



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRO-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA COMO CAUSA DE IMPUNIDADE
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

ORIENTANDO (A): TULIO ROCHA SOTTO MAYOR
ORIENTADOR (A): PROF. (A): DR. GERMANO CAMPOS SILVA

GOIÂNIA-GO
2023

TULIO ROCHA SOTTO MAYOR

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA COMO CAUSA DE IMPUNIDADE
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Artigo Científico apresentado à disciplina
Trabalho de Curso I, da Escola de Direito ,
Negócios e Comunicação da Pontifícia
Universidade Católica de Goiás Prof. (a)
Orientador (a): Dr. Germano Campos Silva.

GOIÂNIA-GO
2023

TULIO ROCHA SOTTO MAYOR

**A PRESCRIÇÃO RETROATIVA COMO CAUSA DE IMPUNIDADE
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a): Doutor Germano Campos Silva
Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Mestre Eliane Rodrigues Nunes
Nota

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso aos meus pais, Francisco Sotto Mayor Neto e Marisa Meira Rocha, à minha esposa, Júlia Salém Parreira Sales, e ao meu filho, Ramon Salém Sales Sotto Mayor.

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA COMO CAUSA DE IMPUNIDADE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Tulio Rocha Sotto Mayor¹

O princípio constitucional da razoável duração do processo, direito fundamental resultante do clamor social ante a poderosa máquina estatal, visa garantir que, no âmbito da Justiça, sejam empregados todos os meios disponíveis e necessários, sem prejuízo da aplicação da lei, para efetivar-se a devida prestação jurisdicional, principalmente na seara penal, onde está em jogo não apenas a liberdade do acusado, mas também o direito da vítima e da sociedade de obter justiça. Dentre os meios utilizados, encontra-se a prescrição retroativa, alvo de contundentes críticas desde a sua concepção. Não por acaso, inúmeros projetos de leis foram propostos com o objetivo de extingui-la do direito pátrio. Esse assunto ganhou ainda mais relevância em razão do aumento expressivo dos casos de prescrição penal a partir dos anos 2000, principalmente em relação aos crimes de “colarinho-branco”. Portanto, é urgente uma reforma profunda do sistema prescricional brasileiro, devendo-se começar pela extinção completa da prescrição retroativa.

Palavras-chave: Prescrição Penal. Prescrição retroativa. Extinção da Punibilidade. Impunidade e Insegurança Jurídica.

¹ Acadêmico do curso de Direito, da PUC/GO.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a limitação do poder do Estado confunde-se com sua própria origem, sendo um dos resultados desse processo a imposição de limite temporal para o exercício do seu poder punitivo conferido pelos cidadãos.

Nesse contexto, surge a prescrição penal como instituto pelo qual regula-se a extinção das pretensões punitiva e executória do Estado, em razão da sua inércia, dentro de uma perspectiva processual e constitucional, não bastando, portanto, iniciar-se a persecução penal em tempo hábil, mas findá-la da mesma forma, em atenção ao princípio da presunção de inocência.

No Brasil, além das espécies de prescrição penal comuns a outros países, instituiu-se, inicialmente, por construção jurisprudencial e, posteriormente, por lei a prescrição retroativa.

Atualmente, esta hipótese de extinção da punibilidade é invocada como garantia da duração razoável do processo, numa relação instrumental de meio e fim. Por outro lado, os resultados práticos da sua aplicação estimulam a criminalidade, diante da perspectiva de impunidade, descredibilizando a Justiça, causando insegurança jurídica.

A partir dessas visões opostas, investigou-se a relação instrumental entre a prescrição retroativa e a razoável duração do processo, bem como os seus reflexos colaterais no tecido social.

O objetivo geral deste artigo é examinar a impropriedade da prescrição retroativa como meio de garantia da razoável duração do processo. E o específico é compreender como a prescrição retroativa contribui para o aumento da impunidade e, conseqüentemente, frustra a expectativa da vítima e da sociedade em relação à Justiça.

Do ponto de vista metodológico, o estudo desenvolveu-se pela abordagem analítico-descritiva do tema, a partir de pesquisa bibliográfica, apoiada em doutrinas, leis, jurisprudências e notícias, dividindo-se em três seções.

Na primeira seção, foram abordados os aspectos gerais da prescrição penal, expondo seu conceito, evolução histórica, natureza jurídica, principais fundamentos e suas hipóteses no Código Penal brasileiro.

Na segunda seção, foi tratada de maneira mais profunda a prescrição retroativa, o seu processo de surgimento e positivação no Código Penal, e a constante luta por sua extinção.

Na terceira seção, investigou-se a relação entre o princípio da duração razoável do processo e a prescrição, com ênfase na prescrição retroativa, cotejando-se as características fundamentais de ambos, a fim de se constatar a possibilidade ou não da segunda operar como garantia da primeira, numa relação instrumental de meio e fim.

Anexa, uma tabela-resumo expõe didaticamente os prazos prescricionais vigentes à época deste artigo, indicando alguns tipos penais, destacados por cores, com intuito de refletir sobre a desproporção dos prazos determinados tipos penais, quando comparados com outros que são menos graves ou equivalentes, mas possuem prazos maiores.

Ao final, críticas foram feitas ao sistema prescricional brasileiro, especialmente em relação à prescrição retroativa, já que esta parece apenas ter contribuído para o aumento da impunidade ao invés de garantir a razoável duração do processo.

1 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL

A palavra prescrição origina-se da palavra *praescriptio*, do latim, que significa, segundo Ferrari (1998, p.1) “meio de defesa expedido antes da *demonstratio*, a advertir o magistrado de que, com sua presença, impossível ficava o exame do mérito da questão”. Na sequência, esclarece o autor que:

No direito ateniense, conforme foi relatado por Lísias e Demóstenes, estabeleceu-se que, exceto para alguns delitos imprescritíveis, o tempo deveria ter eficácia extintiva sobre a ação penal, já que tornava difícil e perigosa a veracidade da prova dos crimes, havendo dúvidas até mesmo se não foi a Grécia o verdadeiro berço da prescrição do procedimento criminal. Já em Roma, ao que consta, a prescrição do procedimento criminal só surgiu no fim da República Romana, pois Robirio, no ano 63 a.C., foi chamado a responder por um crime praticado trinta e sete anos antes. Não obstante tal prova, autores como Mommsen e Florian afirmam que a prescrição do procedimento criminal só surgiu em Roma no início do império. (FERRARI, 1998, p. 1)

Note-se que, um dos textos legais mais antigos a tratar da prescrição do procedimento criminal que se tem conhecimento é a *Lex Julia de Adulteriis*, datado do século XVIII a.C. (FERRARI, 1998, p. 2).

Já entre os séculos XVII e XVIII d.C., surgiram expressivos juristas, como Bentham, Beccaria e Henckel, que compreendiam a Prescrição Penal como instrumento de promoção da impunidade e fator de encorajamento dos criminosos à prática de novos crimes, além da fragilização da justiça e da moral, o fato de o Estado deixar de aplicar a pena tão somente em razão do decurso do tempo, sem que outros critérios fossem adotados para determinados tipos de delitos ou quando presentes certas circunstâncias determinantes (PORTO, 1998, p.13).

Nesse mesmo período, notável foi a influência da Revolução Francesa, que inspirou o Código Penal francês de 1719:

A prescrição da condenação surgiu na França, através do Código Penal de 1719. A Revolução Francesa deve ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, adotaram essa outra espécie de prescrição. (PORTO, 1998, p. 25)

Em seguida, Cesare Beccaria, inspirado pelos autores franceses Charles de Secondat (Barão Montesquieu) e Jean-Jacques Rousseau, em sua

obra *Dei Delitti e Delle Pene* (Dos Delitos e Das Penas), publicada em 1764, refletiu, dentre outras questões, sobre os fundamentos do direito de punir, a duração do processo e a prescrição. Com efeito, a referida obra instigou grandes discussões, sendo de grande importância até os dias de hoje.

Já no Brasil, a prescrição da ação penal foi regida inicialmente pelo Código de Processo Criminal, de 1832. Posteriormente, em 1890, por meio do Decreto 774. Mais adiante, outro relevante diploma legal foi o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que sofreu alterações com a publicação da Lei nº 7.209/84, conhecida como reforma do Código Penal, oportunidade em que foi positivada a hipótese da prescrição retroativa, sendo parcialmente extinta pela Lei nº 12.234/10.

Concluída a explanação sobre a evolução histórica da Prescrição Penal, passa-se à análise do seu conceito e natureza jurídica.

Alguns juristas enxergam a prescrição penal como a renúncia ao direito de punir, ao passo que outros, como sendo a perda do direito de punir (*ius puniendi*), conforme entende Capez (2019, p. 750): “Perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo”.

A partir do conceito acima, pode-se concluir que o “direito-poder-dever” opera como a manifestação própria do poder do Estado recebido dos cidadãos, exercendo-o de maneira abstrata, indelegável e exclusiva, materializando-se ao voltar-se especificamente contra o acusado, passando, nesse instante, de direito para pretensão, que, segundo Capez (2019, pgs. 749/750):

[...] é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio. O Estado passa a ter o interesse de submeter o direito de liberdade daquele criminoso ao seu direito de punição. Surge uma relação jurídico-punitiva com o delinquente, pela qual o direito de punir sai do plano abstrato e se concretiza, voltando-se contra o autor da infração penal. Essa pretensão individual e concreta, na qual o direito abstrato se transformou, denomina-se punibilidade.

Nesse ponto, a definição da natureza jurídica da Prescrição Penal, que possibilita identificar o ramo do direito ao qual pertence, ganha

relevância, uma vez que há diferença na aplicação das regras processuais e materiais no tempo. Sobre o tema, existem três correntes doutrinárias, a saber: materialista, processualista e mista.

Os adeptos da corrente materialista (majoritária) vislumbram a Prescrição Penal como exclusivamente de direito material, mormente porque, sendo a pretensão punitiva disciplinada pelo direito material, sua extinção só poderia ter a mesma natureza.

Por sua vez, a corrente processualista enxerga a prescrição como uma maneira de impedir a origem ou o desenvolvimento do processo, subsistindo o direito de punir do Estado, que não seria extinto, mas apenas estaria neutralizado pelo decurso do tempo.

Já a corrente mista ou eclética, vislumbra a prescrição como sendo concomitantemente de natureza material e processual, pois, tanto a instrução probatória, quanto os objetivos da sanção restariam imediatamente prejudicados pelo transcurso do tempo.

Destarte, assim como existem opiniões divergentes sobre a natureza jurídica, os fundamentos da prescrição penal, que serão abordados a seguir, são diversos.

Levando-se em conta os autores consultados durante a pesquisa, serão comentadas as teorias comuns em suas obras. São elas: teoria do esquecimento, teoria do arrependimento ou da expiação moral/do criminoso, teoria da dispersão das provas, teoria da emenda e teoria psicológica.

Veja-se, brevemente, a respeito de cada uma delas:

a) teoria do esquecimento: o desejo de justiça desaparece, em razão do transcurso do tempo, resultando no esquecimento do crime pela sociedade, ensejando-se a extinção da punibilidade. Nesse sentido, ensina Ferrari (1998, p. 26):

O tempo faz a sociedade esquecer o alarme social e duvidar da necessidade e do interesse de punir do Estado. Tal necessidade de punir enquadra-se em um contexto de carência da punibilidade do ilícito típico. Caso verificada a não-carência de punição, desaconselhável será a aplicação da sanção.

Assim, “se o poder de punir se justifica exclusivamente pelo critério da necessidade, todo exercício do poder repressivo será injustificado, quando não pareça necessário” (MANZINI *apud* PORTO, 1998, p. 15).

Note-se que, a **necessidade** é o pilar desta teoria, de modo que, verificada a sua ausência, constata-se a ausência do interesse de punir, devendo conseqüentemente extinguir-se a punibilidade.

b) teoria do arrependimento ou da expiação moral/do criminoso: as próprias angústias e remorsos experimentados pelo acusado durante o processo já seriam suficientes para puni-lo (pois já teria sofrido suficientemente a expiação da culpa), sendo ainda o tempo exigido para a prescrição, por si só, uma penalidade tão rigorosa quanto a pena cominada no tipo penal.

Conforme ensina Porto (1988, p. 17), esta teoria foi duramente criticada por autores, como Vincenzo Manzini, Villeret, Haus, Adolphe Prins e Eduardo Reale Ferrari.

c) teoria da dispersão das provas: com o passar do tempo, a apuração do fato torna-se cada vez mais difícil e seus elementos de prova mais precários.

Alguns juristas, como Ferrari (1998, p. 29) e Haus *apud* Porto (1998, p. 17), admitem a ocorrência da dispersão das provas após um longo período, tornando-se consideravelmente mais difícil a defesa do acusado. Contudo, segundo Ferrari (1998, ps. 30 a 31):

Ora, se a produção das provas fosse razão única e fundante da prescrição da ação, não haveria a necessidade variada de fixação de prazos prescricionais, porquanto, com ou sem o desaparecimento da prova, pouco importaria o lapso prescricional enunciado.

[...]

Caso verificado não ser mais legítima a seqüência do processo, porquanto dispersas as provas e inútil a punição, razoável seria a sua extinção por meio da prescrição da ação.

Tecnicamente, contudo, correta seria a aplicação do princípio *in dubio pro reu*, a impor-se a absolvição, fulcrada na dúvida ou no não-convencimento da decisão por parte do julgador. O não-convencimento e a conseqüente aplicação do princípio implicariam maior certeza e

justiça sobre a solução imposta, por relacionarem-se mais à dubiedade das provas existentes do que ao tempo transcorrido.

Assim, a pesar das falhas apontadas pelo autor acima, essa teoria tende a superar as anteriores.

d) teoria da emenda: o tempo atua como fator absoluto no comportamento do criminoso, portanto, na sua ressocialização. Assim, o processo que tramita por um longo período concede ao acusado a oportunidade de se redimir do mal que fez, de tal modo que torna-se a punição desnecessária, uma vez que pressupõe-se alcançada a finalidade da ressocialização.

Nesse ponto, segundo Penso *apud* Porto (1998, p. 19): “a essência da prescrição passaria a ser, não mais o decurso do tempo e a falta de exercício da pretensão punitiva pelo Estado, mas, a emenda do culpado; teríamos, portanto, uma espécie de perdão”. Do mesmo modo, critica Ferrari (1988, p. 32/33):

A crítica que se pode fazer a essa teoria é a de que o tempo, por si só, não garante a emenda do agente. Compreendida como presunção *juris et de jure*, a emenda é um fato que pode não ocorrer, a ser arriscada qualquer prognose. A reincidência desenfreada que nos aflige constata que, na grande maioria dos casos, não ocorre a recuperação do delinquente, a demonstrar a falibilidade da emenda. O tempo, assim, corrigiria o autor do delito, não sendo mais necessária a imposição de sanção, por preencher antecipadamente uma de suas finalidades.

A alteração psicológica do indivíduo, portanto, a nosso ver, é absurda e falível, comprovando que a não-punição, segundo tal acepção, pode gerar intranquilidade social, sendo precisos os ensinamentos de Costa e Silva, ao afirmar ser esta teoria uma verdadeira ‘fantasia otimista’.

De fato, as referidas críticas dos citados autores são insofismáveis, sobretudo porque as regras da prescrição são objetivas, não sendo o caso do perdão.

e) teoria psicológica: diante da longa duração do processo, a pessoa que sofrerá a pena, após a prolação ou confirmação da sentença, não é mais aquela que praticou o delito, devido às transformações psicológicas tanto naturais, quanto oriundas do processo criminal.

Essa teoria, segundo Nucci (2020, p. 701):

Funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena. Em

verdade, todas as teorias, em conjunto, explicam a razão de existência da prescrição, que não deixa de ser medida benéfica e positiva, diante da inércia do Estado em sua tarefa de investigação e apuração do crime.

Note-se que, essa teoria apresenta a mesma inconsistência que a anterior, ou seja, utiliza-se de elementos subjetivos para justificar um instituto puramente objetivo.

f) teoria da presunção de negligência: diante do decurso de certo lapso temporal, inexistindo sentença ou início da execução da pena, presume-se a negligência do Estado em relação ao processo, ensejando-se a extinção da punibilidade do acusado, por meio da prescrição, pois é inadmissível que o acusado de ter cometido um crime fique sujeito à boa vontade estatal de concluir o processo, que pode acontecer de postergar-se indefinidamente (MACHADO, 2000, p. 98).

Assim, feita essa breve exposição dos fundamentos jurídicos da prescrição penal, longe de se esgotar o tema, mas de maneira suficiente para a proposta do presente artigo, a seguir serão elencadas as **espécies de prescrição** positivadas no Código Penal.

Conforme ensina Nucci (2019, p. 707), existem duas espécies de prescrição penal, a saber: **prescrição da pena em abstrato**, que leva em conta a pena abstratamente cominada ao delito e **prescrição da pena em concreto**, que considera a pena fixada em sentença transitada em julgado para a acusação.

Conforme o mencionado autor, a prescrição causa dois efeitos sobre a pretensão estatal: **prescrição da pretensão punitiva** (prescrição consumada antes do trânsito em julgado da sentença, Art. 109, do Código Penal) e **prescrição da pretensão executória** (prescrição consumada após o trânsito em julgado da sentença – Art. 110, do Código Penal).

Ainda sobre os efeitos, vale destacar o que ensina Nucci (2020, p. 707):

Quanto aos efeitos, como visto na nota 7 supra: a) **prescrição da pretensão punitiva**, significando que o prazo prescricional consumou-se antes da sentença condenatória, com trânsito em julgado para as

partes. Elimina-se todo o rastro do direito de punir estatal. Se ainda não há decisão condenatória, não mais pode existir. Se já existe, ela perde o efeito para todos os fins. Não se computa para antecedentes, geração de reincidência, dever de indenizar etc.; b) **prescrição da pretensão executória**, significando que o prazo prescricional ocorreu depois do trânsito em julgado para as partes, embora o seu início se dê a partir da data do trânsito em julgado para a acusação. Nessa hipótese, a condenação somente perde o efeito para o fim de imposição da sanção principal – a pena aplicada. Remanescem os efeitos secundários da condenação, como o registro do antecedente, a viabilidade de gerar reincidência, o dever indenizatório na área cível etc. (destacado)

Ainda conforme o mencionado autor, a prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em 4 (quatro) subespécies, a saber:

1) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita: ocorre antes do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes, em regra, entre a data da consumação do crime e do recebimento da denúncia, de acordo com a pena máxima abstrata cominada ao delito;

2) prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente: regulando-se pela pena em concreto. Ocorre após trânsito em julgado para a defesa, tendo por termo inicial a data da publicação da sentença condenatória.

3) prescrição da pretensão punitiva retroativa: chamada também de prescrição retroativa, apenas. Regula-se pela pena em concreto. Ocorre após trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, retroagindo o termo inicial até o recebimento da denúncia ou queixa, sendo por isso mesmo denominada de retroativa;

4) prescrição virtual ou antecipada (não positivada): também chamada de projetada, retroativa em perspectiva, ou ainda, fundada em pena hipotética, que ensejaria o reconhecimento da prescrição do crime até mesmo no momento do recebimento da denúncia, se não fosse defesa pela súmula 483, do STJ, que diz: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Concluída, pois, a exposição dos aspectos gerais da prescrição penal, com foco na pretensão punitiva, passa-se a expor, especificamente, sobre a prescrição retroativa.

2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa é instituto que não encontra similar em nenhuma legislação no mundo, por isso denominada "teoria da prescrição penal à brasileira", na exposição de motivos do natimorto Código Penal de 1969, cujo texto vislumbrava eliminá-la da jurisprudência.

Trata-se de uma hipótese de extinção da punibilidade com efeito *ex tunc*, que culmina na perda do direito-poder-dever de punir do Estado, tendo como referência a pena *in concreto*, fixada na sentença transitada em julgado para a acusação, sendo regulada pelo tempo entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e da publicação da sentença.

Atualmente, seu fundamento legal é a combinação dos arts. 109 e 110, § 1º, do Código Penal, *in verbis*:

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

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.

Com efeito, a possibilidade da pena *in concreto* determinar que o prazo prescricional seja contado a partir de antes da publicação da sentença condenatória foi, desde a sua instituição, objeto de profundas críticas.

Note-se que, as especulações sobre o prazo prescricional baseado na pena *in concreto* já circulavam desde a entrada em vigor do Decreto 4.780/1923 (SCHMIDT, 1997, p. 38).

Alguns defendiam o efeito *ex tunc*, retroagindo até antes da sentença, outros, defendiam o efeito *ex nunc*, tendo como termo inicial a sentença condenatória, findando-se na data do trânsito em julgado. A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), prevalecendo o entendimento pelo não cabimento (NAVES *apud* SCHMIDT, 1997, p. 39).

Vale frisar que, até 1950 preponderante foi o entendimento contrário à prescrição retroativa, conforme ensina NAVES *apud* SCHMIDT (1997, p. 43), no sentido de que o parágrafo único do art. 110, do Código Penal regulava a prescrição superveniente à sentença condenatória, não possuindo efeito *ex tunc*.

Contudo, a partir de 1951 outra corrente começou a ganhar força. Nessa época, de um lado Luiz Gallotti defendia o efeito *ex nunc* e de outro Nélson Hungria o efeito *ex tunc* (SCHMIDT, 1997, p. 37).

Então, a partir de 1960, com a mudança na composição dos membros do STF, a tese de Hungria, favorável ao efeito *ex tunc*, passou a ser a orientação predominante na jurisprudência, culminando, quatro anos depois, na súmula 146 daquela Corte, passando a prescrição retroativa a alcançar a data da consumação do fato, o que causou imensas críticas, principalmente na década de 70 (JESUS, 1998, p. 133).

Com a publicação da Lei 7.209, de 1984 (reforma do Código Penal), positivou-se a prescrição retroativa exatamente nos moldes da criticada Súmula 146, do STF, sob o argumento de que a pena fixada em sentença é a justa *ab initio*.

Contudo, diante do aumento exponencial da violência no Brasil, pelo Projeto de Lei (PL) nº 1.383/2003 (pacote antiviolaência) foi proposta a extinção da prescrição retroativa. Sete anos mais tarde, o referido PL resultou na Lei 12.234/2010, que a extinguiu parcialmente, gerando críticas por parte dos que queriam a extinção completa, mas também dos que eram contra o PL, reputando-o inconstitucional, por violar a razoável duração do processo.

Posteriormente, outros projetos de leis foram propostos visando extinguir prescrição retroativa, como por exemplo: PL-2810/2015 (Carlos

Sampaio – PSB/SP), PL-4850/2016 (iniciativa popular), que foi substituído pelo PL-3855/2019, PL-90/2019 (Rodrigo Agostinho – PSB/SP), PL-837/2019 (José Medeiros – PODE/MT) e PL-4482/2020 (Paulo Ganime – NOVO/RJ e outros).

Note-se que, a extinção da prescrição retroativa não é motivação exclusiva de um espectro político-ideológico, sendo ainda defendida por membros do Ministério Público Federal, Juízes e até juristas internacionais.

Nas últimas décadas, o tema ganhou nova tração, em razão dos vários casos de extinção da punibilidade de políticos, doleiros e megaempresários condenados por corrupção e lavagem de dinheiro na operação Lava Jato, que só ocorreram graças ao poder econômico dos réus, que puderam bancar infundáveis recursos protelatórios, para garantir o decurso do tempo necessário para configurar-se a prescrição de seus crimes, enfraquecendo mais ainda a alegada relação entre prazo razoável e prazo prescricional.

3 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A ideia da razoável duração do processo, segundo Arruda (2006, p. 29), tem origem no direito anglo-saxão, por volta do ano 1.166 d.C., após longo processo empírico de construção social. Já no Brasil, além de tal ideia ser muito recente, não surgiu empiricamente, haja vista o modelo racionalista de inspiração francesa.

Assim, após a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em 22 de novembro de 1969, à qual o Brasil foi signatário, e, somente doze anos após a publicação do decreto nº 678/1992, que promulgou o referido pacto, em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, a razoável duração do processo foi alçada ao status de princípio constitucional.

Há quem defenda o referido princípio como corolário do devido processo legal. Por outro lado, outros entendem mais adequada a sua relação

com a presunção de inocência. Entretanto, não há quem demonstre ser possível mensurar objetivamente a razoável duração do processo.

Portanto, notório tratar-se de conceito indeterminado, fluido, impossível de ser definido e aplicado objetivamente. Nesse ponto, a Corte Europeia dos Direitos do Homem, em interpretação à aplicação do art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, reputou indevida a determinação genérica e fixa da razoável duração do processo, devendo ser analisado o caso concreto, principalmente em relação à sua complexidade, a conduta das partes e a atuação das autoridades. Veja-se:

Na jurisprudência da Corte, podem ser destacadas as seguintes hipóteses que exigem uma atuação mais célere das autoridades judiciais: a) os processos que lidam com matéria de estado e capacidade das pessoas; b) os processos relativos à guarda de crianças, poder familiar e direito de visita; d) os processos atinentes aos litígios trabalhistas; e) processos em que uma das partes está acometida de um mal incurável e sua expectativa de vida é reduzida; f) processo que envolva acusação de prática de violência por agentes da força pública; g) processos em que há pretensão de aposentado para melhorar suas condições de vida; h) processo sobre responsabilidade civil por ato ilícito em razão de dano causado a integridade física de pessoa de 65 anos ou mais, à época (COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME, 2013e).

Dos três critérios colhidos da jurisprudência da Corte, o decisivo é o relativo ao modo de proceder das autoridades judiciais e das instituições públicas que possam interferir nessa atuação, pois se sobreleva sempre o compromisso assumido pelo Estado de prestar jurisdição em tempo razoável, sem qualquer condicionamento e independentemente da complexidade da causa, da atuação das partes e da relevância dos interesses em disputa. Esses últimos só tem relevância quando, sem que o Estado possa tomar alguma medida para evita-los, interferem de modo negativo na duração do processo, dilatando o prazo.

Como se observa nos casos *Kress c. França* (Reclamação 39594/98) (COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME, 2013b), *Katte Klitsche de la Grange c. Itália* (COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME, 2013a) e *Scordino c. Itália* (No 1) (Reclamação no 36813/97) (COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME, 2013d), a Corte segue um procedimento em três fases para julgar a alegação de violação à razoável duração do processo: (a) primeiro estabelece o tempo de duração do processo, que tem como início a data do ajuizamento da ação ou, quando há necessidade de um procedimento administrativo prévio, a instauração deste, e termina com a decisão final no procedimento, abrangendo a fase recursal e a fase de execução, ou seja, quando o direito se efetiva (COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME, 2013e); (b) em seguida, analisa, com base nos critérios acima referidos se houve ou não violação ao direito à razoável duração do processo; e (c) por último, se ficar caracterizado que o direito interno do Estado infrator não permite desfazer senão imperfeitamente as consequências da violação, concede à parte lesada uma indenização justa. (RAMOS, Carlos Fernando Silva. A

afirmação do direito à razoável duração do processo pela corte europeia de direitos humanos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6984fba75d83f566>. Acesso em: 10/05/23)

Diante dessa perspectiva, surge o questionamento: a prescrição retroativa seria instrumento adequado para se garantir da razoável duração do processo?

Segundo Arruda (2006, p. 337), a prescrição não contempla integralmente o conteúdo da razoável duração do processo, em razão das incompatibilidades entre seus objetivos e fundamentos, não apresentando-se, portanto, a prescrição retroativa como instrumento mais adequado para ser utilizado como freio aos atrasos processuais.

De fato, enquanto o prazo da prescrição retroativa é estático, pré-fixado em lei, o da razoável duração do processo é fluido, não fixado. Por isso, a primeira tem aplicação objetiva, pois o processo não vai prescrevendo, apenas prescreve, ao passo que a segunda depende das circunstâncias do caso concreto para ponderar-se a dilatação excessiva e injustificada do prazo.

Nesse sentido, note-se que a prescrição retroativa não tem o condão de garantir a efetivação do princípio da razoável duração do processo, uma vez que perfeitamente pode um processo tramitar em prazo razoável, diante das circunstâncias, e mesmo assim ocorrer a prescrição.

Portanto, é preciso que a tramitação do processo ocorra com rapidez, em prol da razoabilidade, mas sem desrespeitar as garantias legais, não devendo, portanto, a Justiça ser demasiado lenta nem injustamente célere, evitando-se o seu descrédito perante a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a prescrição penal consiste na perda do direito-poder-dever de punir do Estado, em função de determinado tempo fixado em lei. Busca-se, com isso, evitar que um processo tenha duração indefinida, conferindo segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, principalmente entre cidadãos e Estado.

Por seu turno, a razoável duração do processo vislumbra uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, de modo que seja garantido um processo sem dilações indevidas, uma vez que o julgamento tardio pode inviabilizar a produção e apuração das provas, além de estigmatizar irreversivelmente réu, mesmo que venha a ser comprovada a sua inocência.

Diante dessas características, é lícito afirmar que ambos têm em comum o tempo. Por essa razão, há quem associe prazo razoável e prazo prescricional. Segundo Arruda (2006, p. 336), assim têm agido os Tribunais na Espanha, por exemplo, relacionando ambos os conceitos, na busca por solução simples e imediata do problema da injustificada dilação do processo.

Constata-se, entretanto, que não perseguem os mesmos objetivos, nem apoiam-se nos mesmos fundamentos, possuindo prazos independentes e desiguais. Com efeito, a natureza flexível da razoabilidade temporal é incompatível com a rigidez do prazo prescricional, que, inclusive, no momento da sua aplicação sequer constata-se a ocorrência ou não dos próprios fundamentos, no caso concreto.

Outrossim, ainda mais deletéria é a aplicação da prescrição retroativa como garantia da razoável duração do processo, mormente porque, nesse caso, a prestação jurisdicional é entregue com a publicação do decreto condenatório, e, mesmo sendo comprovadamente culpado, posteriormente, o réu livra-se solto, em razão da extinção da punibilidade.

Com efeito, leva-se a sociedade e a vítima ao descrédito pela Justiça e pelas Leis brasileiras, que, aos seus olhos, parecem mais se preocupar

com os direitos dos criminosos que os daqueles que sofrem – muitas vezes para sempre – com os resultados de suas condutas.

Nesse contexto, vale destacar as palavras proferidas pelo autor do Projeto de Lei 1383/2003 – que resultou na Lei 12.234/2010 –, no plenário da Câmara dos Deputados, durante a sua apresentação:

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. (Agência Câmara. Câmara aprova mudança na prescrição retroativa de crimes. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/95479-camara-aprova-mudanca-na-prescricao-retroativa-de-crimes/>>. Acessado em: 04/03/23)

Ainda, segundo o autor do projeto, a retroatividade da prescrição prejudica, principalmente, os processos-crimes de estelionato e peculato, que são de difícil apuração, por exigirem análise mais detalhada de muitos documentos, além de complexos exames periciais, sendo a demora excessiva na conclusão do processo útil ao acusado em razão da prescrição retroativa.

Ademais, há notória contradição na própria redação do art. 110, § 1º, do Código Penal, conforme aponta o Juiz Federal Fernando Brandini Barbagalo, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF:

Insistimos, a prescrição dita retroativa acontece antes da sentença condenatória, contrariando a determinação inicial que é clara: "prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação ou depois de improvido seu recurso". Assim, se a pena concretizada na sentença condenatória, segundo a lei, servirá para balizar a prescrição que ocorrerá apenas depois do trânsito em julgado da decisão para as partes ou para o Ministério Público, como admitir que tal prescrição (com base na pena concretizada na sentença) tenha por termo inicial qualquer data anterior a essa decisão, incluindo a data entre o recebimento da denúncia ou queixa e a sentença condenatória? Por isso, acreditamos que bastaria a revogação expressa do parágrafo 2º, para que a extinção da prescrição retroativa restasse consumada. (BARBAGALO, Fernando Brandini. Fim definitivo da prescrição retroativa. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/fim-definitivo-da-prescricao-retroativa-juiz-fernando-brandini-barbagalo>>. Acessado em: 10/05/23)

De mais a mais, a seletividade do sistema prescricional acaba por beneficiar na maioria das vezes aqueles que possuem vultuosos recursos

financeiros, conforme expôs o Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC 126292/SP:

Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Paciente: MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em: 10/05/23)

Corroborando a afirmação acima, levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra que, entre 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa, representando mais de 11% dos 25.799 processos de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa que tramitavam até o final de 2012.

Somando-se a isso, conforme restou apurado pelo relatório denominado “Supremo em ação” (ano-base 2016), verificou-se o percentual de extinção da punibilidade pelo advento da prescrição de 13,7% para os casos originários em 2º grau e 22,1% para os casos originários no 1º grau da Justiça Comum, ou seja, quase um quarto do esforço estatal empregado na persecução penal foi desperdiçado.

Note-se que, a regra da prescrição é necessária, para que se confira estabilidade social. O decurso do tempo reduz a eficácia da punição, e, como resultado, enfraquece e até mesmo suprime o interesse estatal de punir. Porém, sua aplicação deve-se dar em patamares que não transformem a extinção da punibilidade pela prescrição em uma espécie de regra tácita. Nesses termos, a prescrição opera de modo distorcido, sendo a prescrição retroativa ainda mais deletéria, por ser evidentemente injusta, conforme acima exposto.

Portanto, longe de ser considerada garantidora de um processo com duração razoável, a prescrição retroativa mina a credibilidade Justiça brasileira, beneficiando seletivamente os abastados, servindo-lhes como instrumento de impunidade, aumentando a sensação de insegurança jurídica na sociedade, devendo por essa razão ser abolida do ordenamento jurídico pátrio.

**RETROACTIVE PRESCRIPTION AS A CAUSE OF IMPUNITY
EXTINCTION OF PUNISHMENT AND REASONABLE DURATION OF THE
PROCESS**

ABSTRACT

The constitutional principle of the reasonable duration of the process, a fundamental right resulting from the social outcry before the powerful state machine, aims to ensure that, within the scope of Justice, all available and necessary means are used, without prejudice to the application of the law, to carry out the due judicial provision, mainly in the criminal area, where not only the freedom of the accused is at stake, but also the right of the victim and society to obtain justice. Among the means used, there is the retroactive prescription, target of scathing criticism since its conception. Not by chance, numerous bills were proposed with the aim of extinguishing it from the country's law. This subject has gained even more relevance due to the significant increase in cases of criminal prescription since the 2000s, mainly in relation to "white-collar" crimes. Therefore, a profound reform of the Brazilian prescription system is urgently needed, starting with the complete extinction of retroactive prescription.

Keywords: Retroactive criminal prescription. Retroactive prescription. Reasonable length of process. Punishment Extinction. Impunity. Legal Insecurity.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara. **Câmara aprova mudança na prescrição retroativa de crimes.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/95479-camara-aprova-mudanca-na-prescricao-retroativa-de-crimes/>>. Acesso em: 05/03/23.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo.** Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Fim definitivo da prescrição retroativa.** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/fim-definitivo-da-prescricao-retroativa-juiz-fernando-brandini-barbagalo>>. Acesso em: 10/05/23.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em Ação.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>>. Acesso em: 17/05/23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do STJ.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 17/05/23.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292/SP.** Paciente: MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10/05/23.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral:** arts. 1º a 120. 23. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

UNIÃO EUROPÉIA. European Court of Human Rights. **European Convention on Human Rights.** Disponível em: <https://echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 17/05/23.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal:** suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

—. **Prescrição penal**. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEMOS, Ricardo Teixeira. **Prescrição penal retroativa e antecipada: face à competência**. São Paulo: BH, 2003.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 27. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2011.

NAVES, Nilson Vital *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal: doutrina, prática, jurisprudência de acordo com as leis ns. 9.268-96 e 9.271-96**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. 4 de novembro de 1950. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 10/05/2023.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

ANEXO

| Penas (em abstrato ou em concreto) | Prazo | Exceção 1: < 21 no fato ou > 70 na sentença (115, CP) | Exceção 2: reincidente, pretensão executória (110, caput, in fine + SUM 220, STJ) aumenta em 1/3 | |
|---|----------------|--|---|----------------------|
| Inferior a 1 ano | 3 anos | 1 ano e 6 meses | 4 anos | 2 anos |
| 1 a 2 anos (induzimento instigação ou auxílio ao suicídio, lesão corporal simples ou culposa, maus tratos, constrangimento ilegal, peculato culposo , corrupção passiva §2º (deixar de praticar ou retardar ato de ofício) , certidão ou atestado ideologicamente falso, prevaricação, advocacia administrativa, violência ou fraude em arrematação judicial, violação de sigilo profissional...). | 4 anos | 2 anos | 5 anos e 4 meses | 2 anos e 8 meses |
| Mais de 2 até 4 anos (induzimento instigação ou auxílio ao suicídio com lesão grave ou gravíssima, homicídio culposo, abandono de incapaz ou recém-nascido, sequestro e cárcere privado , violência arbitrária, patrocínio infiel, sonegação de papel ou objeto de valor probatório, aborto provocado ou consentido, falsidade ideológica (se documento particular), falso reconhecimento de firma ou letra documento particular , perigo de contágio venéreo, maus tratos com lesão grave, apropriação indébita, furto simples, receptação simples, peculato mediante erro de outrem...). | 8 anos | 4 anos | 10 anos e 8 meses | 5 anos e 4 meses |
| Mais de 4 até 8 anos (lesão corporal grave §1º, abandono incapaz com lesão grave , sequestro e cárcere privado §1º, estelionato, falsidade ideológica (se documento público) , falsificação de documento particular, falso reconhecimento de firma ou letra documento público , usurpação de função pública, exploração de prestígio, excesso de exação §1º , lesão corporal grave, infanticídio, abandono de recém nascido resultado morte, induzimento instigação ou auxílio ao suicídio com morte , abuso de incapaz, incêndio, falsificação de documento público, adulterar chassi de veículo , lesão corporal "gravíssima" §2º, sequestro e cárcere privado §2º dano físico ou moral, redução a condição análoga à de escravo, furto qualificado, receptação qualificada, falsificação de papéis públicos , denúncia caluniosa...). | 12 anos | 6 anos | 16 anos | 8 anos |
| Mais de 8 até 12 anos (estupro simples ou com lesão grave, aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante, roubo, extorsão , lesão corporal seguida de morte, abandono de incapaz com morte, maus tratos com morte, peculato, excesso de exação §2º , moeda falsa, inserção de dados falsos em sistema de informações, concussão, corrupção passiva ou ativa...). | 16 anos | 8 anos | 21 anos e 4 meses | 10 anos e 8 meses |
| Superior a 12 anos (extorsão mediante sequestro, epidemia, envenenamento de água potável ou alimento, moeda falsa §3º condição especial do agente, estupro com morte, estupro de vulnerável , homicídio, feminicídio menor de 14 anos, falsificação produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, roubo §3º). | 20 anos | 10 anos | 26 anos e 8 meses | 13 anos e 4 meses |