-se os §§ 1º e 2º do art. 110, pode-se concluir que a prescrição, depois da sentença transitada em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada e retroage à data anterior a da sentença condenatória, observado os mesmos lapsos temporais da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita. Também

⁸⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio., ob. cit., 1983, p. 418-419.

pressupõe, por óbvio, esta espécie de prescrição a não ocorrência da prescrição pela pena abstrata.

2.2 Origem e evolução do instituto

A possibilidade de a pena *in concreto*, ausente recurso da acusação ou sendo este improvido, regular o prazo prescricional anterior à data de publicação da sentença condenatória, sempre provocou grande discussão na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Já na vigência do Decreto 4.780, de 27 de dezembro de 1923, discutia-se qual o termo inicial do prazo prescricional tomado com base na pena imposta na sentença. Alguns entendiam que o prazo prescricional regulado pela pena aplicada poderia retroagir à data anterior a da sentença condenatória, dando azo a uma eficácia *ex tunc* da prescrição. Para outros, porém, o prazo prescricional baseado na pena imposta teria como termo inicial a sentença condenatória, correndo até a data do trânsito em julgado desta decisão, tendo, portanto, eficácia *ex nunc*.⁸¹

No Supremo Tribunal Federal, as opiniões eram divididas. Os Ministros Orosimbo Nonato, Bento de Faria, José Linhares, entre outros, eram favoráveis à aplicação retroativa da prescrição, enquanto os Ministros Laudo de Camargo, Castro Nunes, Goulart de Oliveira, e outros, eram contrários a esse pensamento⁸².

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, os debates ficaram ainda mais inflamados. A redação⁸³ do parágrafo único do art. 110 do referido Código provocou discussões acirradas sobre sua interpretação durante várias décadas, fazendo surgir diversas posições a respeito.

Além do acolhimento do efeito retroativo da prescrição, questionava-se, em face da posição topográfica do parágrafo único do art. 110, se este tratava da extinção da pretensão punitiva ou executória. Ambas as questões foram resolvidas pelo Pretório Excelso em sessão plenária, de 14 de junho de 1946:

Vigorando o Código Penal de 1940, o Supremo, em sessão plenária de 14-6-46, por votação unânime, acolheu a prescrição da pena imposta, retroagindo-a para este fim

⁸¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p.38.

⁸² NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p.39.

⁸³ Enunciava o referido parágrafo único do art. 110: *a prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.*

(H.C. nº 29.370, D.J. de 19-03-48). Em seu voto, o relator, Ministro Castro Nunes, salientou: ‘O parágrafo único adjeto a este artigo levaria talvez a supor, pela regra de que as disposições acessórias são integrantes da disposição principal, que a regra do parágrafo é peculiar à prescrição da execução. Mas se o artigo 109, depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, admite uma exceção, a do parágrafo único do artigo 110, parece-me claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal. [...] A razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma reformatio in pejus, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se fora a pena cominada na lei [...] Nestes termos, concedo a ordem ⁸⁴.

Desse modo, restou esclarecido que o citado parágrafo único, além de permitir a retroação do prazo prescricional, era causa de extinção da pretensão punitiva, apesar de sua posição topográfica.

Entre os anos de 1946 e 1950, porém, preponderou entendimento contrário à prescrição retroativa. No H.C. 29.922, com fundamento no voto do Ministro Hahnemann Guimarães, ficou decidido que:

Em princípio, somente depois de se tornar coisa julgada a sentença condenatória, regula-se, segundo a pena infligida, a prescrição. Admite, entretanto, a lei a exceção do art. 110, p. ú., relativa à sentença impugnada somente pelo réu. Neste caso, a proibição da reformatio in pejus justifica que se conte o prazo pela pena imposta. Trata-se, porém, aqui, de tempo que se começa a contar a partir da sentença condenatória ⁸⁵.

Assim, a orientação que prevaleceu até o final de 1950 era a de que o aludido parágrafo único regulava a prescrição superveniente à sentença condenatória – prescrição intercorrente -, não possuindo efeito de reger prazo extintivo anterior à sua publicação.

A partir de 1951, duas correntes dividiam os Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma corrente liderada por Luiz Gallotti e outra, por Néelson Hungria. A sustentação dos respectivos pontos de vista deu margem a eruditos debates:

Nas palavras do primeiro: se apelasse somente o réu, passaria a regular a prescrição da ação penal, depois da sentença, a pena imposta. Não existe, portanto, retroatividade. Argumentava: ‘Ora, a nossa lei é expressa no atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (art. 117, § 4º), e, por igual, no dizer que, em regra, a prescrição interrompida recomeça por inteiro (art. 117, § 2º), a tornar claro que ficou inutilizado para tal fim o prazo que fluiu anteriormente’. A pena concretizada passaria então, daí em diante, a reger a prescrição. Justifica-se assim o parágrafo único, pois sem ele, prescrição continuaria, após a condenação

⁸⁴ NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 43.

⁸⁵ NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 43.

recorrível, a reger pela pena em abstrato. No entanto conforme Nélson Hungria, se este parágrafo fosse aplicado só ad futurum, e não também ad preteritum, seria ocioso. Alegava: ‘a pena concretizada, na ausência de recurso do Ministério Público, é a única a que, no caso correspondia ab initio o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar Justiça impõe o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória se já decorreu tempo suficiente para a prescrição da pena in concreto, a sentença não é causa interruptiva, pois não se interrompe aquilo que já cessou ou já se consumou’. Ponderava, por fim, que o parágrafo constituiria, pelo menos, res dúbia, devendo prevalecer, assim, o sentido mais benigno ao réu⁸⁶.

Foi vencedora a posição do Ministro Gallotti até o final da década de 1950, prevalecendo, pois, o entendimento contrário à retroatividade do prazo prescricional com base na pena imposta, havendo apelação somente do réu.

Em fins de 1959, entretanto, as duas posições passaram a ter igualdade de votos. Assim, *a decisão favorável a uma ou a outra orientação passou a ser condicionada à composição do Tribunal no momento do julgamento*⁸⁷.

Em 1960, houve alteração no quadro de Ministros com o ingresso de Gonçalves de Oliveira e Victor Nunes, que aderiram à tese favorável ao efeito *ex tunc* da prescrição, defendida por Hungria, passando a ser a orientação prevalente. Mais tarde os novos Ministros empossados, Pedro Chaves, Hermes Lima e Evandro Lins, também se filiaram à corrente do mestre da Guanabara⁸⁸.

Em 1964, esse entendimento foi cristalizado através da Súmula 146 – *A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação* – que embora não fosse muito explícita no tocante à retroatividade da pena concreta, a jurisprudência do STF a interpretava nesse sentido.

As alterações que se seguiram no quadro de Ministros não tiveram o condão de afastar a incidência da Súmula, apesar da permanência da aceção contrária do Ministro Luiz Gallotti.

Embora nunca tenha entrado em vigor, a citação do Código Penal de 1969 é importante para uma fiel demonstração da evolução do instituto da prescrição retroativa no Brasil.

Idealizado por Nélson Hungria, o Anteprojeto de CP foi revisado por uma comissão formada por Benjamim Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D’Aquino, que fez algumas modificações.

⁸⁶ NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 43-44.

⁸⁷ NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p.39.

⁸⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 44.

Dentre elas, retirou do Anteprojeto a previsão da possibilidade de aplicação da prescrição retroativa, contrariando o que sempre defendeu seu próprio autor. Consta da Exposição de Motivos do Código, n. 37⁸⁹:

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

Entretanto, antes mesmo de sua revogação, seu texto foi alterado para novamente acolher a prescrição com efeitos *ex tunc*. Como já esclarecido, o citado código nunca entrou em vigor, tendo, por conseguinte, o Código de 1940 continuado em plena vigência.

No início dos anos 70, passou-se a discutir o alcance da Súmula, com o surgimento de um movimento no sentido de restringir sua aplicação, defendendo que o prazo prescricional ao retroagir não poderia alcançar período anterior ao recebimento da denúncia, exigindo, ainda, como requisitos para sua aplicação: a condenação em primeiro grau; a inexistência de recurso da acusação e a apelação da defesa.⁹⁰

Sobre essa interpretação restritiva, manifestou-se o Ministro Gallotti⁹¹: *Como entendo que a Súmula é errada, e tenho que me submeter a ela, não amplio o erro – fico no erro, mas não vou além dele.*

Esse entendimento restritivo, apesar de decisões em contrário, passou a vigorar com certa tranqüilidade até 1974, quando nova alteração na composição do Tribunal renovou a discussão sobre o tema:

No final de 1974, com dois novos Ministros, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra, o controvertido tema prescricional voltou a ser objeto de debates em sessão plenária: nos embargos ao Recurso Extraordinário nº 76.320 – relator o Ministro Aliomar Baleeiro –, caso de condenação em segunda instância; no recurso Hábeas Corpus nº 52.432 – relator o Ministro Antônio Neder –, caso de ausência de recurso de defesa. Ao término destas notas, ambos os processos encontravam-se com pedido de vista (D.J. de 25-11-74). Três votos estão a defender o retorno à interpretação liberal: Ministros Aliomar Baleeiro, Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu. A tônica dos votos, entre outros argumentos, está no novo Código Penal, após as alterações da Lei nº 6.016, de 31-12-73⁹².

⁸⁹ PIERANGELI, José Henrique., ob. cit., 2001, p. 522.

⁹⁰ JESUS, Damásio Evangelista de., ob. cit., 1991, p. 133.

⁹¹ NAVES, Nilson Vital *apud* JESUS, Damásio Evangelista de., ob. cit., 1991, p. 133.

⁹² NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 45.

Acabou, pois, por prevalecer a interpretação liberal, no entanto, sem todas as conseqüências lógicas do princípio retroativo.

Em 1977, foi publicada a Lei 6.416, alterando alguns dispositivos do Código Penal de 1940. A referida lei derogou o parágrafo único do art. 110, introduzindo, em seu lugar, dois novos parágrafos com a seguinte redação, *litteris*:

Art. 110. [...]

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

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

O § 1º repetiu o antigo § único, com uma modificação: estabeleceu que para o cálculo da prescrição em concreto era bastante que a sentença condenatória tivesse transitado em julgado para a acusação, não sendo mais necessário que o réu efetivamente recorresse.

O § 2º, no entanto, constituiu inovação. Determinou que a prescrição em concreto importava *tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal*, o que foi um equívoco do legislador, uma vez que, enquanto não ocorrente o trânsito em julgado da decisão condenatória, não há que se falar em pretensão executória.

O mesmo parágrafo também restringiu a aplicação da Súmula 146, não permitindo que o prazo prescricional retroagisse à data anterior ao recebimento da denúncia. Esse texto caracteriza uma oficialização da Súmula 146 do STF, mas com limitação.

Sobre essa alteração esclareceu o Ministro Armando Falcão na Exposição de Motivos do Projeto: *passou-se a disciplinar o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais*⁹³.

A Lei 7.209, de 1984, instituiu a Nova Parte Geral do Código Penal, admitindo a retroação do prazo prescricional de forma irrestrita, ao prever expressamente, no § 2º do art.

⁹³ JESUS, Damásio Evangelista de., ob. cit., 1991, p. 136.

110, que a prescrição, de que trata o parágrafo anterior [prescrição pela pena aplicada], pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Essa previsão representa precisamente a instituição da prescrição retroativa, exatamente nos moldes da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal. É esse o modo como a prescrição retroativa atualmente é regulada.

Recentemente, foi apresentado projeto de lei para extinguir de forma definitiva a retroatividade prescricional do ordenamento jurídico brasileiro, do qual falaremos mais detalhadamente em tópico próprio.

2.3 Fundamento

A prescrição retroativa tem por fundamento o princípio da pena justa, segundo o qual a pena imposta na sentença condenatória é a sanção justa *ab initio* para regular o prazo prescricional do fato praticado pelo agente.

Significa que, ante a impossibilidade de majoração, a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto, revelando-se a pena abstrata muito severa e injusta para regular o prazo prescricional.⁹⁴

Pune-se o Estado por não conseguir, em tempo hábil e razoável, formar o título executivo contra o acusado, retirando-lhe o direito ao exercício do *jus puniendi* com a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

2.4 Natureza Jurídica

Cuida-se a prescrição retroativa de subespécie da prescrição da pretensão punitiva e, por conseguinte, atua como causa extintiva da punibilidade, nos termos do art. 107, IV do Código Penal. É, pois, instituto de direito material.

Embora essa prescrição tenha em mira a pena *in concreto*, ainda não houve condenação transitada em julgado para ambas as partes, razão pela qual não há que se falar em pretensão executória.

⁹⁴ JESUS, Damásio Evangelista de., ob. cit., 1991, p. 136.

Inobstante, a Lei 6.416, de 1977, ao regular a prescrição retroativa, disse, expressamente, tratar-se de *renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal*, contrariando o que sempre se afirmou a respeito desse instituto.

Naquela época, cometeu o legislador um equívoco, considerando que não é possível falar em prescrição da pretensão executória, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão, sendo evidente a impropriedade da norma. Ao se verificar essa prescrição, o Estado perde o poder-dever de punir o infrator – *jus puniendi* –, e não de aplicar-lhe a sanção penal a ele imposta na sentença.

Além disso, o art. 109, que trata da prescrição da pretensão punitiva, ao fazer referência aos §§ 1º e 2º do art. 110, a fim de que, naquelas hipóteses, o prazo prescricional tenha por base a pena concretizada na sentença, o fez, contudo, sem alterar sua natureza jurídica para prescrição da pretensão executória⁹⁵.

2.5 A retroatividade antecipada – prescrição em perspectiva

Atualmente, vem ganhando força entre os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário de primeira instância uma forma anômala de prescrição: a prescrição em perspectiva, também chamada de ideal, hipotética ou pela pena virtual.

Trata-se de criação da doutrina e jurisprudência brasileiras, consistente em reconhecer a prescrição retroativa antes do início da ação penal ou já no curso desta, ao se obter com fulcro numa eventual pena a ser aplicada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Embora seja crescente a aceitação da prescrição antecipada, a maioria da doutrina e dos Tribunais brasileiros rejeita a aplicação dessa espécie de prescrição, sendo a matéria pacificada no sentido de sua não aplicação, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal⁹⁶ sobre o tema:

Não se admite a prescrição retroativa por antecipação, uma vez que, além de inexistir previsão legal, não pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto. Com esse entendimento, a Turma negou provimento a recurso de habeas corpus em que se pretendia o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa sob o argumento de que, no caso de eventual

⁹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio., ob. cit., 1983, p. 413.

⁹⁶ Precedente citado: RHC 66.913-DF (RTJ 135/590). RHC 76.153-SP, rel. Ilmar Galvão, 10.2.98. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 99, DORJ de 27/2/1998, Seção I, p. 3.

condenação a pena do paciente não poderia exceder o mínimo legal, tendo em vista as regras de fixação da pena (CP, art.59).

Originou-se o referido instituto nos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo, no início dos anos noventa, e desde então muitas foram as manifestações favoráveis e contrárias a ele na doutrina e jurisprudência nacionais.

A aplicação do instituto da prescrição em perspectiva fundamenta-se basicamente em razões de política criminal, consistente em evitar a movimentação do aparelho repressivo estatal para, ao final, perceber que está extinta a pretensão punitiva pela prescrição retroativa. Tem-se em mente a morosidade do processo e os elementos e circunstâncias do delito, dos quais se verifica que a extinção da punibilidade é inevitável⁹⁷.

Pretende-se com o reconhecimento dessa espécie de prescrição auxiliar a administração da justiça, que se encontra sobrecarregada de processos, tornando-a mais célere; economizar recursos humanos e materiais, uma vez que pessoas e equipamentos serão poupados; evitar o desgaste judicial provocado pela ineficácia das decisões; livrar o réu da penalização pela morosidade da Justiça etc.

Nesse prisma, a moderna jurisprudência iniciou uma interpretação, não tanto antecipatória, como corriqueiramente mencionado, mas, no mais das vezes, desconsideradora da possibilidade de aplicação da pena máxima, com o escopo único de calcular a prescrição da pretensão punitiva.

Dentre os argumentos utilizados pela corrente que admite o instituto da prescrição em perspectiva a fim de fundamentar a aplicação da prescrição retroativa antecipada encontram-se a economia processual e a falta de efetividade da tutela jurisdicional, vez que seria dispendioso para o Estado submeter alguém a um processo criminal que, ao final, sabe-se que será atingido pela prescrição.

Também entendem os defensores da antecipação da retroatividade que a acusação carecerá de interesse de agir, como condição do exercício da ação penal, sempre que, diante das circunstâncias do caso concreto, for possível verificar, de antemão, desconsiderando-se a possibilidade de aplicação da pena máxima, à incidência futura da prescrição da pretensão punitiva retroativa, à vista de eventual e possível pena a se aplicar.

⁹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 142.

Desse entendimento compartilha Fernando Capez⁹⁸:

[...] a utilidade do processo traduz-se na utilidade do provimento jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e.g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional será inútil; falta, portanto, interesse de agir.

A certeza de que o processo penal será inútil constitui falta de justa causa para o início da ação penal, pois, inexistindo interesse de agir para tanto, faltaria uma das condições da ação, o que ensejaria o arquivamento com fulcro no art. 43, I, do CPP.

Da mesma opinião é Ney Moura Teles⁹⁹. Para este autor, o juiz deve reconhecer a prescrição sempre que for possível antever a prescrição retroativa com base na pena vislumbrada, pois seria absolutamente inútil instaurar ou continuar um processo, com enorme custo para o Estado, sem haver justa causa.

Outra questão que é levantada a favor da prescrição em perspectiva diz respeito à instrumentalidade do processo, consistente em examinar o processo mais no seu aspecto prático que no teórico.

Os partidários dessa corrente apontam também como argumento o princípio do direito administrativo voltado para a boa administração do dinheiro público, o qual se destaca em virtude de que recursos de ordem material e intelectual são gastos numa ação natimorta. Nesse sentido, Andrei Schimidt¹⁰⁰ cita decisão do Tribunal de Alçada Gaúcho:

O princípio de Direito Administrativo, voltado para a necessidade da boa aplicação do dinheiro público, também recomenda que não seja instaurada a ação penal, por falta de interesse, quando, em razão da provável pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo MP e pelos Juízes, a partir das considerações inerentes ao art. 59 do CP, for possível perceber que a sentença condenatória não se revestirá de força executória em face das regras que regulam a prescrição. (Julgados, 97/145, Rel. José Paganella Boschi).

Por sua vez, a corrente contrária à aceitação da prescrição retroativa antecipada, que é majoritária, argumenta para rechaçá-la a falta de amparo legal, visto que o art. 110, §§ 1º e 2º, do CP, prevê que a prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória.

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

⁹⁹ TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 559.

¹⁰⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner., ob. cit., 1997, p. 143.

Sustenta essa corrente que o réu tem direito a uma sentença de mérito, na qual almeja ver declarada sua absolvição. Ao revés, haveria uma presunção de condenação, violando-se, conseqüentemente, os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Para seus sectários, também estaria sendo violado o princípio do contraditório, pois não há como o magistrado – ou órgão do Ministério Público – prever se a sentença será condenatória e, caso assim o faça, estará prejulgando um fato do qual não se fez prova em juízo; assim como não seria possível, dado o precário contexto probatório, o julgador formar uma convicção própria do *judicium causae* envolvendo as diretrizes judiciais do art. 59 do Código Penal.

Seriam, ainda, obstáculos para o acolhimento dessa nova espécie de prescrição os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, considerando que existente o suporte probatório mínimo e atendidos os pressupostos processuais necessários, o órgão acusatório não pode se furtar de oferecer a exordial penal.

Para Cezar Roberto Bitencourt¹⁰¹, não há suporte legal para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, bem como decretar a prescrição com base em uma pena concreta hipotética, implicaria em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, em razão de uma verdadeira presunção de condenação.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça¹⁰²:

A prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito da sentença condenatória, ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser aceita pela parte. Urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o status de condenado. Impor-se-iam, ademais, todas as conseqüências, de que são exemplos configuração de antecedente penal e título executório no cível. Insista-se, inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal. (RHC n. 2.926 – Rel. Vicente Cernicchiaro – j. em 17/08/93.)

Segundo jurisprudência pacífica deste Tribunal, a prescrição retroativa antecipada carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual, sendo por ele veementemente repelida.

¹⁰¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto., ob. cit., 2006, p. 881.

¹⁰² Embora a decisão citada seja do ano de 1993, a jurisprudência atual do STJ ainda é no mesmo sentido: RHC 21995 / SP/ 2007/0210966-5; HC 83051 / PE/ 2007/0111406-0; RHC 20671 / SP/ 2006/0283918-7.

Não obstante os vários argumentos apresentados pelos que defendem a adoção da prescrição em perspectiva, como já afirmado, é predominante o entendimento no sentido da impossibilidade de sua aplicação.

2.6 O Projeto de Lei 1.383/03

Em 2003, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.383/03, de autoria do ex-deputado Antônio Carlos Biscaia, tendo por escopo eliminar do ordenamento jurídico pátrio a prescrição retroativa.

A proposta de mudança, que faz parte do chamado pacote antiviolação – conjunto de medidas cuja análise foi acelerada este ano –, ganhou relevância em face do recrudescimento da violência em todo o país e reascendeu as discussões acerca da retroatividade do prazo prescricional, provocando a manifestação de vários setores da seara jurídica.

Na época da apresentação do projeto, Biscaia¹⁰³ explicou que a prescrição retroativa não é usada em nenhum outro país e se revelou *um instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário.*

Ainda segundo o autor do projeto original, a retroação da prescrição prejudica principalmente os processos relacionados a crimes como estelionato e peculato, que têm penas pequenas e são de difícil apuração por exigir a análise de muitos documentos e complexos exames periciais. Dessa forma, se o processo demorar muito para ser concluído, o acusado não poderá mais cumprir pena¹⁰⁴.

A proposição, em sua redação original, foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sendo, em seguida, encaminhada para votação no plenário da Câmara dos Deputados.

Todavia, quando da aprovação da urgência para análise do projeto neste ano, não houve consenso entre os partidos quanto à extinção total da prescrição retroativa. Em face disso, foi

¹⁰³ Câmara aprova mudança na prescrição retroativa de crimes. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=98967&pesq=>>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

¹⁰⁴ Idem.

aprovado pelo Plenário um substitutivo ao projeto, cujo texto resultou de um acordo entre os parlamentares¹⁰⁵.

As mudanças foram sugeridas com a nova discussão sobre a proposta, retomada pelo grupo de trabalho criado pelo presidente da Câmara, Arlindo Chinaglia para estudar projetos sobre segurança pública.

O substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados mantém a possibilidade de aplicação da prescrição retroativa, prevista no Código Penal, proibindo, porém, que o prazo comece a ser contado em data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa.

O projeto original também foi alterado para aumentar de dois para três anos o menor período de prescrição previsto no código para crimes com penas máximas inferiores a um ano, ao contrário da proposta inicial que era de aumentar de dois para quatro anos.

O relator do projeto, deputado Roberto Magalhães (PFL-PE), apresentou parecer favorável às emendas propostas para viabilizar a votação da matéria.

Durante as discussões, o deputado Eduardo Valverde¹⁰⁶ (PT-RO) afirmou que a manutenção parcial da prescrição subverte a motivação do projeto e permite que alguns crimes – *especialmente os de colarinho branco* – permaneçam impunes. Disse o parlamentar que *o acordo, na prática, restabelece a prescrição retroativa para aqueles que têm bons advogados*.

Já o grupo de trabalho criado para analisar os projetos sobre mudanças nos códigos Penal e Processo Penal defende a manutenção parcial da prescrição retroativa. O coordenador do grupo, deputado João Campos (PSDB-GO) elogiou os termos do acordo e defendeu a aprovação do projeto: *“A prescrição retroativa não é comum no direito mundial. É um avanço restringir esse mecanismo e ampliar o prazo mínimo para prescrição”*, afirmou Campos¹⁰⁷.

O Plenário acabou por aprovar o substitutivo ao Projeto de Lei 1.383/03. Foi, então, a matéria encaminhada para o Senado Federal para votação.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

No Senado, o senador Demóstenes Torres (DEM-GO), relator do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 19/07 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentou emenda ao projeto, determinando que *a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou acórdão*, ou seja, no sentido de extinguir definitivamente a retroatividade do prazo prescricional¹⁰⁸.

O senador chegou a afirmar que a proposta, embora técnica, veio colocar um fim no que considera ser o *grande gargalo da impunidade* do ordenamento jurídico brasileiro. Ele argumenta que, se o processo se alongar, o réu nem sequer será preso e *sairá livre antes mesmo do seu fim*¹⁰⁹.

Uma vez aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, o projeto seguiu para exame do Plenário, onde foi aprovado, juntamente com a emenda proposta pelo relator.

A proposição, nos termos em que foi aprovada, altera o parágrafo 1º do artigo 110 do Código Penal para eliminar a prescrição retroativa, inclusive, na fase de instrução processual – entre o recebimento da ação penal e a sentença de primeiro grau –, o que não ocorria no texto vindo da Câmara dos Deputados.

Considerando que o projeto teve sua redação modificada pelo Senado, será submetido à nova votação na Câmara e, se aprovado de forma definitiva, acabará com a possibilidade de retroação do prazo prescricional, conforme idealizou Biscaia, além de aumentar para três anos o prazo prescricional para crimes com pena máxima não superior a um ano.

A idéia de por fim à prescrição retroativa renovou os debates acalorados sobre o tema. Enquanto para uns a eliminação do instituto representa o fim de uma das maiores causas de impunidade no ordenamento jurídico brasileiro, outros a vêem de forma negativa, por eliminar uma garantia de justiça e celeridade processual.

¹⁰⁸ Aprovado pela CCJ fim da prescrição retroativa. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/jornal/noticia.asp?codEditoria=2467&dataEdicaoVer=20070402&dataEdicaoAtual=20070412&nomeEditoria=Justi%E7a&codNoticia=56195>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

¹⁰⁹ Idem.

Nesse diapasão, manifestou-se a favor da manutenção da prescrição retroativa o presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D'Urso¹¹⁰:

[...] o projeto acaba com o instituto da prescrição retroativa, ampliando o poder do Estado sobre o cidadão, que passa a ficar à disposição do Poder Judiciário por tempo indeterminado. Isso é negativo, porque deturpa o instituto da prescrição, que estabelece prazos para apuração do crime, e passa a conceder ao Poder Público tempo ampliado para apurar, o que pode levar a uma maior morosidade da Justiça, mazela que combatemos de forma incansável.

Alguns advogados criminalistas também comungam desse entendimento. Segundo o advogado Nélio Machado, membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e relator da comissão da entidade que analisou as mudanças no Código Penal, o que atrapalha a Justiça não são os prazos, mas a morosidade nos julgamentos. *O projeto é motivado por uma idéia de vingança social, que se choca com qualquer perspectiva de recuperação do réu*, afirma. O criminalista Celso Villardi¹¹¹ entende que o projeto desvia a responsabilidade dos governos. *É um prêmio para a inércia do Estado*, diz.

Ademais, o próprio Conselho Federal da OAB, irrisignado com as alterações propostas, aprovou, em sessão presidida por Roberto Busato, em votação unânime, parecer¹¹² firmado por Cezar Roberto Bitencourt, opinando pela rejeição da proposta de extinção da prescrição retroativa.

Entre os defensores¹¹³ da eliminação definitiva da prescrição retroativa estão a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

¹¹⁰ OAB-SP é contra o fim da prescrição retroativa. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/destaque_principal/oab-sp-e-contra-o-fim-da-prescricao-retroativa/>. Acesso em: 08 ago. 2007.

¹¹¹ Projeto de lei dá fim à prescrição retroativa. Disponível em: <<http://www.original123.com.br/clipping/?p=3779>>. Acesso em: 30 out. 2007.

¹¹² GONSALVES, Leandro Recchiutti. Prescrição retroativa: a chancela da impunidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 611, 11 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6420>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

¹¹³ PINHEIRO, Aline. Fim da prescrição retroativa gera debates acalorados. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 mar. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53363,1>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

Para o presidente da ANPR, Nicolau Dino¹¹⁴, é urgente a extinção total da prescrição penal retroativa, tendo-a como uma das maiores causas de impunidade do ordenamento jurídico brasileiro. Afirma, ainda, o Procurador da República que:

[...] pretende apenas que o resultado de um processo criminal iniciado e julgado seja útil e efetivo; que as penas possam ser, ao final, aplicadas e que, verdadeiramente, sejam reduzidos os focos de impunidade no País. É o mínimo que se pode querer num momento em que o medo e o desencanto parecem dominar o desejo coletivo de mudança.

À mesma opinião filia-se o advogado criminalista Luiz Flávio Gomes¹¹⁵, para quem *a prescrição retroativa gera a impunidade. É um exagero e deveria ser eliminada.*

Também é contrária à prescrição retroativa a Promotora criminal do Ministério Público de São Paulo, Luíza Nagib Eluf¹¹⁶. Acredita a promotora que a morosidade do Judiciário parece não ter solução, em virtude da quantidade de processos que deságuam na Justiça. Para ela o fim da prescrição retroativa então seria uma alternativa para resolver o problema das ações que tramitam anos para não produzir nenhum efeito prático, a não ser a tortura da vítima e do réu.

Uma vez delineada a questão, resta-nos aguardar em que termos será definitivamente aprovada a proposição no Congresso Nacional, seja eliminando a prescrição retroativa, seja restringindo sua aplicação.

¹¹⁴ Entidades recorrem à Câmara contra prescrição retroativa. **Notícias do Ministério Público Federal**, Brasília, 01 mar. 2007. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/criminal/entidades-recorrem-a-camara-contra-prescricao-retroativa/>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

¹¹⁵ PINHEIRO, Aline. Fim da prescrição retroativa gera debates acalorados. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 mar. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53363,1>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

¹¹⁶ Idem.

3 Prescrição retroativa e duração razoável do processo

3.1 O direito fundamental à duração razoável do processo

3.1.1 Breve histórico

A idéia de um processo em tempo razoável não é recente, remonta aos idos de 1166, na Inglaterra, quando do reconhecimento pelo Assize of Claredon do direito ao speedy trial¹¹⁷. Assim, é possível verificar que a celeridade da atuação jurisdicional há muito já era considerada essencial à efetividade do acesso à justiça, podendo ser suas raízes encontradas no direito anglo-saxão.

O problema da morosidade processual não é contemporâneo. No direito norte-americano, herdeiro do sistema inglês, desde a época colonial é possível se observar a existência de documentos assegurando o direito a um processo célere. Bem como, em Portugal, a preocupação com o tempo de tramitação do processo é conhecida desde a sua consolidação como Estado autônomo¹¹⁸.

Em época mais recente (1950), foi subscrita pela maioria dos países europeus a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual estabelece em seu art. 6º, 1, que:

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente **num prazo razoável**, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida. (grifo nosso)

Na visão de Cruz e Tucci¹¹⁹, esse diploma legal supranacional é um marco histórico para esse direito, pois foi a partir de sua edição que *o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoa jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.*

¹¹⁷ Arruda, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p.29.

¹¹⁸ Ibid, 2006, 2006, p. 36;40.

¹¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coordenador) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 238.

Nesse prisma, vários países passaram a prever expressamente em seus textos constitucionais o direito à duração razoável do processo, como é o caso da Constituição espanhola de 1978 e, em 1999, da Constituição italiana.

No Brasil, as Constituições tradicionalmente não prevêm de forma expressa o direito a um julgamento em tempo razoável. Mesmo a influência norte-americana verificada através do *due process of law* é relativamente recente, somente na Constituição de 1934, é possível falar em um direito ao *rápido andamento dos processos* no constitucionalismo brasileiro, ligado não a uma idéia de razoabilidade, mas ao *speedy trial* norte-americano¹²⁰. Ressalvando, porém, que em se tratando dos procedimentos criminais cautelares, envolvendo réu encarcerado, como consentâneo do princípio da presunção de inocência, o ordenamento jurídico brasileiro costuma prever procedimentos céleres.

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, não trouxe explicitamente a previsão de um direito a um processo sem dilações indevidas, podendo ser este vislumbrado apenas como consequência necessária e evidente do direito ao devido processo legal e do princípio da presunção de inocência, sem prejuízo dos demais princípios a ele relacionados.

Em 1969, foi assinada a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica –, a qual dispõe em seu art. 8º, I que *toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]*, sendo o Brasil um de seus signatários.

Todavia, somente em 26 de maio de 1992, o Congresso Nacional, mediante o Decreto n. 27, aprovou o texto da Convenção, e, por meio do Decreto n. 678, de 9 de novembro de 1992, promulgou-a, incorporando o Pacto ao ordenamento pátrio e reconhecendo, expressamente, no Direito brasileiro, o direito à razoabilidade temporal do processo, em face do art.5º, § 2º, da Constituição Federal.

Inobstante, recentemente, quando da realização de alterações na Carta Magna através da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 – que ficou conhecida como Reforma do Judiciário –, acrescentou-se o inciso LXXVIII ao art. 5º, a fim de introduzir no texto constitucional o direito à *razoável duração do processo* e aos *meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, assegurando de forma explícita ao jurisdicionado o direito de receber o provimento judicial dentro de um prazo justo.

¹²⁰ ARRUDA, Samuel Miranda., ob. cit., 2006, p. 43.

3.1.2 Considerações gerais sobre o direito fundamental à razoabilidade temporal do processo

Reza o inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. Desse modo, além de garantir o acesso à justiça, a Constituição exige que sejam tomadas providências a fim de *conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva*¹²¹.

A oportunidade do provimento constitui um dos principais elementos para realização de justiça. A tempestividade da prestação jurisdicional está intrinsecamente ligada a sua efetividade, configurando, mesmo, uma relação de meio e fim. Nesse prisma, afirma Samuel Miranda Arruda¹²²:

[...] a manifestação judicial deve ser proferida em tempo hábil. À efetividade da atuação judicial liga-se de forma inequívoca o tempo da intervenção. É evidente que a impossibilidade de uma resposta rápida às questões que lhe são colocadas acaba por tornar a função jurisdicional incapaz de cumprir o papel que lhe é destinado. Caracteriza a inefetividade da tutela [...].

Para Cruz e Tucci¹²³, *quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença. A respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória*.

Nos procedimentos criminais, a temporalidade da prestação jurisdicional é vista a partir de outros prismas, não se limitando à eficácia da tutela prestada. Neste caso, enquanto a efetividade do provimento interessa muito mais à sociedade e ao titular do poder-dever de punir que propriamente ao réu, a razoável duração do processo é vista como um direito do acusado.

A idéia de tempestividade da decisão, na esfera criminal, envolve outros valores e outras exigências, sendo inafastável do devido processo o direito a um procedimento judicial que ponha termo do modo mais rápido possível e sem prejuízo das garantias constitucionais, à situação de incerteza e restrição de liberdade em que implica o processo penal.

A razoabilidade temporal limita a persecução penal, proibindo o excesso. A instrução, o contraditório e o julgamento devem acontecer em um prazo consentâneo com a precária

¹²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

¹²² ARRUDA, Samuel Miranda., ob. cit., 2006, p. 74

¹²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997. p. 64-65.

situação do acusado, assegurando-lhe as etapas próprias à arguição da defesa e resguardando sua dignidade. Persegue-se uma duração adequada, sobretudo, por uma questão de justiça.

Pode-se considerar, ainda, o processo em razoável duração como corolário lógico dos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e da presunção de inocência, sendo lícito dizer que a inadequação temporal da prestação jurisdicional constitui violação a essas garantias constitucionais.

Compreende o acesso à justiça uma prestação jurisdicional qualitativa, abrangendo o ajuizamento, o desenvolvimento e o julgamento do processo em tempo razoável. Citados por Arruda, Cappelletti e Garth sintetizam: *uma justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas, pessoas uma justiça inacessível*¹²⁴.

Nesse sentido, aduz Jorge de Oliveira Vargas¹²⁵:

A lentidão da justiça é um fator agonizante para os que esperam uma decisão. Estrangula, pois, os canais de acesso à justiça, diminuindo seu valor perante o jurisdicionado, que prefere ter sua litigiosidade contida, quando não soluciona por seus próprios meios, a ter de recorrer à Justiça e enfrentar sua deficiência e a própria ansiedade. Em contrapartida, fere substancialmente o dispositivo constitucional do devido processo legal.

Também o direito ao devido processo legal exige um tempo razoável para a duração do processo. O processo devido não se coaduna com uma tramitação em tempo excessivo, pois dificulta a defesa e a produção de provas. Ademais, a noção de justeza processual é incompatível com a morosidade, devido à incerteza provocada pela pendência de uma ação judicial.

É sem dúvida uma das dimensões do direito ao devido processo legal o direito à atuação jurisdicional em tempo justo. Assim já se posicionou Marcelo Lima Guerra¹²⁶: *No âmbito da cláusula do devido processo tem sido divisada a exigência de um tempo razoável para a duração do processo.*

¹²⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *apud* ARRUDA, Samuel Miranda., ob. cit., 2006, p. 71.

¹²⁵ VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 45-46.

¹²⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.105-106.

Nesse sentido, há, inclusive, manifestação do Supremo Tribunal Federal¹²⁷, na qual explicitamente reconhece que o processo com dilações indevidas constitui uma violação ao *due process of law*.

Igualmente, o princípio da presunção de inocência possui estreita ligação com a razoabilidade temporal do processo. Tendo em vista que, conforme o inciso LVII, do art. 5º, da Constituição brasileira, *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, é como inocente que deve ser tratado o acusado em ação criminal, sendo imperioso que o réu seja julgado no mais curto prazo possível, observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Há uma exigência de celeridade processual decorrente desta presunção, que impõe o rápido desenvolvimento do processo, buscando não prolongar de maneira desnecessária a condição de acusado em ação penal. Quer-se evitar a perpetuação da situação de incerteza e desconfiança que macula a reputação do réu perante a sociedade, que nem sempre é possível apagar com uma absolvição tardia.

Sendo considerado inocente por expressa disposição constitucional, a demora na incerta condição de argüido deve restringir-se ao tempo minimamente necessário ao julgamento da causa com observância das garantias processuais. Assim, assevera Arruda¹²⁸:

Entender que a parte detém um direito ao processo em tempo razoável por lhe ser assegurado o *due process of law* significa dizer que o processo para ser devido – ou justo – precisa evoluir dentro de um prazo razoável. No caso da presunção de inocência, o que afirma ou se deduz é que, por ser considerado inocente, só deve sofrer restrições a seus direitos em casos excepcionais e por breve espaço de tempo. [...] Para além de ferir a garantia do processo devido, a morosidade do procedimento contradiz e contrapõe-se ao princípio da presunção de inocência, tornando o inaplicável.

Convém ressaltar que tão desastrosa quanto à morosidade pode ser a celeridade desarrazoada. É preciso que a tramitação do processo ocorra com rapidez, entretanto, sem desprezar as garantias necessárias a um processo devido. Deve-se fazer um sopesamento a fim de se garantir tempo suficiente a um julgamento justo, mas que não implique em dilação indevida. A justiça não pode ser lenta nem precipitada. Não se busca uma justiça imediata, mas sim o direito a um julgamento tempestivo.

¹²⁷ Nesse sentido: HC 80379 / SP / 2000; HC 83773 / SP / 2004; HC 85237 / DF / 2005; HC 88025 / ES / 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

¹²⁸ ARRUDA, Samuel Miranda., ob. cit., 2006, p. 102-103.

Também não se deve ter em mente apenas o caráter funcionalista da duração razoável do processo, como meio de garantir eficiência processual. Embora possa ser analisado sob uma perspectiva instrumental, *o direito ao processo em tempo razoável é demasiadamente importante para ser reduzido à estatística ou à procedimentalização maquinal com prejuízo de outras garantias processuais*, conforme ensina Arruda ¹²⁹.

A marcha processual em tempo adequado é um direito que deve ser assegurado, tendo em vista não somente a efetividade da decisão, mas também considerando as angústias e inquietações que a expectativa de uma ação pendente provoca. Um julgamento extemporâneo será injusto independentemente do conteúdo da decisão. Por isso, é tão caro aos jurisdicionados uma prestação tempestiva da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário.

3.1.3 Critérios para aferição do tempo razoável

Diante do direito fundamental à duração razoável do processo, é inevitável o questionamento acerca do que seria tempo razoável e quais os critérios utilizados para sua aferição.

De fato, é indiscutível a necessidade de compreender com clareza qual tempo pode ser reputado como razoável, entretanto, não se trata de tarefa fácil a determinação deste conceito. A noção de tempo razoável é extremamente fluída e de difícil apreensão¹³⁰. Trata-se de conceito indeterminado e aberto, cuja imprecisão possibilita sua determinação caso a caso, sem fazer uso de receitas pré-formuladas que esvaziariam seu conteúdo.

A razoabilidade temporal não se confunde com a simples observância dos prazos processuais ou com tempo ordinário de tramitação dos processos. O cumprimento dos prazos não garante a razoável duração dos feitos; não há uma relação de causa e efeito. Também não se pretende garantir um direito ao trâmite em tempo equivalente para processos análogos.

Ademais, a idéia de razoável duração é, em regra, incompatível com a determinação de um tempo exato de duração processual. Uma enunciação detalhada sobre o que seria tempo adequado, estagnando seu conteúdo em um prazo fixo assentado em lei, poderia inviabilizar a concretização do direito fundamental.

¹²⁹ Ibid., 2006, p. 80.

¹³⁰ GUERRA, Marcelo Lima., ob. cit., 2003, p. 105-106.

No Paraguai, por exemplo, o Código de Processo Penal¹³¹ previu que toda pessoa tem o direito a uma resolução judicial em prazo razoável, quantificando este prazo em três anos, contados do primeiro ato do procedimento, ressalvando a hipótese de existência de sentença condenatória, ocasião em que o prazo poderá se estender por mais seis meses para permitir a tramitação dos recursos, prevendo como efeito da inobservância deste prazo a extinção da ação penal¹³².

Trata-se de solução equivocada a quantificação por lei do que seria prazo razoável, como fez o legislador paraguaio, que, na prática, instituiu um prazo prescricional específico para a conclusão do procedimento. A falta de flexibilidade na noção de prazo razoável definida pelo citado código pode dá causa muito mais à impunidade, que a uma tramitação célere como pretendeu aquele legislador.

Nesse aspecto, o legislador deve-se limitar a enunciar diretrizes e critérios a serem observados pelo julgador, não regulando de forma exaustiva o conceito de razoabilidade. Entretanto, é possível em casos especiais como os processos cautelares ou os que contam com réus presos tornar o conceito menos flexível.

Há, porém, a necessidade de estipular alguns parâmetros para a determinação da razoabilidade no caso concreto. Nessa perspectiva, destaca-se a atuação da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que acumulou notável jurisprudência, aplicando o art. 6º, 1, da Convenção Europeia, desenvolvendo uma série de critérios para aferição da razoabilidade temporal.

Reconhecendo que não se pode determinar de modo genérico, ou quantificar *a priori* o tempo de duração razoável de qualquer processo, entende o Tribunal de Estrasburgo que se possa determinar, caso a caso, o que seja tempo razoável, com base nos seguintes parâmetros: a complexidade do caso, o comportamento das partes e a atuação das autoridades.

A complexidade do caso não é analisada a partir de normas processuais complicadas ou pouco claras, acrescidas de normas de direito material de difícil aplicação ou de um sistema judiciário confuso e burocrático. Tais fatores não servem como escusa para o abuso; o que se

¹³¹ Código de Processo Penal paraguaio: artigos 136 e 137.

¹³² NEVES, Eduardo Viana Portela. Estado: uma lesma reumática prestes a atestar sua condição. Sobre o projeto de lei que extingue a prescrição retroativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9715>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

observa para justificar o alargamento do tempo razoável é a complexidade inerente ao caso, verificada com base no número de litigantes, nas provas a serem produzidas e nas dificuldades específicas apresentadas pela matéria em exame.

A pluralidade das testemunhas a perquirir e dos documentos a examinar, a necessidade de perícias e a dificuldade na colheita da prova são determinantes para tornar a instrução custosa. Por sua vez, será a matéria em apreciação será considerada complexa quando seja inusitada ou de difícil solução, exigindo do julgador uma maior diligência, para proferir uma decisão justa.

A análise do comportamento das partes é realizada a fim de se verificar se uma delas – ou ambas – concorreu para a irrazoabilidade temporal do processo ou se ao menos consentiu ou concordou com ela. Examinam-se, em suma, quais as causas principais da demora processual e a quem podem ser imputadas, observadas as peculiaridades do caso concreto.

Nesse prisma, ganha relevo a questão do processo penal, em que é comum a defesa utilizar como estratégia principal o retardamento do processo. Verifica-se, neste caso, a conduta do acusado no processo em relação à razoabilidade do tempo de tramitação: se deu ensejo aos atrasos, procrastinando indevidamente o julgamento do feito – ocasião em que se pode configurar abuso de defesa –, ou se houve apenas exercício regular de direito.

Em se tratando da conduta das autoridades na tramitação do processo, observa-se se o tempo gasto no feito é compatível com a atividade jurisdicional prestada. Faz-se uma análise qualitativa da duração do processo, relacionando o comportamento dos agentes públicos que têm obrigação de processar o feito e o modo como utilizaram o tempo processual. Não é bastante que se verifique apenas quanto tempo decorreu ao longo do processo, mas, sobretudo, como foi empregado. Observa-se a eficiência do Estado no desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Não se trata aqui de procurar um culpado específico pela delonga processual, mas sim de averiguar se são imputáveis, ou não, ao Estado suas causas, mormente em virtude da conduta das autoridades que atuaram diretamente no caso. Pode-se dizer que apenas, subsidiariamente, é levada em consideração a estrutura disponibilizada para o Poder Judiciário pelo governo.

Também é fator a ser observado para a constatação de irrazoabilidade temporal do feito – ainda que em caráter acessório – a ocorrência de prejuízo à parte em face da demora processual. Não se pretende dizer, porém, que só haverá atraso se a parte se sentir prejudicada, ao revés, o tempo de tramitação será ou não razoável independentemente dos efeitos produzidos sobre ela; o que aqui se considera é a duração irrazoável que influi no próprio desfecho da ação.

É possível dizer, por exemplo, que nos casos em que se opera a prescrição ou em que o tempo decorrido tornou impossível a execução da sentença há verdadeira presunção de irrazoabilidade. Na visão de Arruda¹³³, este critério *ultrapassa a mera esfera particular do indivíduo litigante para atingir a esfera pública do prestígio da instituição julgadora e da correta atuação desta.*

Mais recentemente, o Tribunal de Estrasburgo também vem considerando, para a verificação da irrazoabilidade, a existência dos chamados *tempos mortos*, que são períodos de total inatividade processual. A Corte analisa a extensão desses períodos, reconhecendo a irrazoabilidade em face da amplitude indevida desses lapsos.

Convém, por fim, ressaltar que os parâmetros retro enumerados não fazem parte de um rol exaustivo; a própria fluidez da noção de razoabilidade permite que outros critérios sejam considerados no caso concreto. Os apontados são apenas padrões mínimos, que podem ser aperfeiçoados.

3.2 Prescrição penal e tempo razoável

A prescrição é uma questão de tempo, afirmava Basileu Garcia¹³⁴, analisar se o tempo necessário para o reconhecimento da prescrição se confunde com o tempo razoável para duração de um processo é o que se pretende fazer neste tópico.

Como exposto em capítulo anterior, a prescrição penal consiste na perda do poder de punir ou aplicar a sanção pelo Estado, em razão do decurso de determinado lapso temporal. Busca-se, com esse instituto, evitar que uma situação gravosa como uma ação penal pendente possa se eternizar. É, portanto, uma forma de imprimir segurança jurídica e estabilidade às relações jurídicas.

¹³³ ARRUDA, Samuel Miranda., ob. cit, 2006, p. 312.

¹³⁴ GARCIA, Basileu, [s. d.], p. 700.

Por sua vez, como restou demonstrado em linhas atrás, o tempo razoável do processo é aquele através do qual é possível obter uma prestação jurisdicional adequada e efetiva. Pretende-se, pois, com o reconhecimento desse direito fundamental, garantir um processo sem dilações indevidas, vez que um julgamento tardio é sempre injusto.

A partir desses conceitos, é lícito afirmar que ambos têm como elemento principal o tempo, havendo, em face disso, quem pretenda associar o prazo prescricional ao prazo razoável, tendo-os como coincidentes. É o que têm feito, por exemplo, os tribunais espanhóis os quais procuram ligar estes conceitos de forma a dar solução imediata e simples ao problema da reiterada lesão ao direito em estudo¹³⁵.

De fato, em um primeiro momento, tais prazos parecem ser conexos, em razão da estreita relação que ambos possuem com o fator temporal, no entanto, a partir de uma análise mais profunda, constata-se que apresentam mais divergências que semelhanças. Não perseguem os mesmos objetivos, nem possuem os mesmos fundamentos; são, portanto, prazos distintos e independentes, que apenas, excepcionalmente, se aproximam.

Enquanto o prazo da prescrição penal possui um conceito estanque, limitado, inflexível, verificando-se tão só pelo decurso do tempo pré-fixado em lei, o prazo de duração razoável do processo constitui idéia fluída, flexível, incompatível com uma fixação rigorosa e predeterminada, devendo, mesmo, ser quantificado no caso concreto.

O instituto da prescrição não comporta oscilações, não se vasculham as causas que deram azo ao transcurso do prazo prescricional por inteiro. Embora várias teorias se dediquem a explicitar o fundamento da prescrição, encontrando-o no esquecimento do crime, na emenda do acusado, na dispersão das provas, na inércia do Estado, entre outros, nenhum desses elementos são avaliados no momento de declarar um crime prescrito.

Como bem assinala Arruda¹³⁶, sobre o prazo prescricional:

Este possui natureza de ‘tudo ou nada’, ou seja, um dia antes do transcurso do prazo o crime pode ser punido tão severamente quanto no dia em que havia sido cometido. Contrariamente, no dia seguinte ao transcurso do prazo já não mais será possível qualquer punição. Pode-se dizer, assim que o processo não vai prescrevendo, ele simplesmente prescreve.

¹³⁵ ARRUDA, Samuel Miranda., ob. cit., 2006, p. 336.

¹³⁶ Ibid., 2006, p. 335.

Ao revés, o prazo razoável é aferido levando em conta uma série de critérios, que permitem observar se a duração do processo foi adequada. Como restou demonstrado em tópico anterior, analisam-se a complexidade do caso, o comportamento das partes, a conduta das autoridades ao longo da tramitação e sua relação com a demora processual, para, então, poder dizer se o tempo decorrido foi o razoável. A flexibilidade na determinação do que seria prazo razoável é intrínseco à idéia de razoabilidade.

Outro ponto destoante – e crucial – entre esses prazos é o fato de o prazo prescricional correr mesmo sem que exista um processo em trâmite, isto porque, em que pese o recebimento da denúncia implique na interrupção da contagem do prazo prescricional, provocando seu reinício, mesmo antes do começo do processo-crime, a partir da data do fato delituoso, a prescrição já tem seu prazo iniciado, podendo, inclusive, transcorrer inteiramente. Tal situação é incompatível com o prazo razoável, para o qual é imprescindível a existência de um processo, sendo somente aferido considerando o tempo de sua duração.

Diante disso, é notório que a prescrição não tem por escopo impedir a violação do direito fundamental à razoabilidade temporal do processo. Na realidade, como retro mencionado, o prazo prescricional pode transcorrer por inteiro sem que o direito fundamental seja atingido, mesmo havendo um processo em curso, visto que, em face das circunstâncias do caso, pode um prazo ser razoável, embora já tenha se operado a prescrição.

No entanto, no mais das vezes, o que se vê com o reconhecimento da prescrição é a violação ao direito fundamental, configurando verdadeira presunção de irrazoabilidade, de negação do direito constitucionalmente assegurado, tendo em vista que sua ocorrência equivale a reconhecer que o Estado não conseguiu exercer tempestivamente seu *jus puniendi*.

Desse modo, não é concebível que a prescrição seja instituída com a finalidade de evitar lesão ao direito fundamental. Em verdade, a prescrição pode, em muitas ocasiões, ser considerada como causa de impunidade.

Em outro prisma, também, não se pode afirmar que a ultrapassagem do tempo razoável dá ensejo a um direito à prescrição para o acusado que sofre as incertezas e angústias de uma ação penal em curso.

Considerando, especificamente, a prescrição da pretensão punitiva, é possível vislumbrar um outro ponto de contato com o tempo razoável do processo: o problema da

dificuldade de julgar após o decurso de excessivo lapso temporal; isto porque essa espécie de prescrição tem entre seus fundamentos a debilidade das provas depois de um longo período de tempo, assim como é lícito supor que o direito à duração razoável do processo abrange o direito da parte a uma instrução probatória em momento adequado, pois uma demora indevida antes da colheita das provas pode comprometer a lisura do julgamento.

Por todo o exposto, pode-se concluir com Arruda¹³⁷ que a estruturação da prescrição, mormente em razão da predeterminação de seus prazos pelo legislador ordinário, não absorve inteiramente o conteúdo do direito fundamental à duração razoável do processo, não podendo seus prazos ser confundidos ao prazo razoável garantido pela Constituição Federal. Por tudo isso, não é a prescrição o meio mais adequado a ser empregado como freio aos atrasos processuais.

3.3 Prescrição retroativa: garantia de duração razoável do processo penal?

Inobstante, em tópico imediatamente anterior, tenha restado exhaustivamente demonstrado que prazo prescricional e prazo razoável não se confundem; no Brasil¹³⁸, todavia, muitos enxergam na prescrição retroativa uma verdadeira garantia de celeridade processual ou, melhor dizendo, de um processo com duração razoável¹³⁹.

Nesse sentido, a professora da Universidade de São Paulo, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio¹⁴⁰, para quem a retroatividade prescricional constitui instrumento efetivo de rapidez processual, sem prejuízo dos direitos de defesa. Ela afirma de forma contundente que *a prescrição retroativa funciona, ao mesmo tempo, como determinação de um dever, temporalmente circunscrito, e proibição de excesso ou abuso no cumprimento desse dever, tornando-o eficaz para o fim ao qual se destina.*

¹³⁷ Ibid., 2006, p. 337.

¹³⁸ Trata-se de prescrição genuinamente brasileira.

¹³⁹ Como já restou demonstrado anteriormente, celeridade processual e duração razoável não são conceitos sinônimos, no entanto, é comum autores desavisados utilizarem esses termos como equivalentes.

¹⁴⁰ PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa. Disponível em: <<http://www.processocriminalpslf.com.br/celeridade.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

Acredita que essa modalidade de prescrição *vincula os agentes da persecução penal à rapidez, sem supressão das etapas procedimentais próprias à argüição da defesa e sem mitigação da persecução penal*¹⁴¹.

E completa seu pensamento, dizendo:

Como garantia de um processo célere, a prescrição retroativa é limitação cronológica da persecução, pois situa temporalmente etapas processuais e atos de partícipes processuais. Do descumprimento dos prazos prescricionais sobrevém a invalidação do processo consumado e absolvição. É, pois, única garantia efetiva de celeridade da persecução penal que beneficia a liberdade ao funcionar como impedimento processual¹⁴².

Para a professora, o fato de existir uma prescrição com base na pena concretizada na sentença funciona como um incentivo para a atuação rápida do Estado na persecução penal, sem suprimir as garantias do acusado.

Também para Eduardo Viana Portela Neves¹⁴³, a prescrição retroativa tem intrínseca relação com a duração do processo:

Ora, a prescrição retroativa manifesta-se quando o Estado não conseguiu formar em tempo hábil e razoável o título executivo contra o acusado. Sendo assim, há implicação direta sob a órbita processual. Logo, é de se concluir: quanto mais rápido for o julgamento de um processo, menores as chances da prescrição retroativa se verificar. É, portanto, uma relação inversamente proporcional. Fixada a premissa, não há como negar a relação entre a prescrição retroativa e o direito do acusado ser julgado em um prazo razoável. [...] Sendo assim, não me parece equivocado advertir que a supressão da prescrição retroativa implica, no final das contas, em violação por via oblíqua do texto constitucional.

À primeira vista, pode parecer que tal pensamento está correto. Seria como uma transferência da espada de Dâmocles que, em princípio, estava sob a cabeça do réu, para o Estado, o qual se vê ameaçado a produzir um provimento judicial inútil, se não agir rapidamente. Todavia, não é o que observamos na prática.

Como já foi explicitado em outro capítulo¹⁴⁴, a prescrição retroativa é aquela que extingue a punibilidade do crime, considerando o prazo prescricional calculado com base na pena aplicada e verificado em momentos passados, quais sejam: entre o cometimento do crime e o recebimento da denúncia e entre este e a sentença condenatória recorrível.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ NEVES, Eduardo Viana Portela. Estado: uma lesma reumática prestes a atestar sua condição. Sobre o projeto de lei que extingue a prescrição retroativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9715>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

¹⁴⁴ A prescrição retroativa foi objeto do Capítulo II deste trabalho.

Encontrando seu fundamento no princípio da pena justa, o qual enuncia que a pena *in concreto* era, desde o início, a necessária ou suficiente para aquele caso concreto.

Vislumbrar a prescrição retroativa atuando como mola propulsora de uma célere persecução penal, somente seria possível, considerando-a antecipadamente¹⁴⁵, como muitos já defendem. Isto porque apenas levando em conta qual seria o prazo prescricional baseado na pena em concreto desde o início, o Estado saberia a que velocidade deveria agir para não correr o risco de, ao final do processo, ter um título sem efetividade, restando seu esforço inócuo. Ou mesmo, nem começaria o processo, pois, já sabendo qual seria seu prazo e sua incompatibilidade com as circunstâncias do caso, não teria porque levar a cabo uma persecução natimorta.

Ou seja, a retroatividade prescricional apenas atinge o fim proposto pela professora, funcionando, inclusive, como impedimento processual, se considerada de forma antecipada, observando uma pena em perspectiva, através da qual se calcularia o prazo prescricional, o que é vedado pelo ordenamento. Na prática, ocorreria uma redução dos prazos prescricionais, vez que o ‘novo prazo’ seria baseado na pena mínima ou algo próximo disso, enquanto o prazo prescricional antes da sentença condenatória, de acordo com o Código Penal, toma como referência a pena máxima abstratamente cominada. Uma verdadeira aberração jurídica!

Também os agentes da persecução penal não se vinculam à rapidez em razão da prescrição retroativa, não há para eles um *dever temporalmente circunscrito*, como afirmou a professora Geórgia Porfírio. É certo que ao Estado não é permitido que desenvolva uma persecução penal espalhada no tempo, no entanto, não é lícito concluir que em razão de uma prescrição cujo parâmetro – pena aplicada – ainda não se concretizou, exista um dever legal de agir com celeridade. A garantia de uma razoabilidade na tramitação, mormente em processo penal, em face da presunção de inocência do acusado, decorre diretamente do direito fundamental à duração razoável do processo¹⁴⁶, e não, como querem alguns, da existência da prescrição retroativa.

Outrossim, não é certo associar diretamente – ainda que numa proporcionalidade inversa – a retroatividade prescricional ao direito fundamental ao processo com duração razoável, como pretendeu Neves. A prescrição retroativa, como as demais modalidades de prescrição,

¹⁴⁵ Tratamos da prescrição retroativa antecipada no tópico 2.5 do Capítulo II.

¹⁴⁶ Como já foi exposto, também é lícito dizer que o direito à duração razoável do processo é consequência lógica da própria presunção de inocência do acusado.

possui prazo inflexível, determinado previamente por lei, sem analisar as condições do caso concreto para ser reconhecida, o que é incompatível com a noção fluída e flexível de prazo razoável.

Não se perscruta, por ocasião do reconhecimento da prescrição retroativa, se foi a inércia do Estado que deixou a persecução penal se alongar; ou se as circunstâncias do crime eram complexas e demandavam uma instrução prolongada; ou ainda se o acusado, abusando de seu direito de defesa, procrastinou o feito para conseguir extinguir a punibilidade através da retroatividade da prescrição. Leva-se em conta apenas o tempo decorrido, independentemente da causa de seu decurso. Não há qualquer valoração.

Com efeito, não é justo que o réu se submeta a um processo demorado por ineficiência do Estado, no entanto, no mais das vezes, essa prescrição opera-se nas demais hipóteses, revelando-se não uma garantia de razoável duração do processo, mas causa de impunidade.

Crimes que exigem uma instrução processual mais detalhada com perícia de documentos, oitiva de várias testemunhas, etc., uma vez julgados, são comumente surpreendidos pela extinção da punibilidade em face da retroação do prazo prescricional. Neste caso, a demora é necessária e compreensível, vez que a idéia de duração razoável inclui o tempo suficiente para se chegar à verdade real, não havendo dilação indevida.

Ademais, o que ocorre com maior freqüência é o reconhecimento da prescrição retroativa depois de um julgamento procrastinado pelo acusado, mediante o uso de petições infundadas, arrolamento de testemunhas inexistentes ou domiciliadas em lugar de difícil acesso – e que nada contribuem para a instrução –, interposição de recursos protelatórios, enfim, abusando do seu direito à ampla defesa de modo a prolongar o processo e se beneficiar com a retroatividade prescricional.

Na opinião de Nicolau Dino¹⁴⁷:

A prescrição retroativa é uma das maiores causas de impunidade, pois quanto mais complexo for o crime e mais envolvidos existirem, mais longa será(sic) a investigação e a instrução do processo. Somando-se a isso, um sistema processual que favorece inúmeras estratégias protelatórias de defesa e sucessivos recursos, tem-se o cenário perfeito da impunidade. Pode-se afirmar que, no quadro atual, a lei

¹⁴⁷ DINO, Nicolau. Prescrição retroativa e impunidade. **Revista ANPR Online**, n. 4, Brasília, mar./jun., 2007.

Seção Opinião. Disponível em:

<http://www2.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista04.php&ID_MATERIA=8592&ID_TEMPLATE=121>. Acesso em: 18 ago. 2007.

mais eficaz para a defesa criminal bem sucedida não é jurídica, mas sim Física – a lei da inércia –, pois se a pena for mínima e o processo for complexo e longo, a prescrição será inexorável.

Além disso, outro aspecto que afasta a prescrição retroativa do papel de instrumento efetivo para a consecução de um processo com razoabilidade temporal é que, embora a prescrição retroativa pressuponha uma sentença condenatória recorrível, o prazo prescricional é computado também entre a data do fato criminoso e o recebimento da denúncia, ou seja, fora do curso do processo; enquanto à noção de prazo razoável se limita à tramitação processual, tendo-a por referência absoluta.

Aqui, faz-se mister abrir um parêntese para ressaltar que essa fase pré-processual – inquérito policial¹⁴⁸ – repercute sobremaneira na efetividade da tutela jurisdicional, ao final, prestada. Uma investigação morosa implica no comprometimento da busca pelas provas e da determinação da autoria. Um inquérito que leva vários anos para ser concluído, pode ser a causa de um futuro reconhecimento da prescrição retroativa, e, conseqüentemente, de inefetividade da decisão condenatória proferida. Sendo lícito afirmar que há uma relação direta entre o tempo de duração do inquérito e a impunidade, vez que quanto maior o tempo de investigação, maior é a probabilidade dos autores dos crimes escaparem da punição¹⁴⁹.

Também merece destaque a colocação dessa prescrição como garantia de um processo célere, sem supressão dos direitos de defesa. Bem afirma Guerra¹⁵⁰, que *é razoável toda duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais*. Entretanto, é um equívoco apontar a prescrição retroativa como garantidora de um processo sem delongas e respeitador dessas garantias.

Ora, é perfeitamente possível um processo se desenvolver em um tempo razoável, considerando as circunstâncias do caso concreto, respeitando as garantias do acusado e, ao final, ser surpreendido pela prescrição retroativa. Tal ocorre, como já foi exposto, por que a delimitação do prazo prescricional, em qualquer hipótese, é estanque, inflexível, diferentemente do que se dá com o prazo razoável para a duração de um processo.

¹⁴⁸ Deve-se consignar que a instauração de inquérito policial não é obrigatória, pode ser dispensado em razão de sua natureza de acessório.

¹⁴⁹ SILVA, Cláudio Sergei Luz e. **Os reflexos da investigação criminal conduzida no inquérito policial para persecução penal no Brasil**. Fortaleza, UFC, 2007. 133p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2007, p. 82-83.

¹⁵⁰ GUERRA, Marcelo Lima., ob. cit., 2003, p. 105-106.

Assim sendo, não pode a prescrição retroativa ser garantia de duração razoável do processo. Aliás, mesmo o abuso pelo acusado de suas garantias constitucionais, que afasta a violação do direito fundamental, não afasta o reconhecimento da prescrição, se houver decorrido o tempo determinado pela lei.

Também a efetividade da sentença se sobressai como outro aspecto que impede a prescrição retroativa de ser garantidora do direito fundamental à duração razoável do processo. Enquanto este tem por escopo o desenvolvimento do processo em um tempo que possibilite uma tutela jurisdicional efetiva, aquela retira a efetividade do provimento jurisdicional, produzido em tempo inferior ao que o Estado estava sujeito em face da prescrição com base na pena abstrata – e que, em tese, seria o inicialmente razoável –, tornando o processo desenvolvido inócuo.

Conforme assinala Dino¹⁵¹:

O sentimento é de frustração coletiva: frustração de quem investiga, de quem promove a ação penal e de quem julga os processos e não vêem a efetividade no trabalho desempenhado. Frustração, sobretudo, da sociedade que sofre cada vez mais com os males da impunidade.

A prescrição retroativa não se coaduna com a idéia de instrumentalidade que é intrínseca ao processo, em vez de assegurar uma persecução penal em tempo razoável e, por conseguinte, sua efetividade, é utilizada, no mais das vezes, como meio de fugir da punição.

Por todo o exposto, é lícito concluir que muito mais do que promover uma duração razoável do processo com a observância das garantias processuais, a prescrição retroativa dá ensejo ao abuso do direito de defesa para procrastinar o feito, a fim de extinguir a punibilidade pelo demora processual. Ao invés de possibilitar a efetividade do processo em face de um provimento jurisdicional tempestivo, retira sua eficácia, tornando-o inútil e comprometendo a credibilidade da repressão estatal.

¹⁵¹ DINO, Nicolau. Prescrição retroativa e impunidade. **Revista ANPR Online**, n. 4, Brasília, mar./jun., 2007. Seção Opinião. Disponível em: <http://www2.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista04.php&ID_MATERIA=8592&ID_TEMPLATE=121>. Acesso em: 18 ago. 2007.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo monográfico teve como cerne analisar a prescrição retroativa em face do direito fundamental à razoável duração do processo. Examinou-se, inicialmente, o instituto da prescrição penal, passando-se, em seguida, a abordar, especificamente, a prescrição retroativa, para, ao final, confrontá-la com o direito ao processo sem dilações indevidas, chegando-se às conclusões a seguir apresentadas.

É indiscutível a necessidade de limitação no tempo do poder de punir do Estado, não sendo admissível que se deixe indefinidamente pairar sobre o acusado a ameaça do processo ou da execução da pena. Em face disso, é mister a existência da prescrição penal como instituto jurídico que faz desaparecer esse poder em razão do decurso de certo lapso temporal, durante o qual o Estado se manteve inerte.

Igualmente, na órbita processual, o exercício do *jus accusationis* deve ser limitado, tendo por norte as garantias constitucionais, mormente a presunção de inocência, que impõe o tratamento de inocente para o réu, e o direito fundamental à razoável duração do processo, em virtude de que o processo não pode sofrer dilações indevidas. É essencial para que haja o devido processo que esse transcorra sem delongas.

No entanto, embora ambos tenham uma estreita relação com o fator temporal, não se pode confundir prazo prescricional com prazo razoável de tramitação do processo, vez que possuem conteúdos distintos. A noção fluída de razoabilidade temporal não é compatível com a inflexibilidade do prazo prescricional. A quantificação prévia por lei, necessária para a delimitação do prazo prescricional, não se coaduna com a aferição no caso concreto que exige o prazo razoável.

Outrossim, para a verificação da razoabilidade temporal do processo, é levado em conta uma série de fatores, enquanto no reconhecimento da prescrição, embora esta tenha vários fundamentos que a justifiquem, não há qualquer valoração quanto aos motivos que provocaram o decurso do prazo. Ademais, ponto crucial para distinguir esses prazos é a essencialidade da existência de um processo para o prazo razoável, que inexistente para o prazo prescricional, o qual pode correr por inteiro sem que qualquer procedimento seja iniciado.

Diante disso, é inconteste que a prescrição não tem por escopo impedir a violação do direito fundamental à razoável duração do processo, não sendo concebível que seja instituída com a finalidade de evitar lesão ao referido direito fundamental.

Em se tratando, especificamente, da prescrição retroativa, a conclusão não poderia ser diferente. Em que pese esta modalidade de prescrição pressupor a existência de uma sentença condenatória – logo, de um processo – para ser calculada com base na pena nela imposta, não pode ser considerada como obstáculo à violação do direito fundamental à razoável duração do processo.

A prescrição retroativa, como as demais modalidades de prescrição, possui prazo inflexível, determinado previamente por lei, sem realizar uma análise das condições do caso concreto para ser reconhecida, o que é incompatível com a noção fluída e a flexibilidade do prazo razoável. Não se perscruta, por ocasião de seu reconhecimento, o que determinou a demora do processo, o que não se admite na aferição da razoabilidade temporal.

Por não levar em conta a razão da delonga processual, configura-se, no mais das vezes, causa de impunidade, vez que mesmo havendo abuso pelo acusado de suas garantias constitucionais, o que afasta a violação do direito fundamental, não se deixa de reconhecer a prescrição retroativa, se houver transcorrido o prazo prescricional.

Também não constitui garantia de celeridade processual sem supressão das garantias constitucionalmente asseguradas. É perfeitamente possível – e comum – um processo se desenvolver em um tempo razoável, considerando as circunstâncias do caso concreto, respeitando as garantias do acusado e, ao final, ser surpreendido pela prescrição retroativa, que retira a eficácia da sentença exarada, tornando todo o esforço estatal inútil e deixando impune um criminoso reconhecido por decisão judicial.

A retroatividade prescricional não se destina a garantir um provimento judicial tempestivo e eficaz. A garantia de duração razoável do processo penal decorre diretamente da presunção de inocência do acusado e do direito fundamental à duração razoável do processo, e não, como querem alguns, da existência da prescrição retroativa.

O próprio surgimento da prescrição em perspectiva veio corroborar a ineficácia da prescrição retroativa enquanto instrumento garantidor de um processo célere e efetivo. A inefetividade do processo causada pela ocorrência da prescrição retroativa é tão recorrente,

que já se pretende evitar a movimentação do aparelho repressivo estatal, mediante o seu reconhecimento antecipado, com base em uma pena concreta virtual, embora não haja suporte legal para tanto e a jurisprudência dos Tribunais seja pacífica no sentido de não a aceitar.

Nesse prisma, a eliminação da prescrição retroativa do ordenamento jurídico pátrio, como propõe o Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional, não pode ser vista de forma negativa. Ao revés, com o fim do efeito *ex tunc* da prescrição com base na pena em concreto, estar-se-á eliminando uma das maiores causas de impunidade existentes no direito brasileiro.

Longe de ser considerada como garantia de um processo sem delongas e respeitador das garantias constitucionais, a retroatividade prescricional compromete a eficiência e a credibilidade da repressão estatal, gerando um forte sentimento de frustração para a sociedade diante da inefetividade da persecução penal promovida pelo Estado.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Christiano José de Andrade. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo:CD, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alfredo Silva Franco. v. 3. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1976.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. t. 3. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967
- CALÓN, Eugenio Cuello. **Derecho penal – conforme al Código Penal, texto refundido de 1944**. t. 1. 10. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1951.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 2. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. de. **Direito Penal: parte geral**. v. 1. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. v. 3. Torino: Editrice Torinese, 1950.
- MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1956.

MELO, Edson Ponte Bandeira. **O direito fundamental à duração razoável do processo**. Fortaleza, UFC, 2003. 160p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2003.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo; prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PESSINA, Enrique. **Elementos de derecho penal**. Traducción del italiano por Hilarion Gonzalez del Castillo. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1936.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

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

SILVA, Cláudio Sergei Luz e. **Os reflexos da investigação criminal conduzida no inquérito policial para persecução penal no Brasil**. Fortaleza, UFC, 2007. 133p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2007.

SILVA, Costa e. **Código Penal**. v. 2. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1938.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In:_____. (Coordenador) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999.

Em meio eletrônico:

ALMEIDA, Tiago Bockie de. Reflexões acerca da aplicação da prescrição retroativa antecipada. Argumentos pró e contra. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 776, 18 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7166>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

AMORIM, Bruno Nascimento. Prescrição em perspectiva: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

DINO, Nicolau. Prescrição retroativa e impunidade. **Revista ANPR Online**, n. 4, Brasília, mar./jun., 2007. Seção Opinião. Disponível em: <http://www2.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista04.php&ID_MATERIA=8592&ID_TEMPLATE=121>. Acesso em: 18 ago. 2007.

FERNANDES, André Capelazo. A prescrição penal retroativa e o Projeto de Lei nº 1383/03. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9721>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

GONSALVES, Leandro Recchiutti. Prescrição retroativa: a chancela da impunidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 611, 11 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6420>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

NEVES, Eduardo Viana Portela. Estado: uma lesma reumática prestes a atestar sua condição. Sobre o projeto de lei que extingue a prescrição retroativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9715>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

PINHEIRO, Aline. Fim da prescrição retroativa gera debates acalorados. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 mar. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53363,1>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa**. Disponível em: <<http://www.processocriminalpslf.com.br/celeridade.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

Notícias on line:

APROVADO pela CCJ fim da prescrição retroativa. **Jornal do Senado**, Brasília, 02 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/jornal/noticia.asp?codEditoria=2467&dataEdicaoVer=20070402&dataEdicaoAtual=20070412&nomeEditoria=Justi%E7a&codNoticia=56195>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

CÂMARA aprova mudança na prescrição retroativa de crimes. **Agência Câmara**, Brasília, 06 mar. 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=98967&pesq=>>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

ENTIDADES recorrem à Câmara contra prescrição retroativa. **Notícias do Ministério Público Federal**, Brasília, 01 mar. 2007. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/criminal/entidades-recorrem-a-camara-contra-prescricao-retroativa/>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

OAB-SP é contra o fim da prescrição retroativa. **OAB-SP on line**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/destaque_principal/oab-sp-e-contra-o-fim-da-prescricao-retroativa/>. Acesso em: 08 ago. 2007.

PROJETO de lei dá fim à prescrição retroativa. **Original 123**, São Paulo, 29 out. 2007.
Disponível em: <<http://www.original123.com.br/clipping/?p=3779>>. Acesso em: 30 out. 2007.

ANEXOS

PROJETO DE LEI Nº....., DE

(Do Sr. Antônio Carlos Biscaia)

Altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - No Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ficam introduzidas as seguintes alterações:

I – O artigo 109 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 109 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se.” (NR)

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

“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 publicação da sentença ou do acórdão.”

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

Art. 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala de sessões, 02 de julho de 2003.

Antônio Carlos Biscaia.
PT/RJ

JUSTIFICATIVA

O projeto de lei em tela propõe a revogação do disposto no artigo 110, § 2º, do Código Penal, dispositivo legal que consagrou o instituto da “prescrição retroativa”.

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

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

Pior, os grandes ataques ao patrimônio público, como temos visto ultimamente, dificilmente são apurados na gestão do mandatário envolvido, mas quase sempre acabam descortinados por seus sucessores. Assim, nesse tipo de crime específico, quando apurada a ocorrência de desfalque do erário, até quatro anos já se passaram, quando, então, tem início uma intrincada investigação tendente a identificar os protagonistas do ilícito penal, o que pode consumir mais alguns anos, conforme a experiência tem demonstrado.

Outrossim, o instituto em liça é potencial causa geradora de corrupção, podendo incitar autoridades a retardar as investigações, providências, ou decisões, a fim de viabilizar a causa extintiva da punibilidade.

Por último, a pena diminuta de vários crimes, aliado ao grande número de feitos que se acumulam no Poder Judiciário – considerando-se, inclusive, a possibilidade de recursos até os Tribunais Superiores, bem como o entendimento de que as suas decisões confirmatórias da condenação não interrompem o curso do prazo prescricional, tornando tais crimes, na prática, não sujeitos a qualquer punição, o que seguramente ofende o espírito da lei penal.

Desse modo, o dispositivo de lei mencionado tem beneficiário determinado: o grande fraudador ou o criminoso de alto poder aquisitivo, capaz de manipular autoridades e normas processuais, por meio de infundáveis recursos.

Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, cômicos de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.

REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº 1.383-B DE 2003

Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848,
de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

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

.....

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

.....”(NR)

“Art. 110.

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

§ 2º (Revogado).”(NR)

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

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

Sala das Sessões, em 06 de março de 2007.

Relator

COMISSÃO DIRETORA

PARECER Nº 996, DE 2007

Redação final da Emenda do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 19, de 2007 (nº 1.383, de 2003, na Casa de origem).

A **Comissão Diretora** apresenta a redação final da Emenda do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 19, de 2007 (nº 1.383, de 2003, na Casa de origem), que *altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal*.

Sala de Reuniões da Comissão, em 31 de outubro de 2007.

ANEXO AO PARECER Nº 996, DE 2007.

Redação final da Emenda do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 19, de 2007 (nº 1.383, de 2003, na Casa de origem).

Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Emenda única

(Corresponde à Emenda nº 1 - CCJ)

Dê-se ao § 1º do art. 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, alterado pelo art. 2º do Projeto a seguinte redação:

"Art. 110.

§ 1º A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória para acusação e defesa regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.

§ 2º (Revogado)." (NR)