

PREScrição RETROATIVA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E DA POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO INSTITUTO

Rafael Favero Fardin¹

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Izaias Corrêa Barboza Junior²

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

RESUMO

O presente artigo busca examinar a prescrição retroativa no processo penal brasileiro, com foco na análise de seus fundamentos e objetivos. Utilizando a metodologia baseada na análise das leis pertinentes e, eventualmente, de suas justificativas, bem como da jurisprudência e da doutrina, a meta é avaliar, com base em posicionamentos favoráveis e contrários, se os fundamentos teóricos que justificam a referida espécie de prescrição e os ideais que se buscava atingir coincidem, efetivamente, com sua finalidade e se correspondem à realidade dos processos penais no Brasil. A vertente crítica afirma que a prescrição retroativa não se alinha adequadamente à realidade processual e ao seu objetivo de garantir a duração razoável do processo, quadro contrastado pela vertente favorável, sob o argumento da observância de princípios fundamentais. A pesquisa suscita, desse modo, a possibilidade de uma revisão dos fundamentos e da pertinência da prescrição retroativa no ordenamento jurídico penal brasileiro, bem como suas consequências.

Palavras-chave: Prescrição retroativa. Processo penal. Fundamentos. Objetivos. Revisão

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de direito de Cachoeiro de Itapemirim. Email: rafardinn@gmail.com.

² Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (1997). Professor da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil. Pós-graduado em Direito Processual Penal. Pós-graduado em Gestão Educacional. Pós-graduado em Ciências Criminais e Segurança Pública. Aluno do Curso Intensivo para Doutorado da Universidade de Buenos Aires. Correio eletrônico: izaiasadv@hotmail.com

ABSTRACT

The present article aims to examine retroactive prescription in Brazilian criminal procedure, focusing on the analysis of its foundations and objectives. Using a methodology based on the analysis of relevant laws and, where applicable, their justifications, as well as case law and doctrine, the goal is to assess, based on both supportive and opposing viewpoints, whether the theoretical foundations justifying this type of prescription and the ideals it aimed to achieve actually coincide with its purpose and correspond to the reality of criminal proceedings in Brazil. The critical perspective argues that retroactive prescription does not adequately align with procedural reality and its objective of ensuring the reasonable duration of the process, a view contrasted by the supportive perspective, which argues that it observes fundamental principles. The research thus raises the feasibility of revising the foundations and relevance of retroactive prescription in the Brazilian criminal legal system, as well as its consequences.

Keywords: Retroactive prescription. Criminal process. Fundamentals. Objectives. Review.

1 INTRODUÇÃO

A prescrição, no contexto do processo penal brasileiro, é causa de extinção da punibilidade do agente, fundada na ideia de que o poder punitivo estatal não deve ser ilimitado e, portanto, deve obedecer a critérios razoáveis de duração, sob pena da punição imposta pelo Estado não se afigurar justa. Nesse contexto, embora sejam várias as espécies de prescrição, o presente estudo visa analisar a modalidade retroativa, que utiliza a pena efetivamente fixada ao condenado em processo criminal para fins de cálculo, operando de forma retroativa.

Para tanto, esse estudo se baseia em uma abordagem qualitativa e na metodologia bibliográfica e documental, concentrando-se na análise das leis, projetos de leis e justificativas pertinentes, bem como na doutrina e, ainda, na jurisprudência, tanto de âmbito nacional quanto internacional.

Desse modo, intenta-se, em um primeiro momento, apresentar as principais particularidades e modalidades da prescrição, com foco na espécie retroativa, trazendo o histórico normativo pelo qual passou até a sua positivação e aplicação nos moldes atuais. Passa-se, então, à luz do conceito de estrutura tridimensional do Direito, a uma observação de quais são os fundamentos que dão base à sua existência e aplicação no ordenamento jurídico penal. Em sequência, busca-se perquirir os argumentos críticos

acerca do instituto, que se referem às suas justificativas e aos efeitos práticos gerados pela sua incidência.

A partir de tal desenvolvimento, faz-se uma análise dos fundamentos da prescrição penal, principalmente os específicos da retroativa, consistentes, em linhas gerais, nos efeitos do decurso do tempo, nos princípios constitucionais e na individualização do prazo prescricional, aferida pela pena aplicada em concreto, dita como a necessária desde o início e apta a servir como parâmetro da complexidade e do prazo necessário. Através do estudo da vertente crítica, que questiona a validade dos argumentos favoráveis, intenta-se verificar se os seus fundamentos são teoricamente válidos e se estão em consonância com as metas almejadas com a criação e incidência do referido instituto, objetivando-se, assim, demonstrar se existe correspondência entre o que o baseia e a realidade processual penal.

Dessa forma, considerando o Direito como uma estrutura tridimensional em que um fato social recebe uma significação de valor e essa relação se expressa em uma norma, alterações fáticas ou valorativas eventualmente podem implicar na alteração normativa, adequando o Direito à contemporaneidade. É nesse sentido que, pela análise dos fundamentos, poder-se-ia discutir a pertinência da prescrição retroativa no ordenamento jurídico penal e a possibilidade de eventual alteração normativa, o que se aborda sob as óticas favoráveis e contrárias ao instituto.

2 INTRODUÇÃO AO CONCEITO DO INSTITUTO DA PREScriÇÃO

O instituto da prescrição está estreitamente relacionado com o conceito de *jus puniendi* estatal, isto é, o Direito de punir do Estado, definido por Estefam (2024) como o direito que o Estado possui de exigir que as pessoas não pratiquem condutas tipificadas como uma infração penal e de exigir que, em caso de infração, o responsável seja submetido às consequências da prática, consistentes nas sanções penais previstas nas normas criminais.

O exercício do poder punitivo não ocorre, entretanto, de forma abstrata, pela mera previsão legal de infrações e sanções correspondentes, sem a existência de um processo, igualmente previsto em lei, que o condicione. Com efeito, "o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual" (Lopes Junior, 2024, p.48), e, precisamente por tal motivo, é que Lopes Junior (2024, p.45) ensina que o processo é "um caminho que condiciona o exercício do poder de penal (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal".

A prescrição é, nesse contexto, um instituto jurídico que visa garantir a segurança jurídica nas relações entre Estado e indivíduo, limitando o poder punitivo do primeiro ao estabelecer prazos para o exercício do direito de punir. Efetivamente, o processo não pode se prolongar *ad eternum*, e a intenção, conforme leciona Bitencourt (2023, p.2476) é que a pretensão punitiva "não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo", tornando-se necessário o estabelecimento de critérios para limitar o lapso temporal em que o Estado está autorizado a, legitimamente, exercer o *jus puniendi*, sob pena de não se afigurar mais possível punir o infrator.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, prevê o art. 107 do Código Penal que se extingue a punibilidade pela prescrição (Brasil, 1940), ou seja, tal como outros fatores como a morte do agente, o perdão judicial ou mesmo a efetiva aplicação e execução da pena, o presente instituto constitui causa extintiva de punibilidade, que, assim que configurada, enseja a perda do interesse penal estatal na persecução penal. Na prática, no momento em que verificada, o juízo competente deve declarar a extinção da punibilidade, e, caso a persecução não tenha sido iniciada, fica, desde o início, impedida (Estefam, 2024).

3 ESPÉCIES DE PREScriÇÃO

Tal instituto, nada obstante a finalidade última seja a mesma, pode ocorrer em momentos diferentes da persecução criminal ou, ainda, durante a execução da pena, dando azo a diferentes espécies de prescrição. Por esse motivo, baseando-se na divisão feita pela própria legislação, a teor do que dispõem os artigos 109 e 110 do Código Penal, os quais tratam separadamente da prescrição antes de transitar em julgado a sentença e da prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória (Brasil, 1940), a doutrina também estabeleceu uma separação, a fim de abordar cada uma das situações trazidas pelo referido *códex*. Existem, pois, duas modalidades do instituto: a prescrição da pretensão punitiva estatal e a prescrição da pretensão executória estatal, que ocorrem, respectivamente, antes e após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Gonçalves, 2023).

3.1 Prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva é aquela que fulmina o direito de punir do Estado (Gonçalves, 2023), ou seja, impede a própria condenação e a aplicação de uma sanção. Há, nessa espécie, uma subdivisão: prescrição pela pena em abstrato e prescrição pela pena em concreto, que, por seu turno, também se subdivide, ensejando a prescrição retroativa e a prescrição superveniente, também chamada intercorrente (Estefam, 2024).

No que tange à primeira, isto é, a prescrição pela pena em abstrato, tem-se que pode ocorrer a qualquer tempo da persecução penal, inclusive após a prolação da sentença, se houver recurso da acusação (Gonçalves, 2023), o que impediria o trânsito em julgado e também o marco inicial da contagem da prescrição pela pena em concreto. Referida subespécie é regulada pela pena em abstrato, vale dizer, pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada para cada tipo penal (Brasil, 1940), o qual irá corresponder a um prazo prescricional específico, variável entre 3 e 20 anos, conforme

previsto no art. 109 do Código Penal. Importante frisar, ainda, que além de utilizar o máximo da pena cominada, há de se observar também a existência e o cômputo de "eventuais qualificadoras, privilégios, causas de aumento ou diminuição da pena" (Estefam, 2024, p.1473), aplicando-se o maior aumento ou a menor diminuição em cada uma dessas circunstâncias.

A prescrição pela pena em concreto, por seu turno, diferencia-se em razão da base de cálculo do prazo prescricional. Isso porque, nessa modalidade, utiliza-se não mais a pena em abstrato, mas sim a pena efetivamente aplicada na sentença penal condenatória, montante que será confrontado com os parâmetros do artigo 109 do Código Penal para aferição do prazo prescricional (Estefam, 2024).

Tal fato ocorre por expressa previsão legal, conforme art. 110, §1º, do Código Penal, segundo o qual “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada” (Brasil, 1940). Imperioso notar que a norma já denota o momento em que se pode configurar o marco da prescrição, isto é, quando houver o trânsito em julgado para a acusação ou improviso do recurso da acusação, mas há também a hipótese de interposição de recurso da acusação sem a capacidade de interferir no prazo prescricional (Estefam, 2024, p.1503), o que ocorre porque, nessas hipóteses, “é possível que se saiba, antes mesmo do trânsito em julgado, qual o patamar máximo que a pena do réu poderá atingir” (Gonçalves, 2023, p.1043). Trata-se da observância do Princípio da *non reformatio in pejus*, esculpido no art. 617 do Código de Processo Penal, cujo teor impede que a pena seja agravada quando somente o réu apelar da sentença (Brasil, 1941).

No que se refere à subdivisão da prescrição em concreto, basta, *a priori*, a compreensão de que a prescrição retroativa se efetiva nos períodos anteriores à sentença condenatória, ao passo que a prescrição superveniente ou intercorrente se dá no período posterior à condenação, após a publicação da sentença, até o julgamento de recurso da defesa (Estefam, 2024; Gonçalves, 2023).

3.2 Prescrição da pretensão executória

Há que se rememorar, ainda, a existência de uma segunda etapa no processo penal: a efetiva execução da sanção imposta. Na lição de Bitencourt (2023, p.2482), “com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitionis*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória.” Por essa razão, também deve ser exercida dentro dos parâmetros legais e em prazo temporal adequado, motivo pelo qual está sujeita à prescrição da pretensão executória, que “atinge o poder-dever estatal de dar cumprimento à sanção aplicada” (Estefam, 2024, p.1511).

Por seu turno, a contagem do prazo prescricional no âmbito executório segue os mesmos parâmetros da prescrição da pretensão punitiva, isto é, verifica-se nos prazos fixados no art. 109 do Código Penal, mas se regula pela pena aplicada (Brasil, 1940), conforme previsão no art. 110 do referido código, com a ressalva de que se trata de sentença transitada em julgado, não se confundindo, pois, com a prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto.

4 OPERAÇÃO E HISTÓRICO DA PREScriÇÃO RETROATIVA

Tratando-se especialmente da prescrição retroativa, conforme outrora anotado, o referido instituto é, pois, uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto, cuja previsão legal se encontra no art. 110, §1º, do Código Penal.

Como subespécie, patente o fato de que, conforme disposto no referido artigo, as condições que possibilitam sua ocorrência são as mesmas relativas à prescrição pela pena em concreto explicitadas, a exemplo do trânsito em julgado para a acusação. A principal característica da prescrição retroativa, no entanto, é o lapso temporal em que opera: o parágrafo citado menciona que ela não pode “em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa” (Brasil, 1940), o que equivale dizer

que sua verificação se torna possível entre o oferecimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória.

Em suma, o entendimento atual é que deve ser utilizada a pena fixada na decisão terminativa condenatória, adequando-a aos parâmetros do art. 109 do Código Penal, a fim de saber o total do prazo prescricional. A partir desse momento, analisa-se o possível decurso durante o lapso temporal pretérito à sentença, nos termos delineados pela lei. Ocorre, no entanto, que a compreensão acerca da prescrição retroativa passou por alterações ao longo do tempo, não tendo se consolidado por completo até o presente.

A prescrição pela pena em concreto com efeitos retroativos, conforme lecionam Aguiar, Tabak e Cunha (2021), causa polêmica desde 1923, com o Decreto nº 4.7780, que abordava a prescrição baseada na pena concreta. Havia, naquele cenário, controvérsia acerca da retroação dos efeitos dessa modalidade de prescrição, discussão que se potencializava pela posição oscilante do Supremo Tribunal Federal.

Necessário, nesse sentido, frisar que a modalidade sob exame, nos moldes atuais, ensina Bitencourt (2023), é fruto de uma construção jurisprudencial que teve início no ano de 1961, com a edição da Súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal, que assim ditava: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação” (Brasil, 1963). Esse entendimento foi baseado no texto original do Código Penal de 1940, que previa no parágrafo único do art. 110, que “a prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta” (Brasil, 1940). As sucessivas modificações se mostram claras ao notar que, se por um lado, veda-se, atualmente, o reconhecimento da prescrição em período anterior à denúncia ou queixa, em 1963 a Suprema Corte passou a entender que era possível, como, por exemplo, entre a data do fato delituoso e o oferecimento de denúncia.

Também no Poder Legislativo, ensinam Aguiar, Tabak e Cunha (2021), a matéria foi objeto de dúvidas e constantes oscilações. Notadamente, o Código Penal de 1969

aboliu a prescrição retroativa, quando o instituto foi duramente criticado. Apesar disso, a referida lei foi revogada antes mesmo de sua vigência.

Não muito tempo depois, no ano de 1970, buscou-se restringir o alcance da prescrição retroativa ao limitar o lapso temporal de sua incidência para o tempo compreendido entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, entendimento que, igualmente, vigorou por curto período, até 1974, quando novamente o Supremo Tribunal Federal refutou a sugestão restritiva, revivendo a posição do início da década de 60 (Bitencourt, 2023).

Esse entendimento ainda foi reafirmado na Reforma Penal de 1984, com o advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou dispositivos do Código Penal, notadamente, os relativos à Parte Geral, positivando-se o instituto nos moldes da Súmula 146 do STF (Mayor, 2023). Isso se deve ao fato de que, nessa redação, o §2º do art. 110, previa expressamente a possibilidade de a prescrição “ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa” (Brasil, 1984).

A atual redação do art. 110 do Código Penal, contudo, foi dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, o qual, conforme inserto no próprio art. 1º, visava “excluir a prescrição retroativa” (Brasil, 2010) do ordenamento jurídico penal. Na prática, a novel lei revogou o §2º do artigo 110, que permitia a incidência da prescrição retroativa em período anterior ao recebimento da denúncia, bem como alterou o §1º, que passou a prever expressamente a vedação do instituto em período anterior à denúncia ou queixa.

A atualização legislativa, embora em vigor, não foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro sem críticas ou interpretações distintas. Nada obstante a tentativa de exclusão, a posição majoritária é de que “o art. 110, § 1º, do Código Penal é expresso e continua permitindo a prescrição retroativa em situações posteriores ao oferecimento da denúncia ou queixa” (Gonçalves, 2023, p.1048), visto que o que teria mudado seria tão somente a vedação à ocorrência em períodos anteriores à denúncia.

Mesmo assim, Gonçalves (2023) alerta sobre a existência de outras duas correntes opostas: a que brada a inconstitucionalidade das alterações promovidas pela

Lei nº 12.234/2010, afirmando violação aos princípios do não retrocesso, da proporcionalidade e da duração razoável do processo, entendimento de Bitencourt (2023), e a que defende que a lei efetivamente cumpriu seu objetivo, tornando inexistente o instituto da prescrição retroativa, como propugna Jesus (2011), ao afirmar que a lei declarou a extinção integral da prescrição retroativa, sendo indubitável que esta havia sido a vontade do legislador.

Apesar desse quadro, fato é que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo no julgamento do HC 122.694/SP, no ano de 2014, e, assim, consideradas constitucionais e vigentes as alterações relativas à prescrição retroativa, “o texto aprovado e sancionado só veda expressamente sua aplicação a fatos anteriores ao oferecimento da denúncia ou queixa” (Gonçalves, 2023, p.1050).

5 ESTRUTURA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PREScriÇÃO RETROATIVA

Ultrapassadas as questões fático-normativas, deve-se, para melhor compreensão dos aspectos axiológicos, assimilar as vicissitudes da concepção da prescrição retroativa como instituto jurídico, o que também contribui para a análise das diversas alterações sofridas ao longo do tempo, conforme demonstrado.

O Direito, seguindo o pensamento de Reale (2002), apesar da pluralidade de acepções, só pode ser compreendido em sua integralidade através de sua estrutura tridimensional, segundo a qual o Direito é composto de uma relação unitária e dinâmica entre fato, valor e norma. Vale dizer, todo fenômeno jurídico possui um fato subjacente que é interpretado e pode ser influenciado segundo um valor que lhe confere significado, dando origem a uma norma que expressa a relação entre ambos e que, por seu turno, também pode influenciá-los.

Nesse raciocínio também se inserem os requisitos de validade das regras jurídicas: eficácia, vigência e fundamento, que, à vista da estrutura tridimensional, correspondem,

respectivamente, ao fato, à norma e ao valor. Importa, no momento, frisar a dimensão do valor, visto que “o fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito”. É a razão de ser da norma, sendo impossível conceber uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia (Reale, 2002, p. 115). No mesmo sentido, leciona Diniz (2009, p. 353) que a norma nasce de uma decisão entre múltiplas possibilidades, com base em um juízo de valor.

Assim, fato é que a prescrição retroativa, aqui compreendida nos termos em que opera atualmente, também necessita - como possui - de fundamentos que a justifiquem, dentre os quais muitos são relativos ao instituto da prescrição, em sentido amplo. Nesse sentido, Bitencourt (2023) defende a existência de quatro fundamentos principais que, politicamente, dão base à legitimidade do instituto.

O primeiro seria que o decurso do tempo leva ao esquecimento, ou então, à atenuação da memória acerca do fato criminoso, o que ensejaria a perda do interesse de punir, já que o alarme social que justifica a atuação estatal não mais se encontraria presente.

Outro aspecto seria que o decurso temporal leva à recuperação do agente criminoso, visto que, passado longo período de tempo sem que o réu tenha cometido outra infração, o fim da pena, qual seja, a readaptação social, teria sido plenamente atingido. Nessa hipótese se incluem as teorias da expiação temporal e psicológica, as quais, respectivamente, consistem na ideia de que o transcurso do tempo se mostraria suficiente para expiar a culpa do agente e para alterar a constituição psíquica do acusado, que seria pessoa diversa da que praticou o delito.

O terceiro fundamento, este já muito explorado, consiste no fato de que o réu não pode ficar à mercê da inércia estatal. Vale dizer, a prestação jurisdicional na esfera criminal não pode ser tardia, sob pena de não atingir o seu fim. Assim, o indivíduo não pode carregar o ônus de um processo demasiadamente prolongado por negligência do Estado, que deve suportar seu encargo.

Por fim, o decorrer do tempo enfraqueceria o suporte probatório, já que o longo período de tempo torna mais difícil a produção da prova e, consequentemente, a apuração do fato tido como criminoso, o que prejudicaria a defesa.

Para além dos fundamentos políticos, também se busca basear a prescrição através das normas constitucionais ou similares, como, por exemplo, na afirmativa de Bitencourt (2023), no sentido de que o instituto garante a razoável duração do processo, princípio previsto no art. 5º, LXXVIII da CF/88 e nos arts. 7º, “5”, 8º, “1” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e também o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal.

O fundamento central da prescrição retroativa, contudo, ampara-se no que JESUS (2011) chama de princípio da pena justa. Referido princípio traduz a ideia de que, a partir do momento em que transitada a sentença condenatória para a acusação ou improvido seu recurso, consolida-se a pena que “era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto” (Bitencourt, 2023). Desse modo, o entendimento é de que a pena encontrada após o curso processual é a pena verdadeira, justa desde o início, concretamente aferida por critérios legais dispostos no Código Penal, o que “torna efetivos a individualização da pena e o devido processo legal (arts. 1º, II, III, 4º, II, 5º, XXXV, XLVI.(1920), LIV.(1921), LXXVIII.(1922), §§ 1º, 2º e 3º, 93, IX, da CF)” (Bitencourt, 2023, p.2502). Portanto, deve ser esse o parâmetro a ser utilizado para aferição da prescrição.

Essa ideia contrasta o entendimento de que a prescrição somente deve operar considerando a pena máxima abstratamente cominada ao delito, visto que a regência inicial da prescrição em abstrato somente ocorre ante a falta de critérios para a individualização da pena. Nessa hipótese, “não existe proporção entre culpabilidade, pena e prescrição real, trinômio que somente aparecerá quando for a pena individualizada em decisão condenatória” (Bitencourt, 2023, p.2502). Via de consequência, se conclui que, tal como é necessária a individualização da pena, o

ordenamento jurídico implicitamente também vela pela individualização da prescrição, como ocorre, ensina Bitencourt (2023), na prescrição em concreto, e, logo, na prescrição retroativa.

6. A VERTENTE CRÍTICA DA PREScriÇÃO RETROATIVA

Pressupondo, pois, a estrutura tridimensional do Direito, principalmente no tocante à dimensão valorativa, há de se reconhecer a existência de uma série de outros valores, diferentes dos que deram origem à norma. Assim, se por um lado a prescrição retroativa, da forma em que opera atualmente, é legitimada por uma série de fundamentos, por outro, o instituto também é alvo de uma série de críticas, que abarcam desde os seus fundamentos até as consequências práticas.

A priori, os fundamentos políticos são duramente criticados, denotando Porto (1998, *apud* Mayor, 2023) que nas hipóteses de esquecimento do fato e expiação do criminoso, a base da prescrição não seria mais a inércia estatal, mas sim a emenda do agente, que não mais mereceria uma punição, o que consistiria, na verdade, em uma espécie de perdão judicial. Outra crítica realizada, constante em Ferrari (1998, *apud* Mayor, 2023) é que o tempo não garante, por si só, a recuperação do criminoso, situação que pode ou não ocorrer. A teoria seria, dessa forma, falível, e a não-punição poderia acarretar o efeito contrário.

Mayor (2023) ainda frisa a inconsistência desse fundamento ao utilizar elementos subjetivos na tentativa de justificar um instituto puramente objetivo. A teoria da dispersão da prova é igualmente criticada, nos termos da lição de Ferrari (1998, *apud* Mayor, 2023), visto que, do ponto de vista técnico, a dúvida do julgador, gerada pela ausência de suporte probatório produzido em tempo hábil, deve conduzir à absolvição, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, e não à extinção pela prescrição. Tal decisão traria maior grau de certeza e justiça ao caso, uma vez que se refere mais à dubiedade das provas do que ao tempo transcorrido.

Quanto à razoável duração do processo, Mayor (2023, p. 17) aduz se tratar de “conceito indeterminado, fluido, impossível de ser definido e aplicado objetivamente”, citando a interpretação dada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem ao princípio, a fim de demonstrar que a sua análise deve ser realizada segundo o caso concreto, considerando a complexidade e a atuação das partes e autoridades. No mesmo sentido, Ramos (s.d.) leciona que, embora o critério mais decisivo seja o modo de proceder do Estado, a atuação das partes tem relevância quando interfere negativamente na duração do processo, independente da atuação estatal. Com efeito, não raro a própria atuação das partes, diga-se, dos acusados, é que condiciona a mora processual, a partir da adoção de expedientes protelatórios, visando se beneficiarem da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, na esteira do pensamento de Aguiar, Tabak e Cunha (2021).

Desse modo, ressalta Mayor (2023) que, enquanto o prazo da prescrição retroativa é estático, possuindo aplicação objetiva, a duração do processo é fluida, dependente das circunstâncias concretas para aferição de eventual dilatação excessiva, não se podendo olvidar, também, que o processo pode tramitar em prazo razoável, mas, ainda assim, pode ocorrer a prescrição. Tal quadro demonstraria a incompatibilidade entre ambos e que, quando da aplicação da prescrição retroativa nessa hipótese, sequer se verifica a ocorrência de seus próprios fundamentos.

A crítica ao argumento da razoável duração do processo não se limita, ainda, à correlação com o prazo prescricional. Mayor (2023) também afirma ser deletéria a aplicação da prescrição retroativa como garantia desse princípio, pois incide justamente quando a prestação jurisdicional é entregue com a publicação do decreto condenatório, ensejando a extinção da punibilidade mesmo se tratando de réu comprovadamente culpado. Esse mesmo raciocínio é acompanhado por Aguiar, Tabak e Cunha (2021, p. 31), na afirmativa de que o princípio da duração razoável do processo “não visa a tornar inútil o trabalho de verificação de crimes”.

Esse fundamento também se relaciona com o princípio da pena justa e a consectária individualização da prescrição, argumento que não é isento de oposição.

Aguiar, Tabak e Cunha (2021) ensinam que, mesmo nessa hipótese, o objetivo buscado é a imposição, ao Estado, de comportamentos que visem promover a celeridade na persecução penal, sob pena de perder o *jus puniendi*. Nessa linha, segundo a análise de Aguiar, Tabak e Cunha (2021, p. 25), para que a prescrição retroativa seja um instrumento útil na promoção de celeridade, ela “deve ser capaz de controlar coercitivamente os comportamentos politicamente definidos como indesejáveis, no caso, a inércia e desídia dos órgãos estatais na implementação da jurisdição criminal.

Contudo, aduz que, da forma como é aplicada, o comportamento dos atores processuais não é influenciado, o que ocorre pela impossibilidade de definição de um padrão comportamental a ser adotado na condução do processo. Isto é, durante todo o curso processual, o comportamento dos envolvidos é orientado segundo a regra legal da prescrição pela pena em abstrato, e portanto, agem com a legítima expectativa de que, amparados pela lei, não precisam modificar sua conduta.

Existe, assim, uma “situação de antinomia potencial entre normas, sendo uma delas já vigente, válida e com aptidão para orientar além de reforçar o comportamento dos atores processuais” (Aguiar; Tabak; Cunha, 2021, p. 27), ao se referir à prescrição em abstrato, ao passo que a norma da prescrição retroativa traduz um evento incerto, contraditório e dependente de circunstâncias imprevisíveis e que também podem ser influenciadas pela postura do réu. Em suma,

É como se as autoridades judiciárias, mesmo pautando o comportamento de acordo com as regras vigentes, fossem sancionadas sem saber exatamente qual conduta corresponde às expectativas sociais, em razão de uma incerta norma punitiva futura cujos efeitos retroagirão. (Aguiar, Tabak e Cunha, 2021, p. 27)

Nessa linha, a conclusão é que a prescrição retroativa não atinge a meta para qual foi instituída, mas, ao contrário, gera consequências opostas. Assim, Aguiar, Tabak e Cunha (2021) ressaltam que, além de estimular posturas procrastinatórias por parte dos réus, ela também incentiva os magistrados a fixarem penas superiores ao que seria devido, a fim de evitar a extinção da punibilidade, que indicaria possível desídia na

condução do processo e inutilizaria todo o trabalho feito até então. Em verdade, esse quadro consiste em consequência não negligenciável e não desejada, que deturpa o objetivo dessa espécie prescricional e corrompe o seu fundamento, qual seja, o da individualização da pena e/ou prescrição.

Ainda sobre o princípio da pena justa, Aguiar, Tabak e Cunha (2021) esclarecem que este possui premissas diversas, adotadas conforme o entendimento sobre o tema. Avaliam, nessa toada, que a justiça da pena está relacionada com a necessidade de reprimenda penal por questões sociais, que será estabelecida conforme o caso concreto, e não com o lapso temporal para exercício do poder punitivo estatal. Vale dizer, “a justiça da pena não necessariamente reflete a gravidade do delito praticado” (Aguiar; Tabak; cunha, 2021, p. 34), fato que se verifica através da percepção de que existem diversos fatores, como a confissão espontânea e a reparação do dano antes da sentença, que influenciam na quantidade da pena, mas em nada se relacionam com a conduta criminosa em si e com a complexidade do caso. Sua conclusão acerca do instituto é, pois, que a imposição ao Estado de agir com maior celeridade através de efeitos retrospectivos, “diante da demonstrada ausência de vinculação causal, gera apenas disfunção ao sistema que se propõe coerente e coeso” (Aguiar; Tabak; Cunha, 2021, p. 35).

Outro contrassenso é apontado por Guaragni (2008, *apud* Brasil, 2015), ao afirmar que não se pode admitir que uma sentença condenatória possa, ao mesmo tempo, implicar sua própria inexistência e servir de parâmetro para estabelecer que no caso analisado não poderia haver condenação porque decorrido o prazo prescricional, o que seria uma negação de seus próprios pressupostos. Ensina, assim, que a prescrição retroativa pode ser reputada inconstitucional, por não respeitar os princípios de certeza e utilidade dos prazos, corolários do devido processo legal.

6.1. Possibilidade de revisão da pertinência normativa do instituto

Por derradeiro, embora as razões favoráveis à prescrição retroativa possam ser instáveis, como leciona Porto (1998, *apud* Oliveira, 2007), o que revela se tratar de criação da Política Criminal, fato é que o instituto está acampado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro e produz efeitos. Todavia, conforme demonstra sua historicidade, o tratamento conferido ao instituto nunca assegurou sua estabilidade, o que levanta mais discussões sobre a revisão de sua existência.

Sobre a temática, Mayor (2023) afirma que a extinção da prescrição retroativa não é uma pauta de um espectro político-ideológico, mas sim de diversos juristas, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Também Aguiar, Tabak e Cunha (2021, p. 33) relatam que em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, os instituidores “optaram por se afastar do tormentoso critério da pena justa, escolhendo a pena abstratamente cominada para servir como parâmetro de definição dos prazos para o exercício do *jus puniendi*”.

Para justificar esse quadro, Mayor (2023) ressalta o impulsionamento dado ao tema pelos diversos casos de extinção da punibilidade envolvendo políticos e megaempresários em ações relativas a crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, ressaltando a crítica fundamental feita ao instituto no sentido de que os réus adotam expedientes protelatórios a fim de atingirem o prazo prescricional, principalmente quando dotados de poder econômico. A crítica continua frisando, tal como mencionado, que a prescrição retroativa não se presta à garantia da razoável duração do processo, mas, ao contrário, mina a credibilidade do Poder Judiciário ao servir como instrumento de impunidade e causar insegurança jurídica, motivo pelo qual deveria ser abolida.

Esse mesmo raciocínio já havia sido adotado pelo autor do Projeto de Lei nº 1383/2003, que culminou na Lei nº 12.234/2010, mas que findou por não alcançar sua pretensão extintiva. Por esse motivo, baseando-se na vertente crítica, tramitam atualmente, na Câmara dos Deputados, os Projetos de Lei nº 2810/2015 e 4482/2020,

que almejam redações indenes de dúvidas quanto ao objetivo de extinção total da prescrição retroativa, retratando-a como “um dos mais maléficos institutos peculiares ao direito penal pátrio” (Brasil, 2015).

Em suma, a superveniência de consequências indesejadas, completamente opostas às metas iniciais, vale dizer, a não correspondência do instituto com seus fundamentos e objetivos, torna “necessário reavaliar a conveniência de sua manutenção no ordenamento legal e o modo como vem sendo aplicado pelas autoridades jurídicas” (Aguiar; Tabak; Cunha, 2021, p. 36).

Há de se convir, no entanto, que as críticas à prescrição retroativa e a defesa de sua abolição não passariam despercebidas pela corrente favorável. Notadamente Bitencourt (2023, p.2526) reconhece que é possível “questionar a prescrição, os prazos, a morosidade judicial, e sua relação com a impunidade”, o que não legitima, contudo, a criação de distorções.

Com efeito, as consequências da inexistência do instituto podem se mostrar deletérias, a exemplo do que os defensores da modalidade retroativa já apontavam à época da Lei nº 12.234/2010, que impediu sua incidência em período anterior à denúncia ou queixa. Nesse sentido, Delmanto Junior (2010) lamentava que, ao invés de aparelhar a polícia e lhe exigir eficiência, concedeu-se um estímulo à letargia dos órgãos policiais e do Ministério Público, tudo sob o argumento de evitar a impunidade, em ofensa aos direitos individuais e à Constituição, chegando a afirmar que “cidadãos podem ser investigados pela polícia, sem prescrição, por mais de uma década depois da data do suposto crime, violando-se a garantia constitucional de julgamento em prazo razoável” (Delmanto Junior, 2010, p. 1).

O mesmo raciocínio é transportado para a hipótese de extinção total, e se as críticas à sua limitação já são contundentes, muito mais o são quanto a esse posicionamento, visto que, no contexto de uma ação penal, momento em que o Estado deveria zelar pelo direito de defesa e por uma prestação jurisdicional célere e positiva, eventual inércia deliberadamente desejada ou ignorada pelos atores estatais

representaria grave violação à ordem penal-constitucional e a própria corrupção do instituto da prescrição.

Em linhas gerais, mesmo cientes da crítica e da pretensão extintiva quanto à prescrição retroativa, defende-se que "a violação aos direitos fundamentais do cidadão — limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os —, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que porventura possam ser atingidos" (Bitencourt, 2023, p.2494).

7 CONCLUSÃO

O presente artigo conduziu, pois, um estudo acerca da prescrição, voltada a condicionar o exercício do *jus puniendi* estatal a um lapso temporal razoável que, decorrido, causa a extinção da punibilidade do indivíduo, instituto que, a teor das disposições legais, se divide, conforme exposto, em prescrição da pretensão executória e prescrição da pretensão punitiva. Esta última, por seu turno, ainda possui subespécies: a prescrição pela pena em abstrato e a prescrição pela pena em concreto, que abarca a prescrição retroativa e a prescrição superveniente.

O foco, entretanto, voltou-se à modalidade retroativa, que opera com base na pena fixada na sentença condenatória, *quantum* que será comparado com os parâmetros de prazo prescricional do Código Penal e cujos efeitos retroagirão a partir do oferecimento da denúncia ou queixa. Tal instituto, contudo, nem sempre operou desse modo, tendo passado por diversas alterações legislativas e jurisprudenciais desde o ano de 1923, constituindo, desde o início, objeto de divergências até a sua positivação na Reforma Penal de 1984, com alteração dada pela Lei nº 12.234/2010. A referida espécie, conclui-se, nunca foi unanimidade no cenário jurídico brasileiro, sendo constantes as tentativas de reafirmar, alterar ou extinguí-la por definitivo, fato que se espelha ainda hoje.

Esse quadro ainda pode ser analisado à luz da estrutura tridimensional do direito, que reclama a necessidade de um valor a fundamentar as normas jurídicas. Assim, analisados os fundamentos que baseiam a prescrição retroativa nos seus termos atuais, foram levantados os fundamentos políticos da prescrição, consistentes nos efeitos do decurso do tempo, que leva ao esquecimento do fato, à recuperação do criminoso, à perda da finalidade da pena e ao enfraquecimento do suporte probatório, além de sua relação com princípios fundamentais, como a razoável duração do processo. Não obstante, o principal argumento explorado é o princípio da pena justa, que sugere que a pena fixada era a necessária desde o início, efetivando a individualização da pena e, via de consequência, tornando possível e necessária a denominada individualização da prescrição.

Ainda na esteira da ideia de estrutura tridimensional do Direito, foram apresentados valores igualmente legítimos, que, entretanto, não fundamentam a prescrição retroativa, mas, sim, perfazem a vertente crítica ao instituto. Acerca dos fundamentos políticos que baseiam a prescrição, compreendida na modalidade retroativa, questiona-se a utilização de elementos subjetivos e incertos, como, por exemplo, o esquecimento do fato e a emenda do agente, na tentativa de justificar um instituto objetivo, bem como a atecnia de fundamentar uma extinção da punibilidade em um argumento que se refere à dubiedade das provas.

Debateu-se também a utilização do princípio da razoável duração do processo, de natureza variável, que não corresponde ao prazo estático da prescrição retroativa e que não visa inutilizar a prestação jurisdicional. Do mesmo modo, a pena justa e a individualização da prescrição, conforme apurado, para além de não atenderem seu objetivo de promover celeridade, por não tornarem possível a previsibilidade de um padrão comportamental na condução do processo, não refletem a realidade processual e geram, ainda, consequências deletérias não esperadas na instituição da regra.

Tal perspectiva, somada ao conceito de estrutura tridimensional do Direito, demonstra que os fundamentos do instituto não são valores absolutos, mas sim escolhas

dos instituidores da norma em um contexto de política criminal. Por esses motivos, a extinção da prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro é amplamente defendida, não se tratando de uma pauta ideológica e moderna, a exemplo do que demonstra seu histórico oscilante, o que se expressa pragmaticamente nos recentes projetos de lei que visam a total abolição da modalidade prescricional analisada. Por outro lado, levanta-se também o entendimento de que, mesmo ponderando os argumentos críticos, eventuais efeitos positivos da sua extinção não estariam acima dos riscos às garantias individuais.

Conclui-se, a partir da compreensão da estrutura tridimensional do Direito e da existência de diversos argumentos legítimos para ambas as correntes, que, se por um lado a pertinência da prescrição retroativa não pode ser reputada inalterável, sendo, inclusive, passível de revisão, sua extinção também pode se mostrar inadequada e deletéria, causando consequências graves ao indivíduo como sujeito de direitos frente ao Estado. A discussão sobre a prescrição retroativa perpassa, portanto, por sucessivas interpretações de valores, que podem moldar a norma a qualquer das correntes, em um contínuo processo de adequação do Direito à contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar; TABAK, Benjamin Miranda; CUNHA, Vitor Souza. A prescrição retroativa no sistema de justiça criminal brasileiro: uma análise comportamental. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 5, n. 67, p. 416 - 456, out. 2021.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.383, de 02 de julho de 2003.** Altera os artigos 109 e 110 do Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.810, de 27 de agosto de 2015.** Altera o § 1º do art. 110, os arts. 112, inciso I, 116 e 117, e acrescenta § 2º ao art. 337-B, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, que versam sobre o prazo prescricional penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1700692>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.482, 04 de setembro de 2020.** Altera os artigos 110, 112 e 117 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), relativos ao sistema prescricional penal, extinguindo a prescrição retroativa, redefinindo o termo inicial da prescrição da pretensão executória e ajustando o rol de causas interruptivas da prescrição. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262114>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art110. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.234/2010, de 5 de maio de 2010.** Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm#art2. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 146.** A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2050>. Acesso em: 30 ago. 2024.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. A caminho de um Estado polcialesco. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 2 jun. 2010. Espaço aberto, p. A2. Disponível em: http://www.delmanto.com/Conteudo/artigos/2010/Roberto%20Jr/a_caminho_de_um_estado_polialesco.pdf. Acesso em: 30 ago. 2024.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal**: parte geral - Arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

MAYOR, Túlio Rocha Sotto. **A prescrição retroativa como causa de impunidade: extinção da punibilidade e razoável duração do processo**. 2023. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2023.

OLIVEIRA, Kilma Maria Silva de. **Prescrição retroativa e duração razoável do processo**. 2007. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 ago. 2024.

RAMOS, Carlos Fernando Silva. **A afirmação do direito à razoável duração do processo pela Corte Europeia de Direitos Humanos**, [s.d.]. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6984fba75d83f566. Acesso em: 30 ago. 2024.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.