



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



GUSTAVO HENRIQUE COELHO HAHNEMANN

**Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e
garantias penais**

Dissertação de Mestrado

Recife
2011

GUSTAVO HENRIQUE COELHO HAHNEMANN

Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais

Dissertação de Mestrado

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de Pesquisa: Linguagem e Direito.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Anamaria Campos Torres.

Grupo de Pesquisa: Teoria da Antijuridicidade e Retórica da Proteção Penal dos Bens Jurídicos.

Recife
2011

Hahnemann, Gustavo Henrique Coelho

Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais / Gustavo Henrique Coelho Hahnemann. – Recife : O Autor, 2011.

139 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Prescrição virtual - Análise - Aplicabilidade. 2. Prescrição da pena - Análise. 3. Extinção de punibilidade - Análise. 4. Prescrição extintiva (direito penal). 5. Prazo (processo penal). 6. Prescrição retroativa - Direito penal brasileiro. 7. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). [Jurisprudência]. 8. Brasil. [Lei 12.234, de 5 de maio de 2010] - Aplicabilidade. 9. Poder judiciário - Brasil. 10. Prescrição virtual - Procedimento judicial mais célere. Título.

343.291
345.077

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2011-013

Gustavo Henrique Coelho Halmemann

“PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PENAIIS”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Dr. Anamaria Campos Tôrres

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas** (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professora Dr. **Teodomiro Noronha Cardozo** (1º Examinador – Faculdade Damas)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão** (2º Examinador interno-UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Recife, 23 de fevereiro de 2011.

Coordenador Prof.º Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, melhor amiga e exemplo, Guadalupe.

À minha esposa Eulina, pelo companheirismo e resignação com que aguentou o sacrifício do nosso convívio durante o período de pesquisa e elaboração da dissertação;

A Felipe e André, pela coragem em apontar tudo o que esperavam de um irmão mais velho, na esperança de lhes ter atendido as expectativas;

Aos amigos da Subsecretaria do Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por me acolherem ainda no início da graduação e me incentivarem durante todos esses anos.

À estimada Professora Anamaria Campos Torres, que muito me ajudou na elaboração de uma dissertação que, em meio à pesquisa doutrinária e jurisprudencial, não se descuidasse das preocupações cotidianas do processo penal, mostrando-me a necessidade de abordagem dos aspectos práticos que atravancam o funcionamento da justiça e comprometem as garantias dos cidadãos.

Ao Professor Cláudio Brandão, pelas observações e críticas cirúrgicas, pelo valioso aconselhamento bibliográfico e, principalmente, pelas apaixonantes aulas a que tive o prazer de assistir desde o 2º período do curso de Direito.

A Carminha e Gilka, pela cortesia no trato dispensado aos alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos meus colegas de curso, sempre presentes na divisão das dúvidas, angústias e vitórias.

RESUMO

HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual**: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

O trabalho analisa a prescrição virtual, nova disciplina dada pelos operadores jurídicos brasileiros à ancestral causa de extinção de punibilidade. Após debater a natureza jurídica da prescrição e desenvolver um resumo histórico do surgimento da prescrição em sua modalidade clássica e de sua evolução legislativa, a dissertação avança sobre as teorias que fundamentam a prescrição na intenção de pesquisar eventual lastro conferida por elas à inovação pátria sem, contudo, furtar-se ao questionamento sobre a seriedade de sua fundamentação teórica. Antes de adentrar no tema, o estudo faz ainda necessária digressão acerca da prescrição retroativa, pressuposto do objeto da pesquisa. O objetivo do estudo é avaliar a aplicabilidade da prescrição virtual bem como sua resistência diante dos argumentos que questionam a violação a princípios constitucionais e legais e, principalmente, a possibilidade de realização de prognóstico nos moldes idealizados pelos seus entusiastas. A dissertação procura realizar ponderação entre os benefícios decorrentes da adoção da nova técnica prescricional na solução dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário e os meios propostos pela doutrina para que o desiderato de desobstrução dos tribunais seja alcançado. Questiona-se até que ponto a celeridade alcançada representa avanço ou comprometimento das garantias conferidas aos cidadãos e da efetividade da tutela penal.

Palavras-chave: Prescrição virtual. Teorias da prescrição. Prescrição retroativa. Garantias. Efetividade penal.

ABSTRACT

HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Virtual prescription:** analysis of its applicability to the principles and criminal guarantees. 2011. 139 f. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

The paper analyzes the virtual prescription, new discipline given by the brazilian jurists to the ancestry cause of the extinction of punibility. After discussing the legal nature of the prescription and develop a historical overview of the emergence of the prescription in its classical form and his legislative developments, the essay goes on the theories behind the prescription in an attempt to find any backing given by them to the brazilian innovation, however, without to evade questions about the seriousness of its theoretical basis. Before embarking on the subject, the study still makes necessary digression about retroactive prescription, assumption of the research's object. The objective is to evaluate the applicability of the virtual prescription as well as its resistance to the arguments that questions the violation of constitutional and legal principles, and especially the possibility of prognosis in the manner envisioned by its boosters. The dissertation seeks to achieve balance between the benefits of adopting the new technique limitation in solving the problems faced by the judiciary and the means proposed by the doctrine that the courts wish for clearance is achieved. It questions how far the speed means breakthrough or compromise of safeguards afforded to citizens and the effectiveness of the penal protection.

Keywords: Virtual prescription. Theories of limitation. Retroactive prescription. Warranties. Quickly. Penal effectiveness.

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Natureza jurídica.....	13
2. Histórico	26
2.1. Origem	26
2.2. A prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro.....	35
3. Fundamentos.....	46
3.1. Quando a recordação do fato criminoso sucumbe ao transcurso dos anos.....	46
3.2. A espera pela pena como castigo suficiente	53
3.3. O dó social enquanto justificação.....	55
3.4. Os perigos de uma sentença lastreada em provas débeis.....	56
3.5. Sobre os efeitos do tempo na reforma da conduta do acusado	58
3.6. A prescrição fundada na maturação psíquica posterior do acusado	61
3.7. Quando o Estado abre mão de apenar o criminoso	63
3.8. O tempo e a sanatória da antijuridicidade penal.....	66
3.9. Analogia civilística	67
3.10. Apontamentos sobre as teorias fundantes à luz de razões de política criminal: por uma teoria da prescrição sintonizada com as demandas atuais do direito penal	69
4. Prescrição retroativa	75
4.1. Fundamento e requisitos.....	75
4.2. Evolução histórica e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	77

4.3. Sobre as mudanças promovidas pela lei ^o 12.234, de 5 de maio de 2010 e sua aplicabilidade.....	83
4.4. A subsistência da prescrição retroativa no direito penal brasileiro	87
5. Prescrição virtual	90
5.1. Definição	90
5.2. A economia processual e a imagem do Poder Judiciário	94
5.3. A razoável duração do processo como garantia constitucional.....	96
5.4. O reconhecimento de um obstáculo: a falta de interesse de agir e a afronta à dignidade da pessoa humana	101
5.5. Princípio da obrigatoriedade: a aplicação do instituto ao alvedrio do Ministério Público	105
5.6. Emendatio libelli, mutatio libelli e os contornos precisos do crime.....	110
5.7. As circunstâncias judiciais e a importância da personalidade do réu para a concretização dos fins da pena	112
5.8. Implicações cíveis	114
5.9. A prescrição virtual e sua conformidade aos princípios constitucionais processuais e penais	116
6. Conclusão	123
7. Referências	129

Introdução

Poucos institutos penais fascinam como a prescrição. A limitação temporal imposta por lei para que o *jus puniendi* estatal possa ser exercido e a sanção efetivamente imposta ao acusado pela prática de delito repercute não apenas na teoria do direito penal, ao envolver temas correlatos como os fins da pena e a tipificação de determinadas condutas. Toca também ao processo penal, haja vista a relevância da adequada disciplina para que os atos processuais obedeçam ao equilíbrio entre a celeridade comprometedora das garantias e a morosidade injustificável para a ultimação dos procedimentos, isto sem mencionar que substancial doutrina finca a razão de ser da prescrição na transitoriedade dos elementos de prova. Não bastassem as discussões jurídicas, encontra espaço ainda o debate sobre a atividade administrativa do Estado na persecução criminal.

Apesar de ancestral, a prescrição frequenta com habitualidade a pauta dos legisladores e, principalmente, dos juristas, sempre a lhe conferir interpretação inovadora ou ousada roupagem.

O estudo da prescrição virtual suscita a análise do percurso da causa extintiva de punibilidade ao longo dos séculos e ordenamentos jurídicos, confrontando-o com seus antecedentes históricos e com o tratamento legal e jurisprudencial conferido atualmente.

Com base nestas premissas, a dissertação visa a contribuir para a apreciação do tema e o faz por meio do estudo de mais uma versão brasileira para prescrição. Para tanto, propõe-se a verificar a conformidade da prescrição virtual com as teorias que fornecem suporte ao instituto em sua acepção clássica bem como em relação ao regramento consubstanciado nos diplomas de regência e, em especial, cotejando-a com os princípios e garantias legais e constitucionais.

Procurou-se incursionar nos motivos que ensejaram a formatação da prescrição virtual, seus pressupostos de aplicação e antecedentes históricos, a fim de

encontrar a resposta para a inquietante questão sobre se mais se acostaria a um importante instrumento de promoção da celeridade dos feitos penais ou se enquadraria apenas como uma tentativa açodada de responder à pressão social e dos meios de comunicação de massa por uma resposta penal em tempo ágil.

Por se tratar a prescrição, como disposto, de instituto há muito presente nos ordenamentos jurídicos, prestigiou-se, na medida em que foi possível o acesso, a doutrina nacional e estrangeira de referência, ainda que não se tenha descartado a contribuição de autores militantes na atualidade, especialmente quando ofereceram à pesquisa leitura que possibilitasse a abordagem de pontos entendidos como essenciais para uma apreciação mais cuidadosa da questão, o que foi obtido, por exemplo, em obras especificamente destinadas ao tema ou, quando não direcionadas exclusivamente, a ele dedicassem posicionamento destoante dos que se limitavam a repetir à disciplina legal.

À medida que a pesquisa avançou, percebeu-se a dificuldade em encontrar material que tratasse reservadamente sobre a prescrição virtual, não apenas devido a sua concepção relativamente recente, mas também por se circunscrever, como adiante se comentará, à realidade brasileira, derivação que é de outra inovação pátria, qual seja, a prescrição retroativa. Daí porque o trabalho se socorreu de publicações pesquisadas na Internet, notadamente quando comenta a lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010 – cuja edição ocorreu durante a pesquisa e que empreendeu significativa mudança no trato da prescrição retroativa.

Optou-se, como forma de evitar a remissão ao texto das leis e da Constituição Federal em material diverso e, de tal modo, facilitar a compreensão da ideia defendida, pela transcrição dos dispositivos legais mencionados na forma de notas de rodapé ou no próprio corpo da dissertação, quando se tratou de legislação nacional não mais em vigor ou estrangeira.

Ainda que sem o objetivo de esgotar a procura pelos reais pontos de estrangulamento no âmbito da justiça criminal, procurou-se, apenas como singela demonstração e no intuito de evitar críticas vazias, comentar acerca de alguns empecilhos práticos no desenvolvimento dos atos processuais que, no sentir do autor, contribuem para

o devido enquadramento da prescrição virtual no cenário das medidas viabilizadoras do procedimento judicial mais célere. Neste ponto, a intenção foi aproximar a pesquisa do cotidiano processual penal e da realidade observada pelo autor em sua incipiente experiência profissional.

A redação da dissertação foi elaborada de modo que não se separasse, em tópicos estanques, o relato dos dados históricos e das posições doutrinárias e, de outro lado, concentrasse no capítulo próprio “Conclusão” a visão global do autor sobre os diversos temas orbitais abordados ao longo do texto. Por julgar ser mais apropriado e eficiente na estratégia de demarcar pontos de vista e mesmo por questão de estilo, preferiu-se a adoção de conclusões parciais quando se tratou de assuntos relacionados que mereciam posicionamento exposto para que a redação pudesse ser conduzida segundo a apreciação entendida como mais correta à prescrição virtual. Também pelos mesmos motivos é que se justifica a proposital insistência do autor em alguns momentos do trabalho no reforço de determinados argumentos tidos como de extrema relevância para que sua leitura do tema pudesse ser compreendida, ciente dos riscos de incorrer em leitura repetitiva e ocasionalmente cansativa. Desta forma, importante o registro de que o último capítulo do trabalho, apesar do título, não esgota todas as impressões do autor a respeito da questão, já que estas podem ser sentidas e, com o perdão do trocadilho, “antecipadas”, ao longo dos tópicos precedentes.

1. Natureza jurídica

Distante de soar acadiana, a discussão acerca da natureza jurídica se apresenta com relevância ímpar para resolver boa parte dos questionamentos surgidos durante o estudo da prescrição penal. O debate adquire contornos ainda mais complexos quando se reconhece a existência de duas modalidades prescricionais – da pretensão punitiva e da pena – que se apartam pelo dado fundamental da existência em apenas uma delas de sentença penal condenatória, ensejando a deflagração de consequências distintas por também serem diferenciados seus pressupostos.

A primeira dúvida que se põe reside no enquadramento do instituto como causa de extinção do crime ou da pena. As hipóteses levam em conta o momento em que se profere o decreto extintivo, o que finda por repercutir em seus efeitos. Não apenas temporalmente, mas também em sua essência as soluções são diversas. A se entender que a prescrição fulmina o crime, possibilita-se a edição de pronunciamento judicial desfavorável ao réu, não somente devido à independência entre as instâncias do direito – o que permite, por exemplo, a sua condenação nas searas civil e administrativa –, mas também porque, a despeito de dispensar a aplicação da pena principal, um rol de efeitos penais ainda remanesce, como a subsistência, verificada em vários ordenamentos nos casos em que se declara a prescrição, da consideração de reincidência e declaração de habitualidade, configuração de antecedentes criminais e agravante para os crimes conexos, ainda que de forma não-unânime. Ademais, extinguindo o crime, o instituto impede a prolação de sentença absolutória, incerta, mas possível. Por outro lado, aceitar a prescrição como causa de extinção de pena nunca implicará em prejuízo para o condenado, uma vez que já estampada previamente em sentença sua culpabilidade.

Giuseppe Bettiol sintetiza que as causas de extinção do crime atacam o próprio direito subjetivo de punir do Estado, na forma de pretensão punitiva hipotética pela afirmação de um crime ainda não constatado e quando em curso procedimento penal, enquanto que as causas de extinção da pena só incidiriam após a realização do processo,

depois que a pretensão punitiva foi reconhecida fundada e, em decorrência, determinada a aplicação da sanção penal (BETTIOL, 2000, pp. 706-707).

A bem da verdade, abundam classificações de toda sorte não somente para a prescrição mas também para alguns institutos que com ela guardam alguma similitude, como é o caso da graça, do indulto e da anistia. Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, apenas para ilustrar a afirmação que ora se faz, tacham-na como “causa de extinção da responsabilidade criminal”, ao mesmo tempo em que informam o tratamento conferido ao instituto por parte da doutrina como “causa de redução de pena” (CONDE; ARÁN, 2004, p. 408). Muitas vezes, nota-se que a divergência se resume a simples terminologia, porquanto na justificativa não se encontra diferença nas concepções de fundo ou nos efeitos atribuídos.

De todo modo, melhor parece tomar a prescrição como causa de extinção da punibilidade, desde que não se considere esta, conforme prefere parte minoritária da doutrina, enquanto elemento do crime, o que terminaria por, tendenciosamente, encaminhar a prescrição à primeira das classificações já mencionadas. Dada a necessidade de tratamento uniforme entre as modalidades prescricionais, ao menos no maior grau possível e em nome da solidez de suas bases, percebe-se que compreender a prescrição em quaisquer das duas óticas – extintiva do crime ou da pena – carrega a tendência de se aproximar, com mais fidelidade, ora à prescrição da pretensão punitiva, ora à da execução da pena. Ao fim e ao cabo é possível afirmar que a prescrição como causa de extinção do crime só pode ser imaginada se fulminar a pretensão punitiva estatal, enquanto que a extinção da pena deve se restringir à fase executória do procedimento.

É de bom alvitre lembrar que a classificação preferida também sinaliza com a supressão, por via difusa, do *jus puniendi* do Estado mas, em oposição a quem considera a prescrição como motivo de extinção do crime, tomar o instituto como razão de extinção da punibilidade implica em desconsiderar a pretensão punitiva como um dado hipotético e lhe conferir possibilidade concreta de incidência embora, por motivos de ordens diversas e que constituem sua fundamentação, seja esta dispensada, sem que negue a existência do fato delituoso em sua plenitude. A vantagem que ora se apregoa em desprezar ambas as concepções não conhece momento processual: deflagrado o acontecimento criminoso,

havendo ou não juízo de valor sobre ele por parte do órgão jurisdicional, forçoso o reconhecimento de que não poderia o Estado fazer valer sobre o acusado ou condenado sua potestade.

Após traçar um cuidadoso paralelo entre os Códigos argentino, chileno, espanhol, português e italiano, entre outros, Aloysio de Carvalho Filho festeja a redação do legislador brasileiro de 1940 quando, ao abandonar a nomenclatura “Da extinção e suspensão da ação penal e da condenação” inscrita no diploma penal de 1890¹, optou por enquadrar determinados fatos jurídicos, entre os quais a prescrição, sob a rubrica “Da extinção da punibilidade”.

De quantas fórmulas, parece, afinal, a do Código brasileiro a mais feliz. Algumas das causas em apreço não levam tão longe seu efeito, que possam ser ditas extintivas do crime, como o fazem os Códigos italiano e uruguaio. O crime, dado que elas ocorram, não deixa, por isso, de existir; da punição, pela infração cometida, é que o ofendido, ou o poder público, conforme o caso, abre mão. As outras fórmulas, referentes à “responsabilidade penal” ou à “responsabilidade”, prestam-se a confusão com as causas dirimentes da responsabilidade, ou excludentes de criminalidade, que são outras, diversas das mencionadas (CARVALHO FILHO, 1979, pp. 62-63).

Antônio Rodrigues Porto noticia que o atual Código Penal italiano adotou a terminologia “extinção do crime e da pena”, superando a redação anterior que trazia “extinção da ação e da condenação”, baseado no pressuposto que é o *jus puniendi*, por parte do Estado, que se esvai, e não somente o *jus perseguendi*, matéria que, gize-se, não é pacífica nem na própria Itália. Rodrigues Porto entende que, ainda que manifestada por redação diversa, a opção representa a concepção do legislador nacional sobre o assunto, mesmo após a reforma do Código Penal empreendida em 1984, embora tenha aquele se absterido de utilizar qualquer denominação especial para as duas modalidades prescricionais, preferindo as expressões “prescrição antes de transitar em julgado a sentença final” e

¹ A redação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 no ponto comentado representou mais uma importação, bastante criticada pela doutrina, do Código Zanardelli (Código Penal da Itália, editado em 1889) e que foi mantida, em termos semelhantes naquele país, por ocasião da edição do Código Rocco, em 1930. Em que pesem as ressalvas, autores como Vincenzo Manzini defendiam o texto por entender que se o fato outrora tido como criminoso não mais pode produzir as consequências próprias aos congêneres, por efeito de uma determinada causa que os exclua, perderia, por seu turno, a qualificação jurídica de crime (MANZINI, 1981, p. 404).

“prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória” (PORTO, 1998, pp. 23-24)².

Destaque-se que o sentido do vocábulo *punibilidade* não é unívoco. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli lhe apontam dois significados, quais sejam, o de *merecimento* e o de *possibilidade de aplicação da pena*. Ambos pressupõem uma conduta típica, antijurídica e culpável, mas, enquanto no primeiro o fato seria punível tão somente por sua existência, no segundo só aconteceria se encontrasse seu lugar dentro da teoria da coerção penal ou, em outros termos, desde que não se justificasse em motivo igualmente idôneo a impedi-lo, que em nada repercutiria na ontologia própria do fato (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2008, pp. 638-637).

Relaciona-se à natureza jurídica da prescrição, ainda, sua pertinência ao direito penal ou processual, matéria que, em que pese doutrinária e jurisprudencialmente fortemente se inclinar no sentido da primeira das opções, rende profícua discussão e divide juristas de escol desde há muito. A relevância prática do tema é indiscutível: a depender de em que corrente se encaixe o assunto, poderá se estabelecer a (ir)retroatividade de lei que provoque alterações nos prazos prescricionais ou acarrete supressões, ainda que parciais, na sistemática do instituto. Considerada como matéria de direito processual, eventual alargamento no prazo prescricional teria aplicação imediata, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*³. Inversamente, se conferidas às normas prescricionais penais a qualificação jurídico-material, necessariamente deveria ser seguida pelo aplicador da lei a disciplina mais benéfica ao acusado⁴. Como se terá oportunidade de discorrer em momento oportuno, o ordenamento jurídico brasileiro viveu essa experiência com a edição da lei nº

² Entretanto, é preciso fazer o registro de que, na redação atual do Código Penal Brasileiro, a prescrição integra o rol das causas que integram o título “Da extinção da punibilidade” (art, 107, IV), observação que parece ter sido deslembada por Antônio Rodrigues Porto.

³ **Art. 2º.** A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal).

⁴ **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

12.234, de 5 de maio de 2010, a qual suscita inquietações ainda distantes de serem esclarecidas.

Com a cessação do *jus puniendi* estatal face ao decurso do tempo, teria o instituto coloração material, por fazer ruir, na origem, o direito do Estado de processar seus criminosos ou lhes executar a pena imposta por sentença. Eduardo Reale Ferrari, embora não concorde com a inteireza dos argumentos, informa que a corrente jurídico-material parte do pressuposto de que o tempo elimina a necessidade do castigo e a exigência de punição, antecipando, de certo modo, a própria fundamentação do instituto com supedâneo na teoria do esquecimento:

O tempo faz com que o Estado renuncie a qualquer espécie de *persecutio*, porquanto impossível de se alcançarem as finalidades da sanção. Os fins da sanção dificilmente serão alcançados, uma vez que, após muitos anos, tornam-se progressivamente ineficazes. A desnecessidade da punição resta bem nítida quando observamos a finalidade da prevenção geral positiva. Esta, representada pelo anseio social, transforma-se em sanção injustificável e inútil a ficar a punição desproporcionada ao delito esquecido (FERRARI, 1998, p. 17).

Vincenzo Manzini, ao conceituar a prescrição penal como uma renúncia do Estado à pretensão punitiva ou mesmo à efetiva prerrogativa de fazer executar suas punições, endossa a doutrina substancial (MANZINI, 1948, p. 523)⁵. No mesmo prumo converge o entendimento de Aníbal Bruno, para quem a prescrição, enquanto “ação extintiva da punibilidade”, incide sobre a função punitiva do Estado quando se mostra inativa em relação a determinado fato durante certo lapso de tempo (BRUNO, 1967, p. 209). Para ambos, implicaria no desaparecimento da punibilidade – tomada no segundo sentido alcunhado por Zaffaroni e Pierangeli – e da pena como sua consequência necessária.

Para Franz von Liszt qualquer que seja a modalidade prescricional abordada, sempre será uma circunstância extintiva da pena, que não impedirá apenas o processo, mas o próprio direito de punir. Não suprimiria unicamente a persecução, mas a própria reclamação penal. Entretanto, ressalta o autor alemão, a prescrição aniquila somente os

⁵ Pelo menos é essa a opinião explicitada pelo autor no tomo V de seu *Trattato de diritto penale*, no capítulo dedicado à prescrição penal em geral (pp. 522 e ss.). Entretanto, no primeiro tomo de sua obra, o autor aduz, taxativamente, ser a prescrição instituição jurídica de caráter misto, apresentando características materiais e formais.

efeitos jurídicos do fato, sem que possa suprimi-lo. Desta forma, entende o fato prescrito, assim como o perdoado, pode ser invocado em matéria de reincidência ou hábito (LISZT, 2003, p. 431).

Há quem prefira a classificação de acordo com a localização do assunto nos diplomas de regência. Antônio Rodrigues Porto, por exemplo, concebe-o como tema de direito material, por constarem dos códigos penais, e não nos de processo, os casos de prescrição, prazos, suspensão e interrupção, entre outros, embora lembre que no tempo do Brasil-Império o assunto chegou a ser regulado pelas leis de processo, situação semelhante à experimentada pela França, onde a prescrição é disciplinada no *Code de Procédure Pénale* (PORTO, 1998, p. 22).

Razão parece ficar com Heleno Cláudio Fragoso, para quem a circunstância de estarem as normas reguladoras da prescrição situadas no Código Penal, e não no Código de Processo Penal, seria irrelevante. Ricardo Teixeira Lemos também desmerece o argumento exclusivamente topológico lembrando, inclusive, a praxe na área legislativa penal de se disciplinar institutos processuais no corpo de leis materiais e vice-versa, além da ainda mais comum hipótese de reunião, em um único diploma legal, de aplicativos com ambas as feições (LEMOS, 2003, pp. 48-49). Prova disso é o caso do Título VII do Código Penal Brasileiro que trata “Da Ação Penal”, disciplinando as situações em que cabíveis a ação pública e a privada e disciplinando, mesmo que de forma superficial⁶, institutos como a representação e o perdão do ofendido. De fato, bastante desprestigiada restaria a seriedade do instituto ao se admitir a variação de sua natureza tão somente ao sabor das conveniências e humores legislativos.

Basileu Garcia, ao analisar a posição do legislador brasileiro, entende que este não foi claro na atribuição do conteúdo do instituto, seja na apreciação da prescrição pela pena cominada, seja pela pena aplicada, mas forneceu elementos para tanto. A certa altura, o próprio autor provoca alguma confusão, o que de certa maneira chancela a problemática que ora se comenta.

⁶ Ainda que aborde a matéria, é honesto que se diga que o tratamento minudenciado da ação penal e dos temas procedimentais a ela correlatos encontra-se no Código de Processo Penal, especialmente nos artigos 24 a 62.

No sistema do código, sublinhado pela *Exposición de motivos*, que, a propósito, se reporta à distinção entre a pena *in abstracto* e a pena *in concreto*, não se menciona, conquanto necessariamente se deva subentender, que o objeto de incidência da prescrição é o direito de punir, sob as formas de direito de ação ou de execução. Nem se alude à prescrição da ação penal (ou do crime), para extremá-la da pena aplicada. O que prescreve, para o legislador pátrio, é a pena – declarada na decisão judicial ou, quando não, no texto que prevê a entidade criminosa (GARCIA, 1956, p. 698).

José Frederico Marques separa a extinção do direito de ação da efetiva impossibilidade do Estado exercer seu direito punitivo, ao mesmo tempo em que critica a terminologia “prescrição da ação”. Para o autor paulista, o crime não faz nascer a ação penal, que lhe é anterior, justamente pelo fato de ser autônoma⁷. Tecnicamente, o que decorre do delito seria a pretensão punitiva. Explica que o Ministério Público apenas possui em abstrato o direito de movimentar os órgãos incumbidos da jurisdição penal, em razão de não ser auto-executável o direito de punir (MARQUES, 1970, p. 314). Não concorda com o autor paulista, contudo, [Francesco Carrara](#), ferrenho opositor do instituto. Em seu entendimento,

Del delito nace la *acción* que produce la condena de un delincuente; de la sentencia de condena nace la *acción* que obtiene la *ejecución* de esa condena. Aunque sean distintos su origen próximo e su fin inmediato, siempre son dos *acciones*, dos manifestaciones extrínsecas de la *actividad* de los *derechos distintos*: el de hacer que se juzgue y se condene, y el de hacer que se aplique la pena al ejecutar la sentencia (CARRARA, 1956, p. 176).

René Garraud, após afirmar que no direito penal a prescrição sempre ostenta a faceta liberatória, sintoniza-se com Frederico Marques a respeito da incidência do instituto sobre o direito de ação decorrente do crime e o aproxima de outras causas extintivas. A esse respeito, inclusive, percebe-se alguma vacilação na doutrina do penalista francês no que toca ao enquadramento da prescrição como motivo de extinção da ação pública – ensejando, inclusive, o tratamento do assunto em capítulo separado em seu *Compêndio de direito criminal* – ou como causa de extinção da sanção penal. De todo modo, para o autor,

O que a prescrição penal se destina a extinguir, com efeito, são os direitos de ação que resultam de *infração* e os direitos de *execução* que resultam de

⁷ Ao propor a referida separação, José Frederico Marques trilha a doutrina inaugurada por Oskar Von Bülow em sua célebre “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais”, publicada na Alemanha em 1868 e tida como referência doutrinária na defesa da independência entre os direitos material e o processual.

condenação. Uma e outra, a *prescrição da ação penal* e a *prescrição da pena* têm pois a mesma natureza: motivam uma supressão de pena. mas os seus efeitos são diferentes. A prescrição em matéria criminal produz, quando extingue a *ação pública*, efeitos análogos ao da *anistia*, e quando faz obstáculo à *execução da pena* efeitos análogos ao da *graça* e estes efeitos a tem a sua causa, não num ato de esquecimento do *poder social*, mas no *lapso de tempo* decorrido depois que a infração foi cometida ou depois que a condenação se tornou irrevogável (GARRAUD, 2003, p. 104).

Firme na ideia de que a prescrição penal incide especificamente sobre a potestade punitiva do Estado, José Júlio Lozano Júnior reconhece, na linha defendida por José Frederico Marques, que o instituto extintivo não se confunde com o direito de ação que lhe é correlato, apesar de não atribuir maior importância ao fato, uma vez que, direta e imediatamente, apenas a punibilidade é afetada e só por via reflexa se prejudica a ação penal (LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 25), o que lhe faz encaminhar a questão ao direito substantivo.

Eugenio Florian, a seu turno, desconsidera a diferença apregoada por José Frederico Marques mas, ainda assim, adota uma posição intermédia, que em muito se assemelha ao raciocínio de Francesco Carrara. Para ele, no caso de prescrição da ação penal, o instituto atua sobre o direito de ação, o que implica, a reboque, na cessação do direito de punir, que não pode ser novamente acionado, qualquer que seja o motivo. No caso de prescrição da condenação, não é esta, propriamente, que se extingue, mas tão somente seus efeitos, especificamente no que toca à execução da pena (FLORIAN, 1899, p. 364).

Na Alemanha, onde a questão da natureza jurídica da prescrição despertou os maiores embates, a teoria que a considera como um instituto de direito material prevaleceu na doutrina e na jurisprudência – que nela enxergavam uma autêntica causa de extinção da pena, dado o fundamento dominante de que haveria desnecessidade do castigo face ao transcurso do tempo – até 1942, ano em que se verificou profunda modificação da posição dos tribunais no sentido de considerá-la como simples obstáculo processual (BARROS, 2007, p. 97; JESCHECK, 1981, p. 1238).

Pode-se dizer que Karl Binding foi, extreme de dúvidas, a maior figura na defesa da prescrição como matéria de direito processual, por enxergar nela apenas uma causa de suspensão ou impedimento do processo. Para o autor alemão, o singelo transcurso

dos anos não carrega o condão de transmutar a punibilidade em impunidade e daí decorre a maioria de suas ressalvas ao instituto bem como a peculiar maneira de conceber sua aplicabilidade. Ainda que não se concorde com sua posição, não se lhe pode extrair a coerência: Binding trabalha a prescrição cimentada exclusivamente em razões de ordem probatória, o que implica na aversão manifesta à prescrição da execução. Justamente por entender a eventual (in)suficiência e transitoriedade dos elementos de convencimento como a pedra de toque para a aceitação do instituto é que o autor apenas a tolera como óbice processual (BINDING apud ANDRADE, 1979, p. 28).

Oscar Nicolás Vera Barros compila posições ainda mais contundentes de índole processual. Após discorrer sobre a doutrina de Sauer, Schönke e Groizard, o penalista argentino relata que os autores mencionados creditam o caráter processual até mesmo à prescrição da pena, por não ser esta nada mais do que a continuação da persecução em que se baseia o processo⁸. A execução seria, assim, apenas uma parte da persecução penal (BARROS, 2007, p. 101). De acordo com Schönke, reconhecer na prescrição caráter material preponderante ou exclusivo seria uma contradição com a justiça e a lógica (SCHÖNKE apud BRUNO, 1976, p. 210). Para o último dos autores citados, o transcurso do tempo traz junto a ele o direito da sociedade, por meio dos órgãos encarregados da aplicação da lei penal, de comprovar os delitos ocorridos e convencer a si própria da responsabilidade dos autores. Note-se, em comum a todos os processualistas, o afastamento da ideia de finalidade das sanções penais e o apego a argumentos de cunho prático relativos à persecução penal.

Reinhart Maurach assemelha a prescrição tanto em sua natureza jurídica como em suas consequências ao indulto. Segundo o autor, um fato não se torna punível pelo início concreto da persecução, mas por sua absoluta e geral cominação penal. Na linha inaugurada por Karl Binding, acredita que um delito não pode ser despojado de seu caráter de injusto por um ato de graça e nem perderá a qualidade de submissão a uma pena pelo

⁸ Neste ponto Sauer e Schönke afastam-se das premissas lançadas por Karl Binding, por achar que o interesse estatal na punição do criminoso se perde até mesmo quando já existe sentença condenatória prolatada, no que insinuam alguma influência da teoria do interesse diminuído entre os processualistas. De fato, este, ao trabalhar a razão da prescrição fulcrada exclusivamente no conteúdo probatório e sua dificuldade de apuração a cada dia passado, não a tolera na fase executória da ação penal, justamente por não haver mais elementos de convencimento a serem formados.

simples transcurso do tempo. Arremata o autor com o pensamento de que sente mais acertado o critério puramente processual, conforme o qual, na prescrição da persecução penal se suspende o processo e na da execução proíbe-se a efetivação do comando condenatório (MAURACH, 1962, pp. 624-625).

A interrelação entre os predicados materiais e formais do instituto propiciou o aparecimento de doutrinas mistas, não menos controversas e repletas de variantes. Há quem encaminhe as duas modalidades do instituto à corrente material-processual, aproximando os fundamentos da prescrição da ação e da execução. Outros, porém, apartam-nas sob a premissa de que cada uma se lastreia em pressupostos próprios. Mesmos entre os últimos grassa alguma divergência no que toca à classificação de cada uma das modalidades prescricionais.

Segundo Frank, a prescrição, em quaisquer de suas facetas, ostenta traço duplo. Defende o autor que, além de ser uma causa de revogação da pena, seria também um impedimento processual. Em primeiro lugar, sucumbiria com o decorrer dos anos a pretensão punitiva do Estado e, nesse sentido, o instituto se constituiria em um motivo de exclusão da pena. Mas, se se resumisse apenas a esse fato, a prescrição se oporia apenas ao castigo, mas não à persecução, o que de fato não corresponde à realidade. Em virtude disso, o tempo extingue também o direito à persecução penal pois, graças a mencionada extinção procedimental é que se garante a não-punibilidade do fato criminoso (FRANK *apud* BARROS, 2007, p. 102).

Robert Von Hippel segue a mesma trilha. Embora destaque que a prescrição é necessária por razões processuais – que impõem ao juiz a apreciação preliminar desta condição processual negativa e encerre o processo sem decidir o mérito –, coexistem motivos de cunho material, uma vez que a pena tardia não é apenas desnecessária, mas também prejudicial. De acordo com o autor, seria impossível ao Estado perseguir todos os crimes cometidos em um espaço de tempo correspondente à vida de um homem. Restaria a encruzilhada: ou abandonaria o *mister* ou o vincularia sua atividade a princípios precisos, solução mais adequada ao Estado Democrático de Direito (HIPPEL *apud* MACHADO, 2000, p. 141).

Ernest Von Beling acredita que certas circunstâncias, quando ocorrem depois do cometimento do fato, acabam com a ação penal já existente: são as causas de suspensão ou extinção da pena. Não se confundem, entretanto, com as causas de exclusão da pena porque até ocorrer uma causa de extinção da pena o autor pode ser punido, ao passo que naquelas a abrangência liberatória seria bem maior, já que a impunidade seria fundada em um princípio. Também não há confundi-las com o direito de acusar, afeto especificamente à seara processual. Após tecer suas ressalvas e definir a prescrição como causa de extinção da pena, o autor alemão promove mais uma separação, qual seja, a de que a prescrição da ação extingiria a extinção da pretensão punitiva (logo, com marcante caráter material), enquanto que a prescrição da pena remete ao direito processual, como uma causa que exclui o direito à execução da sanção penal (BELING, 2002, pp. 158-160).

Edmundo Mezger, adepto da teoria mista em uma conotação peculiar, apenas parcialmente concorda com Ernest Von Beling. De fato, para o primeiro, a prescrição da persecução penal teria caráter ambivalente, pois produziria seus efeitos material e processualmente. Com supedâneo no Código Penal Alemão, destaca, durante o percurso processual apuratório, a incidência variada de normas, como, por exemplo, o prestígio à teoria do resultado no que tange à demarcação do início do prazo processual (a qual sobreleva a importância do dia do cometimento do delito, regra material) e observância, no que diz respeito à disciplina de interrupção e suspensão dos prazos prescricionais, aos postulados do direito processual penal. Por outro ângulo, apenas vislumbra traços processuais em relação à prescrição da execução da pena (MEZGER, 1949, pp. 403-405).

Após destacar que a doutrina mais antiga e a jurisprudência de sua época viam na prescrição uma autêntica causa de anulação de pena, porque com o transcurso do tempo se esquecia a necessidade do castigo, temperando-a com a tendência verificada nos fins da primeira metade do século passado em considerar a prescrição como um simples obstáculo processual, Hans Heinrich Jescheck também prefere a adoção da teoria mista como solução para o problema da natureza jurídica:

Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la necesidad da pena, tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos ordenamientos jurídicos extranjeros permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total (JESCHECK, 1981, pp. 1238-1239)

Aceitar, como o faz hegemônica doutrina, o teor substantivo da prescrição não representa abstrair-lhe a inevitável repercussão processual. É dizer que, ainda que se considere o assunto como afeto à seara material, nem por isso se imagina que consequências processuais não decorrerão da escolha. Muitas das hipóteses de reconhecimento da prescrição se verificam, por expressa disposição legal, quando o processo se encontra em seu limiar ou quando sequer existe a instauração de procedimento criminal, em grande parte das vezes inviabilizado pela constatação da ocorrência da prescrição *in abstracto*.

Antônio Lopes Baltazar, acostando-se aos materialistas, lembra que se a prescrição pode correr antes mesmo da existência efetiva de uma relação processual, não há como lhe despir do caráter material (BALTAZAR, 2003, p. 19). Apenas como exemplo no caso brasileiro, o Código de Processo Penal enquadra como situação passível de absolvição sumária a verificação da extinção de punibilidade do agente (art. 397, IV) e evidencia o cabimento de *habeas corpus* quando houver constrangimento ilegal para, logo adiante, configurar a extinção da punibilidade como hipótese de impetração do remédio heroico (art. 647 c/c art. 648, VII⁹).

A situação torna-se ainda mais emblemática quando se trabalha a prescrição pela pena em perspectiva a qual, conforme se verá com mais vagar adiante, proclama a declaração extintiva em momento bastante precoce com base na projeção da pena a ser aplicada. De toda maneira, o que não se deve perder de vista é o fato de que enquanto o direito material reúne o conjunto de normas destinadas a assegurar garantias e impor deveres aos cidadãos, o direito processual consubstancia um veículo para que tais objetivos

⁹ **Art. 647.** Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

(...)

VII - quando extinta a punibilidade.

sejam alcançados, o que em nada infirma sua autonomia e regramento próprio, mas tão somente lhe confere o traço de servir como instrumento para o exercício da função jurisdicional do Estado.

2. Histórico

2.1. Origem

Não são poucas as divergências verificadas por ocasião da investigação da origem da prescrição, considerada em sentido genérico, a compreender tanto a prescrição civil como a penal. Há quem defenda que o surgimento do instituto esteve afeto ao direito privado e teria ocorrido com as ações temporárias do direito romano, concebidas em oposição às ações perpétuas. Theodoro Mommsen resgata que a República e os primórdios do Império em Roma desconheciam a prescrição da ação penal pública, bem como a das obrigações civis. Apenas como exceção se admitia a prescrição em cinco anos do delito de defraudação de fundos públicos e do adultério, embora o autor não saiba precisar com exatidão a data em que o fato ocorreu (MOMMSEN, 1978, p. 308).

Com a Constituição Teodosiana e a abolição das ações perpétuas, a prescrição foi estendida a todas as espécies de procedimentos por meio da *praescriptio longissimi temporis*, idônea a fulminar o direito de ação e verificável ao cabo de trinta anos, acaso não dispusessem de tempo menor. Segundo Antônio Luís da Câmara Leal, o pretor, investido no poder de criar as ações temporárias por meio da *Lex Aebutia* no ano de 149 a.c., teria estabelecido ao juiz (árbitro)¹⁰ um capítulo introdutório às quatro partes da fórmula¹¹ alcunhado *praescriptio*, que determinaria a absolvição do réu acaso extinto o prazo de duração da ação (LEAL, 1982, p. 4).

¹⁰ No direito romano durante a República, os pretores – que substituíram, pouco a pouco, os cônsules na aplicação da justiça – não julgavam diretamente as causas. Em um primeiro momento, recebiam os litigantes e declaravam as leis e os princípios do direito a serem aplicados, de forma a suavizar o rigor das primitivas leis romanas e orientar a administração da justiça por princípios de equidade e humanidade. Posteriormente, encaminhavam as partes a um juiz, escolhidos dentre os senadores ou pessoas de grande saber. Iniciava-se então a segunda fase do processo, denominada *in iudicio*, na qual o magistrado nomeado decidia a questão de fato conforme a indicação dada pelo pretor (ROLIM, 2000, p. 53).

¹¹ O período formulário foi compreendido entre os anos de 150 a.c. e 250 d.c. e representou uma verdadeira transformação no processo civil romano. As fórmulas equivaliam aos decretos pretorianos e assumiam a forma de cartas com orientações dirigidas aos magistrados, com um resumo da causa e os limites da lide, bem como a indicação das provas a serem produzidas. De acordo com Aldyr Dias Vianna (VIANNA, 1983, p. 2), constavam inicialmente de quatro partes, quais sejam, a demonstração das razões da ação (*demonstratio*), pretensão do autor (*intentio*), permissão ao juiz para autorizar a adjudicação da coisa objeto do litígio a um dos litigantes (*adjudicatio*) e concessão de poder ao juiz ou árbitro para condenar ou absolver o réu

Mommsen destaca que a figura do pretor consubstanciou o império da lei, ao limitar o arbítrio dos juízes no período que antecedeu sua aparição no direito romano. De acordo com o autor, no período inicial do procedimento penal público romano os juízes dispunham de poderes ímpares na condução processual, a qual se processava de maneira inquisitiva, sem presença das partes (MOMMSEN, 1978, p. 44). Ressalta, entretanto, que a substituição se dera de modo parcial, restando ainda significativa parcela de poder nas mãos do juiz:

No quedó en manera alguna abolido con esto el arbitrio del magistrado; aun ahora podía este castigar hechos no fijados como delitos por la ley, sin atenerse a procedimiento alguno determinado de antemano por la misma y fijando la medida de la pena a su arbitrio: tal acontecía, de una parte, con lo relativo al derecho de la guerra, y de otra, con lo relativo al ejercicio de la coercición dentro de la ciudad; pero al lado de esta facultad de coercición libre por parte de los magistrados, empezó también a existir una facultad de juzgar restringida por la ley. A esta judicación penal, considerada en el sentido estricto de la palabra se le asignó un campo reducido en comparación de aquel en que dominaba la coercición penal (MOMMSEN, 1978, p. 37).

Merece referência o registro feito por Miguel Maria de Serpa Lopes de que a gênese da prescrição brotara no âmbito do direito de família e sua aplicabilidade inicial resumir-se-ia a sanar a eventual ausência de formalidades nos casamentos *cum manu*¹², hipótese em que a nulidade seria evitada acaso configurada a convivência conjugal no lapso temporal de um ano (LOPES, 1996, p. 562).

No que toca ao direito público, também existe notícia de que a prescrição teria surgido em Atenas, na Grécia, como forma de extinguir a ação penal, sob o fundamento de que o tempo dificultava a prova do crime (CUELLO CALÓN, 1960, p. 709). Eduardo Reale Ferrari, ao invocar os relatos de Lísias e Demóstenes de que o tempo deveria ter eficácia extintiva para a maior parte dos delitos por tornar difícil e perigosa a

(*condemnatio*). Se as ações não fossem propostas no prazo estipulado pelo pretor no procedimento por ele criado, o próprio, preliminarmente à *demonstratio*, tecia advertência ao juiz para que promovesse a extinção da ação.

¹² Segundo esta espécie de casamento, a mulher saía da esfera de poder do *pater* do seu grupo familiar e ingressava na esfera de poder do *pater* da família de seu marido. Todos os seus bens integravam-se ao patrimônio da família do marido, que passava a administrá-los. Ao revés, no casamento *sine manu* a mulher não se subordinava ao marido ou a qualquer membro da nova família, embora continuasse a relação de dependência com a família de sangue. No século III d.c. esta modalidade de casamento substituiu definitivamente o casamento *cum manu*.

veracidade da prova, também levanta o questionamento sobre se situar no direito ateniense o berço da prescrição penal (FERRARI, 1998, pp. 1-2).

No entanto, a doutrina majoritária se inclina por considerar como marco da prescrição penal a edição em Roma da *Lex Julia de Adulteriis*, datada de 18 a.c., a qual considerava extintas em cinco anos as acusações de estupro, lenocínio e adultério, havendo recalcitrância entre os estudiosos acerca da presença no rol do delito de incesto. Contardo Ferrini ensina que, para as ações penais privadas, o interregno temporal seria de um ano e traz como exemplo a *actio iniuriarum*, que visava defender o indivíduo contra toda ofensa relacionada à honra, à liberdade, ao nome e até às suas relações familiares, contemplando não apenas a sua integridade física (FERRINI, 1899, p. 342).

O prazo quinquenal tinha sua razão de ser: delimitava o acontecimento das festas lustrais, cerimônias marcadas por banhos que simbolicamente lavavam a culpa dos indivíduos, o que associa a prescrição à ideia de perdão. Vincenzo Manzini, ao lembrar as diversas teorias da prescrição, reforça que sua gênese não remonta apenas a ideais de piedade e complacência, mas destaca ainda, por exemplo, a doutrina que a concebe como reação contra a negligência e a letargia dos órgãos oficiais incumbidos da acusação (MANZINI, 1948, p. 529). Posteriormente, o prazo prescricional no direito romano foi estendido aos delitos em geral, com exceções pontuais e, em momento subsequente, alargado para vinte anos, salvo aqueles crimes regulados pela *Lex Julia de Adulteriis* e o *peculato*.

Não se deve olvidar, contudo, que a solução oferecida pelo direito penal à questão é diametralmente oposta à do direito civil, na medida em que a prescrição penal não atinge o direito de ação, mas o próprio direito material, representado na hipótese pelo *jus puniendi* estatal (BRANDÃO, 2008, p. 394). Ademais disso, vale observar, entre tantas, algumas peculiaridades da prescrição civil, quais sejam, o interesse particular que tutela, a renunciabilidade, a impossibilidade de fluência nas situações que envolvam interesse de incapaz e sua dupla faceta – aquisitiva de direitos para o credor e extintiva de deveres para o devedor –, as quais, por óbvio, não se aplicam à seara penal, dado o caráter público do *jus puniendi* e a tutela de valores de toda a sociedade, e não apenas de um de seus membros, em específico. Desta forma, pode se dizer que a prescrição civil é muito mais uma sanção à

inércia do titular de um direito com vistas à estabilidade e consolidação das relações jurídicas do que qualquer outra coisa.

Giuseppe Maggiore menciona o caráter autoritário da norma prescricional, comum a todas as disposições extintivas, no sentido de que consubstancia um mandato imposto pelo Estado aos órgãos responsáveis por fazer valer a pretensão punitiva para se absterem de toda ação repressiva do delito.

De aqui se sigue que la prescripción penal se aplica de oficio en cualquier grado y estado de la causa, sin que el imputado puede renunciar a ella, en tanto que la prescripción civil tiene forma de excepción dejada al arbitrio de la persona privada; y también se sigue que la prescripción penal, por ser independiente de la acción civil, no perjudica a esta, en cuanto mira a restitución y al resarcimiento del daño que nace del delito (MAGGIORE, 2000, p. 364).

Aníbal Bruno engrossa o rol dos que localizam o aparecimento da prescrição no direito romano e acredita que a aceitação da “conveniência e justiça” do instituto, embora tardia, se deveu especialmente a motivos de ordem processual, embora não lhe negue a feição material:

Poder-se-ia alegar para justificá-la que nem a razão, nem a humanidade, nem mesmo o interesse social, tornariam admissível deixar pesar sobre os criminosos indefinidamente a ameaça do processo ou da execução da pena. Mas há dois motivos que realmente concorrem para legitimá-la, um de direito penal, que é haver desaparecido o interesse do Estado em punir, outro de ordem processual, aplicável à prescrição anterior à sentença condenatória, que é a dificuldade de coligir provas que possibilitem uma justa apreciação do delito cometido (BRUNO, 1976, pp. 209-210).

Eugenio Florian noticia que a prescrição, entendida como motivo de extinção da pena em si ou de sua execução foi estranha, inclusive, ao direito canônico (FLORIAN, 1899, p. 340).

O ideal romano inspirou as legislações da Idade Média e culminou com a tendência à redução dos prazos prescricionais. A derrocada do Império Romano trouxe, a reboque, o empobrecimento científico no trato do tema, o que muito se deveu à dominação bárbara e a pouca tradição jurídica daquele povo e que resultou, sobretudo, no aumento dos prazos e das reservas ao acatamento da prescrição, seja por restringi-la à pretensão punitiva, seja por consolidar bom número de hipóteses de imprescritibilidade.

A prescrição penal somente veio a ser aceita no direito penal alemão no curso dos séculos XVI e XVII, sob o argumento de que seria presumida a emenda do acusado, motivo pelo qual não caberia a alegação do instituto nas hipóteses de fuga, cometimento de novo crime ou aproveitamento dos proventos do ato criminoso (LISZT, 2003, p. 431).

Franz von Liszt vai mais longe quando destaca a importância prática da prescrição, bem como a preponderância da realidade fática, ainda que não implique em negação dos valores da ordem jurídica. Segundo o autor:

Si o lapso de um certo numero de annos extingue o direito civil ou os effeitos jurídicos de uma acção delictuosa, não se deve procurar a razão de ser e ao mesmo tempo a justificação intima deste phenomeno em um (*sic*) *força misteriosa do tempo*, productora ou aniquiladora do direito, mas na mesma ordem jurídica que, não tendo por missão a observância rigorosamente lógica de princípios geraes, e sim a realisação de fins práticos, toma em consideração o *poder dos factos* (LISZT, 2003, p. 429).

De todo modo, permaneciam fora do âmbito do instituto da prescrição no ordenamento penal alemão da época os crimes considerados graves, como os de lesa-majestade e moeda falsa. Atualmente, o Código Penal Alemão contempla como imprescritíveis os delitos de genocídio e assassinato, obstáculo que alcança, inclusive, a pretensão estatal de execução da pena. Acerca da disciplina veiculada pelo diploma alemão, merece destaque, ainda, a suspensão do prazo prescricional nas hipóteses em que o autor do delito seja membro do parlamento federal. Por oportuno, transcrevem-se os dispositivos citados:

§78. Plazo de prescripción

(1) La prescripción excluye la sanción del hecho y el ordenamiento de medidas (§ 11 inciso primero numeral 5). El § 76 a inciso segundo primera frase numeral 1, quedan invariables.

(2) Los crímenes realizados conforme a los incisos 220a (genocidio) y 211 (asesinato) no prescriben.

(...)

§ 78b. Suspensión

(1) La prescripción se suspende:

1. Hasta el cumplimiento de los dieciocho años de edad de la víctima en hechos punibles conforme al §§ 176 a 179.

2. Mientras que según la ley no ha comenzado la persecución o no se ha podido continuar, esto no rige cuando el hecho no se puede perseguir solamente porque falta la solicitud, la autorización o la petición penal.

(2) Si se impide la persecución porque el autor es miembro del Parlamento Federal o de un órgano legislativo de un Estado Federado, entonces la suspensión de la prescripción comienza con el vencimiento del día en que:

1. La fiscalía o un organismo público o un funcionario público del servicio de policía tenga conocimiento del hecho y de la persona del autor; o,

2. se presente una denuncia o querrela contra el autor (§ 158 del ordenamiento procesal penal)

(...)

§ 79. Término de prescripción

(1) Una pena o una medida impuesta y ejecutoriada (§ 11 inciso primero numeral octavo) no podrá ejecutarse después del vencimiento del término de prescripción.

(2) La ejecución de penas por genocidio (§ 220a) y de penas privativas de la libertad de por vida no prescriben¹³ (*Tradução para o espanhol*).

Sobre a prescrição da pretensão executória acima referida, vale salientar que, em que pese a provável paternidade da prescrição, é corrente o ensinamento que os romanos desconheciam tal possibilidade¹⁴. Ao comparar as duas espécies prescricionais, Federico Puig Peña assinala que na prescrição da pena existiria uma “rebelião contra o preceito judicial da sentença” e uma declaração de culpabilidade que faltariam na extinção da ação (PEÑA, 1969, p. 450).

Majoritariamente difunde-se que a prescrição da pretensão executória apenas veio a ser desenvolvida com o advento do Código Penal Francês de 1791, o qual resguardou o prazo de vinte anos dos romanos para a execução da pena e três anos para a pretensão punitiva, a contar da data em que o juiz tomou conhecimento do delito, bem como a imprescritibilidade de alguns delitos. Georges Vidal enxerga a modificação e a

¹³ Disponível em: http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf. Acesso em 06 de junho de 2010.

¹⁴ Existe a voz isolada, embora de reconhecida autoridade, de Francesco Carrara no sentido de que a prescrição da pena estava contida no direito romano, até por não vislumbrar segregação essencial entre as modalidades prescricionais. Para o autor, esta corresponderia à *actio judicatio* dos romanos e a execução da pena nada mais seria do que a ação promovida para executar as decisões judiciais, desdobramento do direito de ação (CARRARA, 1956, pp. 185-186).

própria extensão do prazo prescricional não apenas nos seus fundamentos tradicionais, mas agrega um elemento até então pouco combatido, qual seja, a eventual negligência do Ministério Público na promoção e também no prosseguimento da ação penal, em sua fase executória (VIDAL, 1928, p. 829).

Galdino Siqueira entendia capital a diferenciação entre as modalidades de extinção da punibilidade referidas, já que se a prescrição se justifica no esquecimento social, deveria se ter em consideração que o juízo da sentença condenatória se estamparia com cores mais fortes na memória coletiva do que quando apenas existe a ação e a possibilidade de inocência do acusado. Em virtude disto, haveria que se apartar os prazos da prescrição da ação e da execução, como o fez o próprio direito francês, ao estabelecer que este se verificaria no dobro daquele (SIQUEIRA, 2003, pp. 736-737).

Não foi por todos bem aceita a prescrição da execução. Como prova, a reserva de Adolphe Prins, para quem a prescrição da pena “é pura e simples impunidade, constituindo um mal exemplo para as massas, que não se entregam as considerações teóricas dos defensores da prescrição” (PRINS, 1899, p. 562). Francesco Carrara, a seu turno, vaticina que a prescrição da pena depois que o delito já tenha se tornado certo por decisão judicial significa converter a incúria dos funcionários do Estado em dano irreparável para a sociedade ou, como prefere “confessar a debilidade da lei, um insulta à moral e um triunfo escandaloso da delinquência” (CARRARA, 1956, p. 176).

O Código Penal italiano de 1930 não traz referência expressa à prescrição da pretensão executória. Nele, o prazo prescricional baliza-se pela pena máxima cominada ao delito, fazendo distinção se se trata de crime ou contravenção e quanto à espécie de pena cominada:

Art. 157

- Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere -

La prescrizione estingue il reato:

1) in venti anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni;

- 2) in quindici anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a dieci anni;
- 3) in dieci anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni;
- 4) in cinque anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore a cinque anni, o la pena della multa;
- 5) in tre anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'arresto;
- 6) in due anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'ammenda¹⁵.

Pode-se afirmar que, no estágio evolutivo atual dos ordenamentos penais, a prescrição da ação vem recebendo guarida na maior parte das legislações, tendo sido acatada, inclusive, no direito eclesiástico. Não se deve, contudo, descartar o fato de que em certos ordenamentos, como o inglês, por exemplo, a prescrição – sobretudo a da condenação – enfrentou grande oposição (PORTO, 1998, p. 25). A este respeito, bem esclarece Aloysio de Carvalho Filho:

Os ingleses ofereceram severa resistência ao instituto da prescrição, a ponto de o acolherem como exceção, e não como regra. A máxima dominante de que *nullum tempus occurrit regi*, corolário do princípio de que as acusações criminais são intentadas em nome do rei, *para quem não corre o tempo*, permitiu processos muitos anos depois de cometido o crime, sem qualquer limitação no tempo (CARVALHO FILHO, 1979, p. 228).

Mesmo o direito romano admitia a imprescritibilidade para crimes como concussão, parricídio (pela crueldade característica), parto suposto (por já vigorar a noção de que o instituto extintivo não se aplica ao estado das pessoas), heresia e apostasia (haja vista a forte influência do cristianismo). Como prova, o ordenamento jurídico penal italiano não admite a prescrição nos crimes punidos com pena de morte ou ergástulo¹⁶. A justificativa para a imprescritibilidade também poderia estar em considerações de índole subjetiva, nas hipóteses de “perpétua executividade da pena” quando se tratasse de

¹⁵ Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/codigoitaliano.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2010.

¹⁶ Prisão da Roma Antiga na qual ficavam encarcerados os escravos condenados a trabalhos forçados. Modernamente, o termo é tratado como sinônimo de cárcere, prisão, cadeia ou mesmo masmorra e, ao menos no ordenamento jurídico italiano, implica na obrigação de trabalhar imposta ao detento e no seu isolamento noturno. A previsão no Código Penal Italiano consta do art. 22, segundo o qual “*La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno*”.

criminosos reincidentes ou delinquentes habituais, profissionais ou por índole (PORTO, 1998, p. 26).

Luís Jiménez de Asúa, já no início do século XX, noticiava a aversão provocada pela prescrição em parte da doutrina da época, que considerava como “absurdo” a manutenção do instituto extintivo. Conforme expunha o autor, aqueles que estimulavam a imprescritibilidade penal partiam do pressuposto de que se o passar do tempo carrega o condão de apagar as provas do delito, o mesmo não se poderia dizer das tendências dos delinquentes, contra as quais a sociedade deveria defender-se (JIMENEZ DE ASÚA, 1924, p. 294).

Cesare Bonesana defendia que a prescrição penal deveria se circunscrever aos delitos de menor repercussão social, não devendo incidir nas condutas criminosas de maior monta, por não se revestirem do caráter de temporalidade que deve justificar a incidência do instituto extintivo:

(...) os crimes cruéis que permanecem longo tempo na lembrança dos homens, assim que provados, não merecem prescrição alguma em favor do réu, que se livra pela fuga. Nos delitos menores e obscuros, entretanto, a prescrição deve por fim à incerteza do cidadão quanto à sua sorte, pois a obscuridade, envolvendo por muito tempo os delitos, anula o exemplo da impunidade, deixando, entretanto, ao réu, a possibilidade de redimir-se (BECCARIA, 1997, p. 101).

Vai mais longe o Marquês de Beccaria, quando, ao dissecar suas restrições à prescrição penal, apregoa que

Nos delitos mais graves, por serem mais raros, deve reduzir-se o tempo da instrução por causa da maior probabilidade de inocência do réu, devendo aumentar o prazo de prescrição, pois da sentença definitiva de inocência ou da culpabilidade de um homem depende o fim de sua ilusão de impunidade, cujos danos aumentam conforme a gravidade do delito (BECCARIA, 1997, p. 102).

Nos dias de hoje a contemplação de crimes imprescritíveis pelos ordenamentos é cada vez mais estreita. José de Faria Costa raciocina que se os sistemas jurídico-penais já não operam a contento com todos os mecanismos de depuração e de esvaziamento que se tenta encontrar e fazer funcionar, muito mais dificuldade ocorreria se todos os crimes fossem imprescritíveis. Acrescenta, ainda, que mesmo os defensores de uma concepção essencialmente retributiva da pena – entre os quais ele expressamente se inclui – não têm que ficar prisioneiros à ideia de que as doutrinas da retribuição implicam,

quase que inexoravelmente, que, pelo menos, se aceite a imprescritibilidade (COSTA, 2003, p. 78).

2.2. A prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro

Em que pesem todas as reservas manifestadas, a imprescritibilidade marcou o Código Criminal de 1830¹⁷, o qual taxativamente dispunha, em seu art. 65, que as penas impostas aos réus não prescreveriam em tempo algum, inspirado no Código Bávaro de 1813. A própria disciplina da extinção da punibilidade apresentou peculiaridades, conforme os arts. 66 e 67:

Art. 66. O perdão, ou minoração das penas impostas aos réus, com que os agraciar o Poder Moderador, não os eximirá da obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude.

Art. 67. O perdão do offendido antes, ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem, ou possam ter incorrido, aos réus de crimes publicos, ou dos particulares, em que tiver lugar a accusação por parte da Justiça (*redação no original*)¹⁸.

Apesar do aparente rigor com que tratava certos temas como a prescrição, não se pode negar referência à crítica positiva com que o Código Criminal do Império, fortemente influenciado pelos princípios liberais do Iluminismo e do utilitarismo¹⁹, foi

¹⁷ A referência ao Código Criminal do Império de 1830 como marco deveu-se ao fato de ser a primeira legislação afeita ao direito penal no período posterior à proclamação da Independência, já que anteriormente vigoravam as Ordenações Filipinas, que não contemplavam a prescrição penal para quaisquer espécies de delitos.

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 17 de maio de 2010.

¹⁹ A principal influência utilitarista do Código adveio da obra de Jeremy Bentham cujas diretrizes, em apertadíssima síntese e ao que interessa ao objeto do estudo, se apegam à função preventiva geral da pena, daí a resistência em prestigiar a prescrição quando se vislumbrava uma função à sanção que transcendia a mera retribuição pelo delito perpetrado, ao servir de lição para a coletividade (MIR PUIG, 2007, p. 63). O autor procura atrelar os valores morais à busca pela felicidade, propondo uma releitura das ações sociais, que só seriam consideradas úteis na medida em que promovessem o bem comum. Bentham, opositor à causa extintiva da punibilidade em comento, também é lembrado por idealizar o panóptico, projeto de estabelecimento presidiário em círculo que permitia a observação de todas as celas a partir de um ponto central da construção. Para Galdino Siqueira, o apego do Código Criminal de 1830 à orientação filosófica de Bentham, não bastasse constar explicitamente do relatório da comissão mista, revelava a clara compreensão das necessidades do país no traçar as regras fundamentais de imputabilidade e repressão (SIQUEIRA, 2003, 2003).

recebido em outros ordenamentos, impressionando juristas e legisladores pelas ideias supostamente avançadas que trazia, mormente se se considerarem as ordenações pretéritas e o fato de que provinha de um país que acabara de alcançar a independência política em relação à colônia, conforme relata José Henrique Pierangeli:

Mesmo com todos os defeitos assinalados, o Código Criminal do Império do Brasil teve expressiva repercussão na Europa. Provavelmente porque deixou de tipificar uma série de condutas que não atingiam a bens jurídicos alheios, estabelecia uma saída e progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito, vedava a aplicação da pena de morte para os crimes políticos, desenvolvia um grande avanço nas concepções liberais da época (PIERANGELI, 2001, p. 72).

A propalada excelência, contudo, não foi unanimemente considerada, embora seja minoritária a parcela da doutrina que lhe subtrai as virtudes. Nelson Hungria, apesar de destacar que o Código Criminal do Império repercutiu positivamente por boa parte da legislação penal latino-americana, não o isentou de críticas. A própria imprescritibilidade não passou incólume à análise do penalista, nem tanto por questões de mérito, muito mais pela falta de originalidade:

Não se deve, porém, por mero espírito de patriotismo, exagerar o mérito do nosso primeiro Código. As novidades que lhe são atribuídas não passavam de autênticas velharias. Assim, a imprescritibilidade das penas (que o Código bávaro de 1813, anacronicamente, consagrava, em contraste com o Código de Instrução Criminal francês de 1810), a reparação do dano *ex delicto* no próprio juízo criminal (critério residual da *compositio*) e a teoria objetiva da cumplicidade (que, não se sabe por que estranho raciocínio, se entende que, no Código monárquico, foi uma antecipação à teoria positiva sobre a participação no crime) (HUNGRIA, 1967, t. 1, p. 48).

A bem da verdade, os progressos alçados pelo direito penal com o diploma merecem ser analisados *cum grano salis*, havendo certa dose de exagero na magnitude das benesses que parte da doutrina lhe atribui. Eventual avanço se enxerga muito mais no campo político – por representar a necessidade nacional de assumir sua soberania²⁰ – do que propriamente em matéria de maturação institucional da ciência penal. O Código Criminal do Império representou, acima de tudo, um esboço do potencial pátrio em

²⁰ Aníbal Bruno registra que a situação de vida política autônoma da nação exigia uma legislação própria, “reclamada mais ainda pelo orgulho nacional e a animosidade contra tudo o que podia lembrar o antigo domínio” (BRUNO, 1976, p. 178).

fecundar suas próprias normas e dar vazão à produção dos juristas locais²¹, apartando-se da dependência portuguesa, sem que o resultado espelhasse consolidada aceitação de garantias do réu ou contribuição à evolução de conceitos à época efervescentes.

De fato, não se deve olvidar que, a par de servir inspiração para ordenamentos outros e de promover avanços no campo da limitação do poder da autoridade (em contemplação ao princípio da legalidade, como se confere da redação dos arts. 1º e 33), da individualização e detalhamento da execução das penas (art. 33 a 64) e na consagração da menoridade como atenuante (art. 18, 10), trazia em seu bojo disposições criticáveis como a desigualdade de tratamento entre os réus – em especial, os escravos²² – e a falta de definição de “culpa”, havendo referência apenas ao dolo.

No mesmo ano a prescrição foi introduzida no ordenamento pátrio através de lei idealizada por Joaquim Gonçalves Ledo a qual, com o fito de regulamentar dispositivo da Constituição de 1824, instituiu os crimes de abuso de liberdade de imprensa, cuja pretensão punitiva se extinguiria em um ou três anos a contar da publicidade do ato, a depender se ação fosse pública ou privada, respectivamente.

Apenas com o Código de Processo Criminal de 1832 o instituto veio a receber tratamento consolidado, merecendo capítulo específico naquele diploma legal. Nos termos dos arts. 54 a 57, os “delitos e contravenções” decididos definitivamente pelos juízes de paz prescreveriam em um ano para os “delinquentes” presentes em interrupção no distrito e em três anos se “ausente em lugar sabido”, prazos que se alargariam para seis e dez anos, respectivamente, em se tratando de delitos afiançáveis.

Para o acatamento da prescrição, é oportuno destacar o alinhamento do legislador à época à doutrina da presunção de desinteresse do poder público o qual, em que pese dispor de meios para fazer valer o *jus puniendi*, dava provas de sua negligência ao não

²¹ Pela importância de suas obras - que ecoavam o pensamento positivista difundido mar afora - e sem a pretensão de esgotar o rol de juristas que marcaram a época, lembra-se de Cândido Motta, Pedro Lessa, Moacyr Benedicto de Souza e Tobias Barreto.

²² Apesar da Constituição de 1824 estabelecer igualdade formal (“Art. 179, XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”), apenas os escravos se submetiam à pena de açoite, conforme previsão do art. 60 do Código, posteriormente revogado pela lei nº 3.310, de 15 de outubro de 1886.

punir o criminoso de paradeiro indubitado, fundamentação que lastrearia, ainda que não suficientemente, boa parte da legislação vindoura, na medida em que se continuou a fazer referência à presença do acusado no foro do delito ou sua ausência em lugar conhecido. No caso dos demais delitos inafiançáveis e estando o réu presente, o lapso prescricional seria de dez anos. Por seu turno, a obrigação de indenizar seria imprescritível.

A lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, não só alterou os prazos prescricionais previstos no Código, mas também influenciou a repercussão cível do delito, como se percebe:

Art. 32. Os delictos em que tem lugar a fiança, prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes fóra do Imperio, ou dentro em lugar não sabido.

Art. 33. Os delictos que não admittem fiança prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes em lugar sabido dentro do Imperio: estando os réos ausentes em lugar não sabido, ou fóra do Imperio, não prescrevem em tempo algum.

Art. 34. O tempo para a prescripção conta-se do dia em que fôr commettido o delicto. Se porém houver pronuncia interrompe-se, e começa a contar-se da sua data.

Art. 35. A prescripção poderá allegar-se em qualquer tempo, e acto do Processo da formação da culpa, ou da accusação; e sobre ella julgará summaria e definitivamente o Juiz Municipal, ou de Direito, com interrupção da causa principal.

Art. 36. A obrigação de indemnizar prescreve passados trinta annos, contados do dia em que o delicto fôr commettido (*redação no original*)²³.

Segundo Aloysio de Carvalho Filho, a referida lei teve por escopo corrigir os malefícios excessivos veiculados pelo Código de Processo Criminal de 1832 e representou a ascensão, depois de vários anos no ostracismo político, do partido conservador, o qual entrou as tendências liberais de então, por julgar os diplomas penais vigentes perniciosos modelos de comportamento (CARVALHO FILHO, 1979, p. 231). A postura serve para explicar, entre outros, a permanência de crimes imprescritíveis no ordenamento jurídico nacional e o requisito da presença do acusado para o reconhecimento da prescrição.

²³ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>. Acesso em 10 de junho de 2010.

O regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, a pretexto de regulamentar a lei anterior, findou por promover significativas alterações no trato da prescrição e de assuntos a ela correlatos, como o alargamento das hipóteses de inafiançabilidade para delitos como conspiração, resistência ou arrombamento ou acometimento de qualquer prisão com força para maltratar presos (art. 301, 2º) e mais uma reforma dos prazos, retomando, ainda que parcialmente, a disciplina do Código de Processo Criminal de 1832 (arts. 271 a 273).

Ao confrontar os diplomas mencionados, Magalhães Noronha lamenta que o “brilhantismo” com que a consciência jurídica nacional se manifestara quando da elaboração do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832 não tenha se repetido com a edição da lei de dezembro de 1841 e do regulamento nº 120, o que teria ensejado movimentos sediciosos em São Paulo e Minas Gerais (NORONHA, 2003, p. 58). É bem verdade que o autor comunga das deficiências apontadas em relação aos códigos, mormente no que toca ao tratamento desigual imposto aos escravos, mas enxerga que a legislação vindoura referida só veio a empobrecer a cultura jurídica local.

Já no período republicano, o Governo Provisório editou o decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, que inovou ao incorporar ao direito brasileiro a prescrição da pretensão executória. Teve ainda o mérito de abolir a pena de galés²⁴, reduzir para 30 anos o prazo máximo das penas e contemplar a possibilidade da detração penal.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) retratou a necessidade de superação do Código Criminal de 1830. Na sua exposição de motivos, constavam registros positivos ao texto anterior, mas ficava clara a concepção de que não conseguia responder com eficácia às exigências da sociedade republicana no fim do século XIX:

(...) A pratica incumbiu-se de pôr em evidencia os seus não poucos e reaes defeitos. A necessidade de refundil-o ou substituil-o, de há muito reconhecida, é hoje uma convicção geral. Para ella concorre, além da existencia de numerosas leis extravagantes, a circumstancia de que, no derradeiro trintenio, profundas

²⁴ A pena de galés, nos termos do art. 44 do Código Criminal de 1830, sujeitava os réus a “andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde tiver sido cometido à disposição do governo”.

transformações se vêm operando no domínio do direito repressivo. Todos os povos que caminham à deanteira da civilização sentem que as suas leis penaes envelheceram (...) (SILVA, 2004, v. I, Introdução).

O diploma trouxe em dispositivos apartados as duas espécies de prescrição: da ação (art. 78) e da condenação (art. 80). Em ambos os casos, o prazo máximo estabelecido foi de vinte anos. Antônio José da Costa e Silva, um dos principais comentaristas do Código, não percebia dificuldades na separação, por se tratar de mera técnica legislativa. Entretanto, teceu críticas às legislações que, além de reservarem disciplinas diversas para as duas espécies prescricionais, o fizeram de forma a tratá-las em diplomas diferenciados:

O que absolutamente não se justifica é que, como acontece em algumas legislações (por exemplo, na belga e na japonesa), figure uma de taes espécies no código do processo e outra no do direito penal substantivo. O código pátrio trata simultaneamente das duas formas da prescrição (SILVA, 2004, v. II, p. 380).

Conforme disposição expressa do art. 78, gozava de prazo prescricional (e não decadencial) diferenciado o direito de queixa no rapto (que prescreveria em seis meses, a contra da data do cometimento do crime), lenocínio e adultério (cujo prazo era de três meses). O diploma não admitia a imprescritibilidade, a qual ressurgiu com o advento da lei nº 515, de 03 de novembro de 1898, para o crime de moeda falsa nas hipóteses em que o réu fosse domiciliado ou homiziado no estrangeiro, e reafirmada com o decreto nº 4.861, de 29 de setembro de 1924, em relação aos crimes políticos.

Carla Rahal Benedetti relembra as mudanças provocadas no Código Penal pelo decreto nº 4.780, de 1923, que, entre outras, estabeleceu prazos específicos para a prescrição das penas de interdição, suspensão e perda de emprego e, especialmente, passou a estabelecer os prazos prescricionais em razão da pena. A autora deveu-se ao fato de haver divergência entre os referidos lapsos temporais e a redação do Código, sendo a questão resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que houvesse a extensão dos menores prazos em benefício dos réus. A autora sintetiza as principais reformas afirmando que

O decreto de 1923, portanto, estabeleceu nova redação para o art. 85 do Código Penal, em razão da pena prevista para o delito (art. 33), disciplinou prazo para a prescrição das penas restritivas de direitos (art. 34) e estipulou que a prescrição da ação fosse regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei, ou

pela que for pedida no libelo, ou “*pela que for imposta na sentença de que somente o réo houver recorrido*” (art. 35), bem como incluiu o despacho que confirma a pronúncia e a sentença condenatória recorrível no rol das causas interruptivas da prescrição (BENEDETTI, 2009, pp. 56-57).

Heleno Cláudio Fragoso considera que a velocidade com que foi elaborado o diploma de 1890 comprometeu a qualidade de seu conteúdo e implicou em retrocesso em relação ao estágio do direito penal à época.

Elaborado às pressas, antes do advento da primeira Constituição Federal republicana, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então já se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o CP de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo, objeto de críticas demolidoras, que muito contribuíram para abalar o seu prestígio e dificultar sua aplicação (FRAGOSO, 2004, p. 74).

Ao que se vê, a multiplicação de leis esparsas, a sucessão de propostas de emenda ao Código de 1890 e a necessidade de unificação da legislação criminal em um só diploma foram os motivos que ensejaram a consulta ao Desembargador Vicente Piragibe acerca da possibilidade da reunião, que culminou com a elaboração da Consolidação das Leis Penais, incorporada ao ordenamento nacional pelo decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, e que não trouxe alterações de monta no que diz respeito ao trato da prescrição penal. Com o decreto nº 22.494, de 24 de fevereiro de 1933, modificação significativa surgiu no que tange aos prazos prescricionais para os menores de mais de 18 e menos de 21 anos na data da perpetração de crime ou contravenção, os quais foram reduzidos à metade.

Já no período do Estado Novo, Alcântara Machado apresentou anteprojeto de Código Penal notadamente influenciado pelo projeto de Ferri (1921) e com estreita relação com os códigos Rocco, o dinamarquês (ambos de 1930) e o suíço, de 1937 (MARTINS, 1945, p. 102), além de forte contribuição de Virgílio de Sá Pereira. O texto aumentou em metade os prazos prescricionais para os crimes cometidos contra a personalidade do Estado e para os relativos à moeda, títulos de emissão privativos do poder público e marcas oficiais, para quem estivesse no estrangeiro (MACHADO, 2000, p. 109). Além disso, adotava a separação entre prescrição da ação e da condenação e restabelecia os prazos do Código de 1890, alterando o limite mínimo de um para dois anos.

A redação proposta por Alcântara Machado dividiu juristas como Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga e foi remetida a uma comissão revisora por eles composta, a qual aprovou um substitutivo que deu origem ao Código Penal de 1940, atualmente vigente, ainda que significativamente alterado. Criou-se, à época, certo constrangimento acerca da paternidade do novo diploma, haja vista que muito do anteprojeto de Alcântara Machado foi conservado, sem que lhe fossem atribuídos os créditos devidos e tampouco a Sá Pereira, por parte do ministro Francisco Campos. O Código Penal foi sancionado em 07 de dezembro de 1942 pelo decreto-lei nº 2.848 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1943.

Divergências à parte, é fato que o Código Penal de 1940 logrou notável prestígio internacional. De forma geral, pode-se dizer que o diploma não se comprometeu com quaisquer das escolas ou correntes que disputavam o acerto na solução dos problemas penais: conciliava os postulados das Escolas Clássica e Positiva, de modo a aproveitar o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal. Heitor da Costa Júnior destaca o progresso representado pelo novo diploma:

Considerando a influência da legislação fascista e também que vivíamos no Estado Novo quando da promulgação do Código de 1940, poderia parecer correto que nosso código é um código fascista. Taxá-lo dessa forma, apesar de sua severidade, seria incorreto. Hungria e os demais integrantes da comissão revisora eram homens de espírito liberal e construíram um direito punitivo liberal e democrático, na medida em que possa ele sê-lo, pois hoje ninguém mais duvida que o direito penal nada tem de igualitário. No momento da repressão a igualdade dar-se-á tão somente a nível jurídico formal. Ingênuo seria pensar de outra forma (COSTA JÚNIOR, 1982, p. 459).

A redação do Código não mencionava expressamente as duas modalidades prescricionais, optando por se referir à “prescrição antes de transitar em julgado a sentença penal” (art. 109) e “prescrição depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória” (art. 110). Apesar da divergência meramente terminológica, o Código Penal de 1940 acompanhou a legislação de 1890 e estabeleceu prazos idênticos tanto para prescrição da pretensão punitiva como para a executória. Entretanto, permaneciam imprescritíveis as penas acessórias veiculadas na sentença ou decorrentes da condenação (art. 118, parágrafo único).

A nomenclatura que diferencia “prescrição da ação” e “prescrição da execução” apenas voltou à tona com o anteprojeto de Código elaborado por Nelson Hungria em 1963. Depois de ser submetido a várias comissões revisoras, o anteprojeto só foi convertido em lei pelo decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Sua vigência foi, porém, adiada sucessivamente. As críticas que lhe foram dirigidas resultaram em alteração substancial pela lei nº 6.016, de 31 de Dezembro de 1973. Depois de vários adiamentos de sua entrada em vigor, foi revogado pela lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Após o golpe militar de 1964 e a edição do decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969 – que disciplinou inicialmente os crimes contra a segurança nacional –, a prescrição recebeu tratamento mais severo, conforme se percebe:

Art. 52. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos neste decreto-lei:

(...)

b) pela prescrição da pena.

Parágrafo único. Verifica-se a prescrição:

I - Em o dobro da pena máxima privativa de liberdade, cominada ao crime, até o limite máximo de 30 anos, e desde que não se trate de prisão perpétua;

II - Em 40 anos, na hipótese da pena de prisão perpétua ou de morte (*redação no original*)²⁵.

A lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, ao conferir novo regramento aos delitos contra a segurança nacional, inovou ao abolir a pena de morte e a prisão perpétua. Entretanto, no que tange ao instituto extintivo da punibilidade, fez menção apenas à prescrição da pena, em seu art. 48. No mais, admitiu-se que a prescrição da ação continuaria a ser solvida pelas regras gerais do Código Penal.

A atual lei dos crimes contra a segurança nacional (lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983) refere-se tão somente à prescrição como causa extintiva da punibilidade

²⁵ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126023/decreto-lei-898-69>. Acesso em 10 de junho de 2010.

do agente²⁶, sem adentrar nas modalidades aceitas, tampouco fixa prazos para a configuração da prescrição. Por expressa disposição constante no art. 7º, vale destacar que na aplicação da lei se observará, no que couber, a parte geral do Código Penal Militar e, subsidiariamente, a sua parte especial, sendo o instituto largamente dissecado nos arts. 124 a 133.

A reforma empreendida pela lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, no Código Penal Brasileiro, resultou em profundas alterações no trato da questão, que foi largamente esmiuçada. Entre outros, eliminou a imprescritibilidade das penas acessórias e estabeleceu que as penas restritivas de direito prescreveriam no mesmo prazo das privativas de liberdade²⁷.

²⁶ **Art. 6º.** Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei:
(...)
IV - pela prescrição.

²⁷ **Art. 107.** Extingue-se a punibilidade:
(...)
IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
(...)

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

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

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se julgado pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

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

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

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

(...)

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela sentença condenatória, recorrível;

Em termos gerais, a redação tecida da lei nº 7.209/84 permanece até hoje, à exceção de pequenas alterações introduzidas quanto aos prazos prescricionais para a pena de multa e causas de interrupção, conforme a seguir, introduzidas pela lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, e lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007²⁸.

Adiante-se que, no capítulo dedicado à prescrição retroativa, será analisada com mais minúcia a lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que empreendeu importante reforma no Código Penal e sua repercussão para o estudo do instituto.

A Constituição Federal de 1988, em que pese sua forte conotação garantista, promoveu certo retrocesso em matéria prescricional, ao estabelecer casos de imprescritibilidade no artigo 5º, quais sejam, os crimes de racismo (inciso XLII²⁹) e a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inciso XLIV).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em 10 de junho de 2010.

²⁸ **Art. 114.** A prescrição da pena de multa ocorrerá:

(...)

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

(...)

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm#art1>. Acesso em 10 de junho de 2010.

²⁹ **Art. 5º.** (...):

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

3. Fundamentos

3.1. Quando a recordação do fato criminoso sucumbe ao transcurso dos anos

Se não a mais sólida isoladamente considerada, certamente a mais difundida entre as justificativas da prescrição, a teoria do esquecimento apóia-se no efeito deletério do tempo sobre as consequências do crime. Passados alguns anos do delito, a repercussão negativa do fato no seio da sociedade esvair-se-ia, perdendo-se em meio a sucessões de outros fatos tão ou mais relevantes na dinâmica social. O crime é cometido, as pessoas se chocam, a mídia dedica alguns minutos nos telejornais diários ou páginas dos meios de comunicação impressos ao caso (às vezes cadernos inteiros, a depender do prestígio da vítima ou do acusado) até que, em doses homeopáticas, os comentários vão se escasseando a ponto de, meses após o ocorrido, se eventualmente voltar à tona a cobertura jornalística, necessária a elaboração de suítes³⁰ cada vez maiores, a fim de reavivar na mente da população os detalhes da empreitada delituosa. A vida segue e a pretensão do Estado em continuar ou mesmo executar a persecução penal quando não mais remanesceriam lembranças da prática criminosa adquiriria contornos de vingança privada, puro diletantismo, com a perspectiva negativa de revitalizar um episódio que os próprios cidadãos preferem olvidar.

Embora enxergue mais de um porquê para a prescrição, Nelson Hungria atribui ao esquecimento o principal fator a respaldar o instituto. Defende que o interesse estatal atrasado em fazer valer o *jus puniendi* beira a pessoalidade, em flagrante falta de sintonia com a imparcialidade que deve nortear o Estado na condução de seu *munus público*:

A justiça demasiadamente tardia não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação. E, ainda mesmo que haja intervindo, sem subsequente cumprimento, a condenação do réu, a pena, com o transcurso do tempo, acaba por perder o seu cunho de necessidade e seu caráter finalístico: sua serôdia execução

³⁰ Parte final da matéria jornalística que dá seguimento a cobertura anteriormente iniciada e redigida com o escopo de fazer uma breve retrospectiva não apenas para atualizar quem já acompanha a divulgação, mas também iniciar os espectadores que, eventualmente, não tenham tido notícia inicial do acontecido.

já não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho de vingança (HUNGRIA, 1967, p. 112).

Vincenzo Manzini ensina que o decurso de tempo responde pela transformação do fato jurídico em fato natural. Para ele, o desejo implacável de vingança, já na psicologia individual, é excepcional e mostra inferioridade intelectual e sentimental. No que tange à coletividade, seria inconcebível a permanência desse sentimento nas nações civilizadas (MANZINI, 1948, pp. 528-529).

Ainda que se cogite que determinados delitos, pela singularidade que os diferenciariam de outros atos antijurídicos perpetrados no meio social ou mesmo pela crueldade e magnitude de seus efeitos, não se apagariam com tanta facilidade na memória coletiva, a teoria responde com o argumento de que a renovação dos quadros sociais impediria a perpetuação das reminiscências criminosas ao longo das gerações, já que os contemporâneos da punição não seriam os mesmos do crime.

Prudente é a ressalva feita por René Garraud de que o esquecimento aludido pela doutrina não é taxativo, mas presumido. Para o autor francês, o verdadeiro motivo da prescrição penal constrói-se em cima do direito de punir e a presunção a que se refere, a exemplo de todas as presunções jurídicas, lastreia-se na observação dos fatos habituais, não carregando, em seu bojo, nenhuma pretensão inesgotável de certeza absoluta. Entretanto, seria uma presunção invencível, uma vez que estabelecida por lei com o elevado fim de utilidade social.

Com efeito, tornando-se inútil o castigo muito distanciado do delito ou da condenação, porque a lembrança do fato culposos está apagada e porque a necessidade do exemplo desapareceu, o próprio direito de punir deixa de existir para a sociedade. É pois o esquecimento *presumido* da infração não julgada que liberta o culpado das consequências da infração: é o esquecimento *presumido* da condenação pronunciada que o liberta das consequências da condenação. A cessação da *razão de punir* motivada pelo fato de a pena não produzir qualquer efeito, relativamente ao autor do delito como a terceiros, e quando uma perseguição estiver fora de toda a proporção com as dificuldades e incertezas que ofereça a constatação do delito como a perturbação causada a uma situação adquirida, eis pois o que explica a legítima tanto a prescrição da ação pública como a prescrição da pena (GARRAUD, 2003, p. 105).

E. Brun de Villeret raciocina que se a repressão penal é instituída com o fito de sanar o temor derivado do crime, trazendo calma para o alarme social que se instalara naquele dado momento e a resposta penal ocorre a destempo, não há mais inquietação a ser

apaziguada, graças ao decorrer dos anos, o que se estenderia à perseguição e à própria execução penal (VILLERET, 1863, p. 2).

Para os partidários da teoria, a punição não representa implicação direta e intransponível do cometimento do crime, sem que sejam reavaliados seus efeitos e, sobretudo, a função da pena e seu sentido de exemplaridade. Descabe a mera subsunção do fato típico à norma com a respectiva aplicação da sanção ao arrepio de qualquer análise sobre a necessidade de sua imposição. Uma pena extemporânea, em sentido mais amplo, teria questionada sua própria legitimidade.

Aníbal Bruno comenta quão nociva pode significar a consideração desmedida de que a todo crime, como consequência imediata e absoluta, deve corresponder, onipresente, a aplicação da pena, antevendo a repercussão negativa no seio social:

(...) Posto em relação com a idéia da exemplaridade, que se vale do temo dos castigos como compulsão ao respeito da norma, o propósito da intimidação facilmente faz incorrer no erro de abandonar a medida da justiça, já de si incerta e arbitrária, e cair em rigores e iniquidades, que esquecem a consideração da natureza do homem. Esses excessos e injustiças na punição degradam os costumes, embrutecendo os indivíduos e provocando sentimentos de revolta contra a lei e a autoridade. Com isso resulta sacrificada a função educativa com que o Direito Penal procura promover o abrandamento das práticas de convivência e a formação de uma consciência inclinada à paz e à justiça (BRUNO, 1976, p. 47).

Responde com satisfação a teoria do esquecimento algumas questões áridas. A primeira delas diz respeito à diversidade de prazos prescricionais, que oscilam de acordo com o *quantum* da pena em abstrato. Crimes mais graves, que por mais tempo permaneceriam vivos na lembrança da população, prescreveriam em prazos mais dilatados, uma vez que a eles é cominada pena mais severa. Em segundo lugar, justificaria a existência, nos diversos ordenamentos jurídicos, de causas interruptivas da prescrição por, de certo modo, reacender a memória da população. Por fim, há que se fazer o registro que, em determinados ordenamentos, existem prazos diferenciados para a ação e a execução da pena, havendo exasperação na última. Emitido o juízo de culpabilidade do agente após findo o processo penal, menor seria a possibilidade de que houvesse esquecimento, por ser

a certeza da culpa mais marcante do que a simples suspeita a pairar durante o processo de conhecimento.

Karl Binding tece interessante apontamento acerca do pressuposto da teoria do esquecimento. Para o autor, a vingar a tese de que a deslembração exerce influência determinante a embasar a prescrição, ter-se-ia que não é o crime, mas o seu conhecimento que justificaria a imposição da pena (BINDING *apud* SILVA, 2004, p. 374). Nessa toada, nenhum efeito teria o delito enquanto a notícia de sua prática não chegasse às ruas ou às dependências das autoridades incumbidas da persecução penal, o que se verifica inaceitável haja vista que determinados delitos, seja pela astúcia de seus agentes, seja pelo *modus operandi* que lhes é ínsito – e aqui fica impossível não se remeter aos crimes sexuais –, não repercutem imediatamente, quando repercutem.

Ademais, a se admitir a premissa, a data do fato, por questão de coerência sistemática com a disciplina geral do instituto, seria despida de importância prática como marco temporal para contagem da prescrição – mas tão somente a sua eventual informação – o que, como é sabido, não encontra guarida nas legislações em todo o mundo. Conforme é a observação de Edmundo Mezger, para quem a determinação do começo da prescrição imprescinde do momento da ação criminosa, em abono à teoria do resultado (MEZGER, 1949, p. 404). A inclusão do dia do fato para fins de medição prescricional é de tal modo inconteste que, ainda no final do século XIX e início do século XX, Oscar de Macedo Soares já noticiava a polêmica sobre qual deveria ser o *dies a quo*, o da prática ou o seguinte³¹, nunca sem lhe extrair a relevância. Por fim, sinaliza com a adesão ao primeiro momento como inicial, na esteira de Escorel e Bento de Faria, embora registre a discordância manifestada por Ortolan e Carrara (SOARES, 2004, p. 190).

Para seus detratores, a teoria do esquecimento ignora que nem só como retribuição ou prevenção geral pode ser encarada a pena. De fato, quando se cogita da sanção penal deflui a função de compensação a ser prestada pelo criminoso pelo mal perpetrado, como numa prestação de contas à sociedade pelo desvio do padrão de

³¹ A dúvida sobre a (des)consideração do *dies a quo*, ao fim e ao cabo, esconde uma questão menos pacificada, qual seja, a natureza jurídica da prescrição, vez que os prazos de índole material prestigiam a data do acontecimento, ao passo que os de feição processual descartam-no.

comportamento. Impossível também lhe subtrair o sentido de exemplo a guiar a conduta dos cidadãos, os quais terão no caso penalmente censurado o precedente que lhes desmotivaria a incidir na prática criminosa, cientes de que sanção semelhante lhes estaria reservada. Entretanto, foge aos defensores da ideologia que a pena também teria outro papel, tão relevante quanto os mencionados, qual seja, o de promover a recuperação do agente (TRIPPO, 2004, p. 47).

Na mesma linha segue o pensamento de Antônio Rodrigues Porto, para quem a pena teria tríplice efeito: defesa dos cidadãos, intimidação (geral e especial) e reforma do delinquente. Fundamentar a prescrição no desaparecimento da necessidade do exemplo pela obliteração seria “olhar para somente um dos efeitos da pena” (PORTO, 1998, p. 16).

A importância da pena no processo de regeneração social do réu, objeto de destaque da análise dos opositores à teoria do esquecimento, mereceu especial atenção de Francisco de Assis Toledo. Ao sobrelevar o duplo papel da cominação das penas, o autor defende, em um primeiro momento, que o legislador visa a atingir o sentimento de temor ou o sentimento ético das pessoas, a fim de evitar a conduta proibida. Apenas se falhar a ameaça é que se concretiza o preceito secundário penal, passando a atuar sob a figura do réu de modo a ensejar sua emenda ou efetiva neutralização, em complementação ao processo de tipificação legislativa.

Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam. E, ainda que isto possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, pois não se pode negar que pena cominada não é igual à pena concretizada, e que esta última é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isto: verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para a recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres (TOLEDO, 1994, p. 3).

Ana Flávia Velloso mostra-se reticente quanto à eficácia e aplicação do esquecimento aos crimes internacionais, corroborando a imprescritibilidade veiculada no art. 29 do Estatuto de Roma³². Para a autora, diferentemente dos crimes de direito interno

32 Art. 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

ordinário, as consequências dos crimes internacionais, por sua própria natureza, não costumam aparecer no primeiro momento, mas surgiriam *a posteriori* e em escala gradativa:

O caráter específico e grave dos crimes internacionais, enfim, neutralizaria, na esfera internacional, os fundamentos da prescrição. A teoria do esquecimento seria o primeiro pilar a ruir, uma vez que, instalados na memória coletiva, tais crimes tenderiam a se perpetuar, e a impunidade teria sobre a opinião pública efeitos muito mais nocivos que o simples castigo tardio dos criminosos (VELLOSO, 2008, p. 213).

Theodolindo Castiglione discorda, contudo, da observação da autora. A partir da comparação das causas e efeitos de um delito contemplado no direito penal interno – o matricídio – e um célebre episódio criminoso afeto à seara do direito penal internacional – o atentado de Serajevo – o autor questiona o motivo da prescrição apenas se circunscrever ao delito nacional, já que ambos os autores se equiparariam na eliminação de semelhantes. Entende que, subjetivamente, como violador da norma ética, a consciência do matricida revelaria desumanidade e perversidade maiores do que as verificadas no atentado de Serajevo. Castiglione se apoia nos ensinamentos de Vespasiano Pella de que a marcha pacífica do tempo determina, frequentemente, o esquecimento das maldades cometidas até pelos Estados, ousando ir além:

Para evitar, na medida do possível, as perturbações que poderiam provocar as perseguições intempestivas, intentadas depois da violação da ordem pública internacional por infrações previstas no Código Penal das nações, seria desejável que a prescrição da ação penal em matéria de repressão internacional fosse muito mais curta que no direito penal comum (PELLA *apud* CASTIGLIONE, 1967, p. 31).

Corolário da teoria do esquecimento é o pensamento de que os anos abrandariam o interesse da sociedade em encontrar resposta e punição para o crime ou, como prefere Vincenzo Manzini, a pena perderia a finalidade se se gasta mais tempo do que persiste o interesse. O autor italiano chega a tratar em separado a teoria do interesse diminuído em sua célebre classificação (MANZINI, 1948, p. 530). O tempo, e tão somente ele, garantiria subsistência à prescrição, sendo dispensáveis considerações adicionais sobre a figura do acusado ou ao sistema repressivo estatal. Giuseppe Maggiore filia-se ao entendimento e, colocando em segundo plano quaisquer outras justificativas para o

instituto, ressalta que a força natural do tempo cobre de esquecimento os fatos criminosos e anula o interesse repressivo (MAGGIORE, 2000, p. 363). Basileu Garcia relaciona, inclusive, o tempo à equidade, pois, conforme expõe, “A prescrição é equitativa. Tudo passa, um dia. Há de passar, também, e ser esquecida a ameaça do Estado de apanhar o delinqüente. Nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irreduzível” (GARCIA, 1956, p. 696).

Oposta, porém, é a opinião de Eugenio Florian, descrente na adoção assistemática do tempo como remédio para todos os males legados do crime. Segundo o autor, o longo decurso temporal após o crime não pode, por si só, cancelar a temibilidade do delinqüente e, em seguida, remover a razão de atuar a defesa social, embora possa ser considerado como um fator a ser avaliado em combinação com outros (FLORIAN, 1899, p. 342).

Giovan Battista Impallomeni comunga do entendimento de Florian, ao defender que o decurso do tempo deve ser avaliado conjuntamente a eventual alteração no estado das coisas para só então se cogitar da cessação no interesse de punir. O autor acrescenta ainda que a prova de que os efeitos da violação da lei não mais são idôneos a merecer reprovação guarda direta relação com a gravidade do delito, razão pela qual subiste a variedade de prazos prescricionais. Subentende, assim, alguma interferência entre a maior reprovabilidade sobre o crime e a sua permanência na lembrança da população. Enquanto permanecesse viva esta, não se poderia conceber a falta de periculosidade do agente (IMPALLOMENI, 1916, pp. 481-482). Com a devida licença, merece algum retoque a posição do autor italiano. Embora não se deva superestimar e generalizar os efeitos obliterantes do tempo, é certo que determinados delitos remanescem na recordação dos cidadãos não apenas por sua elevada reprovação e a retrospectiva pena cominada. Em verdade, a forma como o delito é perpetrado ou as condições pessoais peculiares dos sujeitos envolvidos, por exemplo, ainda que em violações penais de pouca monta, contribuem bem mais para sua fixação no inconsciente coletivo. Ainda, não parece seguro vincular o processo de regeneração do acusado ao que imagina a sociedade. Se é certa a fluidez da possibilidade concreta de verificação de sua emenda, não menos correto se

afigura o fato de que esta não depende exclusivamente das reminiscências populares, embora o meio que cerca o agente exerça papel fundamental em sua recuperação.

Por fim, cabe lembrar uma última observação, trazida por José Peco na Exposição de Motivos em projeto de Código Penal da Argentina de sua autoria, no mesmo sentido de que a prescrição da condenação pela “influência misteriosa” do tempo careceria de fundamento. Conforme oportunamente lembra o autor, se se exige boa conduta do delinquente no estabelecimento carcerário e no livramento condicional, não se poderia dispensar essa exigência em se tratando de prescrição (PECO *apud* CASTIGLIONE, 1967, pp. 10-11).

3.2. A espera pela pena como castigo suficiente

A teoria da expiação moral entende despidiend a aplicação da sanção penal a quem sofrera as agruras de uma investigação policial ou mesmo de um processo criminal, com todos os inconvenientes deles decorrentes, como a exposição de detalhes de sua vida, o julgamento condenatório não raro antecipado pela sociedade e, sobretudo, a ameaça premente da condenação. O desenvolvimento do processo traria, por seu turno, reflexão do indivíduo sobre seu comportamento criminoso, surgindo como uma espécie de alternativa ao cumprimento da pena, com a ressalva de que não assiste ao réu o direito de escolha. Daí se falar em expiação indireta. Como menciona Basileu Garcia ao resumir o pensamento da doutrina,

Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinquente que logrou subtrair-se à ação da justiça. A pena, possivelmente, deixou de ser-lhe útil, como processo regenerador. De certo modo, ele já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve que atravessar para se garantir a impunidade – antes relativa do que absoluta. O protraimento, sempre arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação de sua culpa (GARCIA, 1956, p. 695).

Sob certo aspecto, apenas alguém após tortuoso caminho processual implicaria violação ao princípio do *non bis in idem*, uma vez que, ao fim, o acusado sofreria dupla punição: uma decorrente da própria sociedade e da pecha de culpado que se costuma

presumir – ainda que os ordenamentos jurídicos prescrevam a presunção de inocência como regra, na prática não é o que se verifica – e outra advinda do próprio sistema penal, acaso julgada procedente a acusação que sobre ele paira.

Presumir os abalos psicológicos do agente após o cometimento do delito e, em específico, precisar sua duração e estimar seus efeitos sobre sua personalidade implica em raciocínio deveras inseguro e de questionada procedência. Eduardo Reale Ferrari chega a classificar a presunção como “duvidosa, falível e reversível”, representando um retrocesso à tese de que haveria, por parte do preso, meditação sobre o mal praticado (FERRARI, 1998, p. 27). Cristiano José de Andrade analisa com cautela a observação que um longo período de espera do acusado por eventual condenação representaria expiação suficiente:

(...) E, realmente, segundo a psicologia, há casos em que o indivíduo, dominado por um complexo de culpa, sente uma compulsão neurótica, inconsciente de auto-explicação, e busca, então, com a prática do crime um castigo com que possa se aliviar. Trata-se de uma compulsão neurótica fundada num superego tirânico. Nesses casos, a pena, ao invés de contenção, é estímulo à delinquência. Em outros casos, o criminoso é portador de um superego (consciência moral) imperfeito, ou, mesmo, inexistente, caracterizado por frieza emocional, ausência de sentimento de culpabilidade, etc. Essa falta de profundidade emocional jamais dará lugar à auto-expiação (ANDRADE, 1979, p. 17)

Em verdade, a pena não se equilibraria com a aflição pois o objetivo da sanção não deveria ser a imposição de sofrimento ao acusado, como ocorrera em épocas passadas. Além disso, como desde há muito observava Antônio da Costa e Silva, o mal da pena e o temor de sofrê-la não são quantidades que possam ser compensadas (SILVA, 2004, p. 374). Acrescenta o autor que a teoria da expiação moral pressupõe um estado de espírito que não se encontra na grande maioria dos criminosos.

Adolphe Prins demonstrava incredulidade com o eventual arrependimento do réu. De acordo com ele, as atribulações sentimentais experimentadas seriam problemáticas e, ainda que reais, menores do que se imagina e inferiores até que as do condenado que cumpre regularmente sua pena (PRINS, 1899, p. 561).

Aloysio de Carvalho Filho lembra o comentário feito por J. A. Roux, em seu *Cours de Droit Criminel Français*, quando afirmava que a vida penosa e carregada de

inquietações do delinquente, quando sob a ameaça de um processo ou da execução de uma pena “é muito mais imaginada pelos autores do que vivida pelo criminoso” (ROUX *apud* CARVALHO FILHO, 1979, p. 218).

Percebe-se que ocorre baralhamento entre os institutos despenalizadores a atuar no caso concreto. De forma alguma desacredita-se na possibilidade de sofrimento do acusado durante o período em que vivesse a expectativa da condenação embora, reconheça-se, que os fatos demonstram não ser esta a regra. Entretanto, se algum benefício tiver que lhe ser concedido ao agente criminoso, certamente não seria o reconhecimento da extinção da punibilidade através da prescrição. Se o foco da questão é apaziguar o sofrimento do réu, o direito penal oferece meios que melhor se adequariam à situação, como o perdão ou a reabilitação. No mesmo sentido é a opinião de J. J. Haus (HAUS, 1889, p. 523) e, entre nós, de João da Costa Lima Drummond, para quem “o caráter fundamental do peregrino acontecimento se relacionará de preferência com o exercício do direito de graça do que com o conceito científico do instituto da prescrição” (DRUMMOND, 1898, p. 65).

3.3. O dó social enquanto justificação

A teoria da piedade comunga dos mesmos fundamentos da teoria da expiação moral, pois insinua que as ânsias e agonias vividas pelo réu o flagelariam e o processo equivaleria à sanção penal, motivando a compaixão por parte da sociedade (MACHADO, 2000, p. 93). Nota-se aqui um quê de subsidiariedade em relação à teoria do esquecimento: ainda que não fosse possível apagar da memória a marca do fato delituoso, o decurso do tempo cativaria a complacência dos cidadãos em relação ao acusado.

A novidade trazida pela teoria implica em mudança do ponto de vista e reside no fato de que o deferimento da benesse estaria submetido à verificação de que a sociedade efetivamente manifestara sua piedade e não somente que o acusado, de algum modo, apresentara algum grau de constrangimento ou sofrimento com a persecução penal, no que se afasta da teoria da expiação indireta. O enfoque subjetivo desloca-se, desse

modo, da figura do acusado para os cidadãos, cujas impressões passam a ter maior significado para a legitimidade da pena.

O pecado da argumentação estaria em extrair do Estado a prerrogativa de dizer o direito não por motivos inerentes a seu mecanismo de aplicação das leis, mas por considerações de natureza meramente subjetivas, variáveis e de difícil mensuração. É como se a sociedade retomassem a parcela de soberania outorgada ao Estado em nome da clemência em relação ao acusado, descartando qualquer função ressocializadora da pena ou apaziguadora do meio.

3.4. Os perigos de uma sentença lastreada em provas débeis

Uma razão de ordem prática atravessa o caminho da justiça penal. Para os processualistas abonadores da prescrição, o decurso do tempo esconde os vestígios, enfraquece a memória das testemunhas ainda vivas, compromete a robustez da perícia. O passar dos anos torna incerta a apuração do fato criminoso, dificultando a defesa e diluindo os elementos formadores da *opinio delicti*. Raream, a um só ritmo, os elementos acusatórios e os álibis do acusado. Como bem ressaltou Eugenio Cuello Calón:

A boa administração da justiça interessa que as provas nos juízos criminais sejam frescas e confiáveis pois as que, por haver transcorrido muito tempo desde o cometimento do delito, perderam seu vigor probatório podem dar margem a graves erros judiciais (CUELLO CALÓN, 1951, p. 709).

A teoria da dispersão das provas – cuja idealização atribui-se a Thomasius, em sua *De praescriptione bigamiae*, datada de 1685 (MANZINI, 1948, p. 530) – talvez seja a que maior contribuição concreta tenha trazido à justificação da prescrição. Não parte de meras ilações ou ponderações individuais e desconsidera argumentos de improvável comprovação. A partir do cotidiano processual penal constatou-se que o tempo não transige com as experiências sensoriais tampouco com a materialidade do delito.

A peculiaridade da doutrina em comento é que não sustenta a prescrição da pretensão executória. Limitada a *ratio* do instituto aos elementos de formação da culpa,

sentido não haveria em estendê-la ao momento em que já houvesse sentença condenatória, não havendo dúvida a ser dirimida que carecesse de produção probatória. Há quem classifique a nota como o calcanhar de Aquiles da teoria, mas outros autores, como Karl Binding, entendem que essa é mais uma demonstração de que a prescrição deveria se circunscrever apenas à ação, porque somente a transitoriedade da prova confere suporte ao instituto (BINDING *apud* BARROS, 2007, p. 83).

Ressalve-se que parte da doutrina penal rechaça a teoria da dispersão processual por entender que as dificuldades probatórias não deveriam servir de lastro à extinção da punibilidade, mas à absolvição do acusado, por força da aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Santiago Sentís Melendo lembra que o termo “prova” advém de *probus* e quer dizer bom, reto, honrado. O que resulta provado é aquilo que corresponde à realidade e essa seria a principal significação da expressão: verificação ou demonstração de autenticidade. O autor manifesta dificuldade em conceber a certeza sobre um fato manifestada em graus, por isso não haveria sentido em falar sobre prova se esta não fosse conclusiva. A respeito, expõe que:

El famoso aforismo “*in dubio pro reo*” como tantos aforismos, parece formulado para os profanos; com relação a hoy, podríamos decir que para emocionar jurados; porque, para um jurista, carece de sentido: sobre la duda no se puede condenar a nadie; al jurado no hay que señalarse el “*favor rei*”, sino convercelo que el caso es dudoso, de que la duda existe; en el momento en que esa duda quede establecida, la decisión favorable al reo se há de producir automáticamente (MELENDO, 1978, p. 86).

A teoria da dispersão, em que pese sua inspiração no óbice imposto pelo tempo à colheita satisfatória das provas de modo a dar sustento a um pronunciamento judicial verdadeiro – o que transcende em vitalidade qualquer outra que se apóie em dados supostos, que pertencem à esfera subjetiva dos cidadãos ou a dos criminosos –, peca, segundo parte da doutrina, por não justificar a existência de prazos prescricionais diferenciados, já que a dificuldade na obtenção dos elementos probatórios não guarda relação intrínseca com a gravidade dos crimes (estes, sim, verdadeiras balizas da maior ou menor extensão dos lapsos temporais). Um crime, por menor que lhe seja a censurabilidade – e, conseqüentemente, a pena cominada – pode render maiores complicações em sua

apuração do que outro, de elevada cominação sancionatória. Ainda assim, prescreverá em menos tempo que o segundo, inquietação, repita-se, que o argumento da dispersão processual não consegue solver. Binding, a seu turno, oferece resposta à objeção levantada pela doutrina. Para o autor, a necessidade de prazos prescricionais, a serem contemplados nos variados ordenamentos jurídicos, derivava justamente da gravidade diferenciada dos crimes pois, quanto maior a magnitude do crime, mais elástico deveria ser o caminho processual por também ser mais forte a conservação dos fatos, acarretando, por via de consequência, fôlego extra à prova a ser colhida. Ao que se vê, alguma razão assiste ao penalista alemão, mas o argumento de que a recordação estendida do episódio criminoso nas hipóteses de maior gravidade, ao menos numa primeira análise, merece aplicação restrita à prova testemunhal.

3.5. Sobre os efeitos do tempo na reforma da conduta do acusado

A teoria da presunção de emenda do criminoso logrou significativo prestígio na América do Sul e considera que durante o tempo que sucede o crime o acusado se redimiou e não voltará a delinquir. No Brasil, encontrou em Galdino Siqueira seu principal expoente³³. Para ele,

A prescrição só se póde justificar, não com presumpções, mas com a realidade, quando se demonstrar que o individuo, por seus precedentes, por sua conducta, pelo gênero do crime commettido, não se tornou temível, e assim, em face de quem peccou, mas soube redimir, é que cessa para a sociedade o interesse de punir (SIQUEIRA, 2003, p. 735).

Posição temperada adota a Escola Positiva. Não nega que os anos tenham idoneidade para reformar o acusado, mas entende que a presunção não pode ser *jure et de jure*. Perigoso seria estabelecer, *a priori*, uma expectativa de regeneração sem que se promovesse a individualização do delinquente. Enrico Ferri, idealizador do projeto do Código Penal italiano de 1921, referência positivista no tema, encampa a tese de que o longo curso do tempo após o crime não anula o medo do agressor nem retira a necessidade

³³ Como reforço, vale destacar que o projeto de Código Penal elaborado pelo autor negava, nos termos dos arts. 48 e 65, a prescrição quando se verificasse a reincidência.

de defesa social, uma vez que o efeito a longo prazo do bom comportamento do agressor é fator que deve ser avaliado em concomitância com outros, e não em caráter exclusivo (FERRI, 1928, p. 342).

Rafael Garofalo acrescenta que seria inaceitável a admissão da prescrição sem que o réu provasse, pela sua conduta posterior, não ser um elemento anti-social e quando a mudança de condições sociais tornasse improvável a reincidência. Rechaça-a nas hipóteses de “grandes delinquentes” da categoria dos assassinos ou dos impulsivos por alcoolismo, quando não tivesse cessado o vício ou ainda os ladrões, enquanto “ociosos ou vagabundos”. Na defesa da linha positivista, preceitua que

Em materia de prescripção a escola positiva não pode acceitar as normas absolutas dos códigos e das theorias feitas à semilhança d'estes. Ella quer que as providencias sejam as reclamadas em cada caso pelas necessidades da tutela social. Exclue a pena por inútil quando pode adquirir-se a prova da completa emenda do réu; pelo contrario, exclue da prescripção todos os delinquentes que pela sua conduta ulterior hajam confirmado o diagnostico de incorrigibilidade (GAROFALO, 1893, p. 448)

Autores modernos levantam como óbice à reabilitação do réu a precária situação das prisões na maior parte do mundo, notadamente nos países subdesenvolvidos, nos casos em que a espera pelo julgamento ocorre com a custódia processual. A miserabilidade das instalações penitenciárias alia-se à falta de planejamento oficial no sentido de oferecer, de maneira sustentável, oportunidades de reenquadramento social, seja por meio do trabalho, do ensino ou de qualquer atividade que lhe faça as vezes. Em realidades como tais, difícil a acatar a presunção de que o sistema franqueia ao agente criminoso meios hábeis de correção e reinserção na comunidade, quando o que se tem de concreto, muitas vezes, é a reiteração de condutas delitivas no próprio âmbito do cárcere.

Também encontram-se vozes que notam aqui possível confusão entre institutos penais. Girolamo Penso, embora admita a validade científica do critério, entende que no caso de emenda do culpado haveria uma espécie de perdão e a essência da prescrição seria outra, não se associando com os efeitos dos anos decorridos (PENSO *apud* ANDRADE, 1979, pp. 19-20). Manzini pensa de forma semelhante e se ressentido da falta do elemento tempo, essencial à própria definição de prescrição, ainda que associado a outros (MANZINI, 1948, p. 530).

Não se pode descartar os efeitos da boa conduta do agente, denotando, ainda que de forma incipiente, mudança positiva de comportamento o que se verifica, à guisa de exemplo, na sua intenção de reparar financeiramente o dano, no comparecimento aos atos processuais ou mesmo na assistência, em sentido amplo, prestada à vítima. No entanto, todas as atitudes elencadas exigem, em maior ou menor grau, o transcorrer de algum tempo, sob pena de se promover, em caminho inverso, julgamento precoce no sentido da absolvição, o que não justificaria a existência da prescrição em prazos mais curtos a qual, além de bastante comum nos ordenamentos atuais, é ainda mais enxuta no direito brasileiro, que contempla de maneira *sui generis* a prescrição retroativa, que toma como parâmetro a pena *in concreto*.

Sente-se o influxo da *praesumptio vitae emendatae* nas legislações que adotaram a reincidência como causa interruptiva da prescrição. É o caso, entre tantos, dos códigos penais do Brasil³⁴ e da Argentina³⁵. O cometimento de novo crime colocaria por terra a noção de que o tempo teria alguma serventia para o acusado em seu processo de readaptação social³⁶. Com a devida vênia, não parece ser esse o melhor entendimento. Isso porque, em códigos penais como o brasileiro, a reincidência só se verifica após o trânsito em julgado da sentença que tenha condenado o agente por crime anterior³⁷. Ora, se prosperasse tal raciocínio, só faria sentido a consideração da reincidência em se tratando de prescrição executória, pois esta pressupõe a imutabilidade da sentença penal condenatória, diferentemente do que acontece com a prescrição da ação³⁸. Se se considerar a

³⁴ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

VI - pela reincidência.

³⁵ **Art. 67.** La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. (...)

La prescripción se interrumpe por la Comisión de otro delito o por la secuela del juicio. (grifos nossos)

³⁶ Braz Florentino Henriques de Souza olha com restrição ainda maior a relação entre prescrição e reincidência. Para o autor, mesmo a prescrição não pode obstar a reincidência em processo posterior “porque se ella o acoberta e o livra da pena merecida, cumtudo não o apaga, não o faz desaparecer; e desde então não há motivo para que não seja o primeiro delicto considerado como elemento de aggravação do primeiro” (SOUZA, 2003, p. 366).

³⁷ **Art. 63.** Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

³⁸ No mesmo sentido assentou o Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva” (Súmula nº 220). Para a Corte, o efeito da reincidência como causa interruptiva deve se resumir à prescrição da pretensão executória (RHC 14.224-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 17.06.2003; HC 88.327-SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 11.09.2008).

possibilidade de regeneração do indivíduo como alternativa viável e tomarmos como parâmetro a duração desarrazoada dos processos penais em casos como o nacional, praticamente não teria aplicabilidade a regra legal. Por outro lado, havendo édito condenatório anterior, não importando a época, sempre lhe deveria ser negado o benefício prescricional. Mais apropriado seria, em atenção à presunção de emenda advinda dos anos, considerar a habitualidade criminosa como causa interruptiva, e não a reincidência. Não raro é confuso e premeditado o tratamento dispensado às duas hipóteses, observação que não passou incólume a análise de Miguel Polaino Navarrete:

La delimitación normativa de las figuras de “reincidencia” y “habitualidad” resulta deficiente y defectuosa, al desconocer la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos, las condiciones personales del autor, y anudarse a ambas categorías consecuencias jurídicas desaconsejadas y contraindicadas desde el punto de vista de la justicia material, precisamente por procederse sobre la base de criterios de mera presunción formativa al establecimiento de la agravación delictiva o del impedimento de substitutivos penales (NAVARRETE, 2000, p. 190).

Cabe ainda destacar que a teoria, na medida em que circunscreve seu âmbito de incidência ao agente e não demonstra preocupação com os cidadãos que o cercam, finda por menosprezar a função de prevenção geral conferida à pena. De fato, como bem aponta Alessandro Baratta, a função de prevenção geral creditada à pena se descola da mensagem individual reservada ao infrator para, mais além, expressar e afirmar os valores e as normas do direito penal, contribuindo para a integração do grupo social em tornos das mesmas e para o restabelecimento da confiança institucional nas normas quebradas pela infração sofrida (BARATTA, 1986, p. 174-175).

3.6. A prescrição fundada na maturação psíquica posterior do acusado

Duas pessoas distintas: a que praticou o delito e a que, anos após, suportará os efeitos da sanção penal. Sinteticamente, essa representa a duvidosa premissa da qual parte a teoria psicológica, segundo a qual o castigo perderia seu sentido por ter o tempo empreendido verdadeira alteração na mente no acusado, de modo a romper o nexo de causalidade que o ligaria ao delito.

A teoria foi formulada por Gabriel Tarde, para quem o tempo abre uma lacuna incolmável entre o agente e o fato em apreciação, tornando a pena órfã de valor e objetivo. Segundo o jusfilósofo francês, a identidade pessoal se modifica e a pena imposta depois de muito tempo findaria por se dirigir à pessoa diferente daquela que praticou o delito. As flutuações que experimenta a personalidade humana seriam, para o autor, menos sensíveis e constantes quanto mais a vida avança, variações que “amíúdam na adolescência e escasseiam na maturidade” (TARDE *apud* CARVALHO FILHO, 1979, pp. 415-416). Nesta linha de raciocínio, aplicada a um estranho, a impunidade persistiria e, mais grave, a pena terminaria por ser cumprida por outrem, ferindo de morte o princípio da intranscendência da pena.

Aqui, mais uma doutrina de improvável comprovação. Seus opositores defendem que as premissas da teoria psicológica retiram a função pedagógica da pena. Questionam se o sentenciado, em processo de efetivo cumprimento da sanção, também não poderia vivenciar as mesmas alterações psicológicas de alguém que, por respaldar-se em artifícios processuais e presunções questionáveis, não teria expiado sua culpa. A reação de cada um aos efeitos da pena – e, em consequência, do tempo a ela pertinente –, seja ele efetivamente vivida ou tão somente esperada, não pode ser estabelecida *a priori*. Nessa linha, oportuna a observação tecida por Ana Messuti acerca da impossibilidade de tratamento igualitário:

A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente “o tempo da pena”, não pode ser a mesma daquele que vive livre da pena. Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena estará imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente (MESSUTI, 2003, p. 44)

Cético, Antônio José da Costa e Silva classifica a hipótese de mudança de natureza íntima do indivíduo que haja transgredido a lei penal pelo simples escoamento do tempo como “pura phantasia optimista” (SILVA, 2004, p. 373).

Ainda que sobre reservas à teoria psíquica, sua repercussão nos ordenamentos jurídicos faz-se notar naqueles que reservam disciplina diferenciada às infrações praticadas por menores, encaminhando-lhes a legislação especial ou destinando-

lhes alguma prerrogativa prescricional³⁹⁴⁰. Aloysio de Carvalho Filho, ao comentar a doutrina de Gabriel Tarde, expôs que

(...) É incontestável a conveniência de facilitar ao egresso da sociedade, culpado de um crime em que atuaram contingências peculiares de idade curta, o mais breve reingresso na coletividade social, para o trabalho lícito e prestante, a que o habilitam, mais que nunca, as suas energias moças (CARVALHO FILHO, 1979, p. 415).

3.7. Quando o Estado abre mão de apenar o criminoso

Embora tratadas como teorias distintas, a comunhão da ideia de que alguma forma o Estado manifestou sua intenção em não persistir na persecução penal permite a reunião em uma só diretriz das teorias que apregoam a suposta leniência ou a perda de interesse dos órgãos oficiais em dar prosseguimento à perseguição penal em juízo do acusado. As hipóteses, tratadas de maneira apartada pela doutrina, se aproximam porque a demora na finalização do processo criminal sugestionaria conduta letárgica do mecanismo policial e judiciário, com a diferença de que, no caso da presunção de negligência, configuraria atitude censurável, passível de responsabilização administrativa e criminal⁴¹, ao passo que o simples desinteresse, nos termos em que difundida a doutrina, resultaria de atividade deliberada e consciente, não merecendo reprovação disciplinar.

É de bom alvitre destacar que em boa parte dos casos a apuração é demorada, sem que se possa cogitar de falta a ser imputada ao Estado. As próprias

³⁹ No Brasil, à guisa de exemplo, a lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) disciplina a prática do ato infracional e suas consequências (art. 103 e ss.). Além disso, o art. 115 do Código Penal reduz pela metade o prazo prescricional quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos.

⁴⁰ A própria temática da menoridade penal prova como a imaturidade do acusado pode repercutir na reprovação a ele dirigida. Relatório divulgado pela Fundação das Nações Unidas para a Infância (Unicef) em 2005 demonstra a tendência mundial à redução do patamar. Como exemplo, cite-se que, na América do Sul, Brasil, Colômbia e Peru mantêm a inimputabilidade penal para os menores de 18 anos, faixa que é reduzida para 16 anos na Argentina e Chile. Nos Estados Unidos, a menoridade oscila entre 6 e 18 anos, a depender do Estado. Na Europa, a Escócia considera como penalmente responsáveis os maiores de 8 anos de idade. A situação é ainda mais emblemática no continente asiático, haja vista o excessivo número de países em que a idade mínima para o cometimento de crimes é de 7 anos (Bangladesh, Índia, Myanmar, Paquistão e Tailândia).

⁴¹ Ainda que de forma embrionária, enxerga-se uma das observações contrárias à adoção da teoria, porquanto ao ensejar a prescrição em determinado feito e abrir o caminho da justiça penal ao agente negligente, estar-se-ia incidindo em círculo vicioso, sem que o problema de fundo obtivesse solução a contento.

exigências processuais, em especial o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa – que demandam maior vagar na marcha dos autos – e a falta de colaboração com as atividades judiciais, muitas vezes devido a expedientes protelatórios manejados pelo acusado, ocasionam a delonga, sem que se possa tachar de negligente a conduta estatal. Acrescente-se ao quadro, ainda, a ausência involuntária de condições materiais para o apropriado desenvolvimento do trabalho de investigação e colheita de provas.

Francesco Antolisei mostra simpatia à teoria. Segundo o autor, o decurso do tempo normalmente reduz o interesse do Estado não só em perseguir o crime mas também para fazer valer a pena que tenha sido imposta, já que os órgãos oficiais se contentariam com o desaparecimento da memória dos fatos e das consequências sociais deles advindas. Acrescenta ao seu pensamento argumentos processuais ao comentar que, nas condições expostas, quando a investigação não tenha tido lugar ou o processo judicial não tenha chegado a uma condenação final, aumentariam, ao longo do tempo, as dificuldades no recolhimento das provas em virtude do desaparecimento de testemunhas e dos traços do crime (ANTOLISEI, 1969, p. 588).

Ainda que encontre algum eco em abalizada doutrina⁴², a suposta carência de motivação estatal não passou despercebida à pesada pena de Francesco Carrara, segundo o qual reconhecer o desinteresse oficial no seu mister criminal seria colocar o Ministério Público acima da lei, que para ele é soberana como para qualquer outro cidadão. Para o autor, o Ministério Público, mais do que o direito, tem o dever de exercer a ação e fazer executar as condenações e, se crê que não deve exercer uma ação, não se abstém por entender que configura uma faculdade, mas porque, sendo “juiz de seus próprios deveres”, entende que nesse caso não se lhe incumbe o dever de obrar (CARRARA, 1956, p. 176). Vincenzo Manzini, a seu turno, menciona que a negligência e má condução do exercício funcional penal como fundamentos da prescrição tiveram seu espaço no sistema do processo acusatório romano, mas não mais encontram motivos de subsistência (MANZINI, 1948, pp. 529-530).

⁴² Ilustram ainda o rol dos defensores da perda do interesse estatal Gonzalo Yuseff Sotomayor e Giuseppe Bettiol.

Diferente leitura promove José Frederico Marques acerca da precária atuação estatal como fundamento para a prescrição penal. Ainda que atribua ao Estado e à letargia de seus órgãos a causa do instituto, entretanto, não lhe confere o caráter de punição ou mesmo de abdicação voluntária que Carrara e Manzini. O autor evita tecer comentários de qualquer ordem sobre a omissão na persecução penal e sua análise na fundamentação da prescrição tem o tom de que bastaria a mera constatação de uma atuação oficial deficiente, sem qualquer referência ao dolo de seus agentes, para a justificação. Segundo vê o autor, a renúncia estatal apenas pode ser focalizada no período antecedente à introdução da norma penal na legislação, e não no plano de sua aplicação, após estar promulgada. Afirma o autor que

É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinquente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva (MARQUES, 1966, p. 403).

Em verdade, assiste razão ao autor brasileiro quando entende a imputação ao Estado das razões que sustentam a prescrição apenas se concebe se enfocada no momento pré-legislativo: a atuação deficitária e o desinteresse sugeririam a probabilidade de uma persecução penal temerária não podendo, por isso, ter prosseguimento. A questão demanda, entretanto, o aprofundamento das críticas à doutrina em comento. Por certo, uma vez incorporada ao ordenamento a causa extintiva da punibilidade e verificado o transcurso do tempo necessário a sua constatação, não sobraria alternativa aos órgãos oficiais se não acatá-la. Abdicação ocorre, é verdade, mas apenas no contexto que o próprio Estado previamente estabelece, por meio de leis que regularmente edita no exercício de sua soberania.

Ao revés das demais teorias, as doutrinas estatais pouco encorpam o estudo do tema por desestimular incursões filosóficas nos seus pressupostos uma vez que, enquanto naquelas admite-se, em maior ou menor grau, a pesquisa e a manutenção de suas raízes durante o percurso processual (Teria o acusado se emendado? A emenda deve ser presumida? Poder-se-ia cogitar de debilidade das provas na fase executória? Os cidadãos ainda lembrariam do delito, ou melhor, seria esse um dado relevante?), nestas a análise se resume apenas ao período anterior à consagração do instituto e, nesse sentido, admite-se,

ainda que com alguma dificuldade, a possibilidade da máquina estatal reconhecer, em hipóteses pontuais e genéricas, sua dificuldade em apurar e pronunciar o direito em tempo razoável e com teor confiável de certeza, merecendo, em nome de princípios como a continuidade do serviço público e da segurança jurídica, estabelecer balizar temporais que, acaso não cumpridas, implicariam na supressão de seu poder punitivo.

Por outro prisma, reconhecida pelo ordenamento e iniciado o procedimento, como aceitar, em um Estado Democrático de Direito, a ideia de que o poder público, *sponte sua*, determine sua própria abstenção de atuar sem que não se lhe possa condenar a opção? Em outros termos, enquanto ainda não configurada a prescrição, deve o Estado nortear seu mister com a mesma dedicação que ostentaria se o prazo ainda não tivesse se iniciado, mesmo que pareça utópica a afirmação que ora se faz.

3.8. O tempo e a sanatória da antijuridicidade penal

A teoria da extinção dos efeitos antijurídicos mereceu destaque por parte de Vincenzo Manzini e, como se afigura constante na obra do autor italiano, apegar-se ao fator tempo como principal fator a ensejar o reconhecimento da causa extintiva. Desta feita, os anos incidiriam negativamente junto aos próprios elementos do crime, no caso, retirando-lhe a desconformidade ao direito. Não apenas a punibilidade⁴³, mas a própria essência criminosa restaria desfeita⁴⁴.

Manzini ressalta que o poder de punir realmente advém da prática de um crime, mas esta não pode ser considerada como entidade indescritível de um passado remoto, mas como uma realidade produtiva que o direito penal deve punir e erradicar. Por isso, e em atenção à sintonia necessária entre os postulados penais e os reclamos atuais da sociedade – que não pode por mero capricho insistir na perpetuação de um fato que não

⁴³ Adotou-se aqui a corrente majoritária que entende não integrar a punibilidade a definição tripartite de crime.

⁴⁴ No Brasil, a teoria da extinção dos efeitos jurídicos como suporte à prescrição manifestou-se de forma contundente no Código de Processo Criminal Brasileiro de 1832 e no regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.

mais mereceria reprovação –, os efeitos antijurídicos podem desaparecer mesmo sem a reação da pena, somente pela ação abrasiva do tempo (MANZINI, 1948, p. 530).

Na mesma tendência segue Ernst von Beling, ao sugerir que o tempo estabiliza determinadas situações contrárias ao direito. De acordo com ele, a prescrição descansa sobre a consideração de que o ordenamento deve reconhecer como jurídicos certos estados muito tempo subsistentes, atingindo assim a causa de sua própria firmeza. Por essa razão, devem se consolidar as situações anormais e não subsistir um estado permanente de incerteza (BELING, 2002, p. 159).

Quando menciona hipotética extinção do crime, é importante que se diga que, para que seja devidamente tratada a teoria, deve se evitar qualquer menção a noção naturalística do crime, enquanto episódio histórico. Somente merece ser subtraída do fato criminoso sua relevância jurídico-penal em seu aspecto mais significativo, qual seja, a aplicação da sanção e encaminhado ao mundo da natureza e a outras searas do direito. Acaso não lida sob estas lentes, erro que não raro se comete, difícil seria atribuir seriedade à doutrina em apreço. Segundo Giuseppe Bettiol, uma série de efeitos penais continuam a emanar do crime, em razão do que é conveniente reconhecer que a extinção não atua sobre o crime considerado *in totum*, mas apenas sobre seu momento substancial (BETTIOL, 1976, p. 707).

3.9. Analogia civilística

Historicamente, a prescrição deita suas raízes no direito civil e seria o argumento analógico o principal fator que justificaria a extensão do instituto à seara penal. De maneira semelhante à possibilidade de aquisição do direito face ao decurso do tempo, propugnam seus adeptos que também restaria ao acusado a prerrogativa de ter extinta sua punibilidade.

Na prescrição civil, tem-se uma atitude negligente do titular do direito na defesa de suas prerrogativas e essa postura inerte é reprimida pelo ordenamento jurídico,

não apenas como retaliação por seu desleixo, mas principalmente para consolidar relações jurídicas que já se estabeleceram na expectativa da sociedade e, especialmente, do devedor. Preservam-se, em especial, os valores da segurança jurídica e apenas em segundo plano a tranquilidade social. Semelhanças com a prescrição penal há, é verdade, mas tem fundamental importância o fato de que, na seara criminal, o interesse coletivo prepondera sobre os desejos privados que, no mais das vezes, se resolvem em relações de crédito e débito. Em regra, a prescrição civil tem feição aquisitiva, sendo a eficácia extintiva naquele ramo do direito mais simpática ao instituto da decadência, ao passo que no direito penal a prescrição tem caráter preponderantemente liberatório, vez que consubstancia causa extintiva da punibilidade. Sintetiza Giuseppe Bettiol,

A prescrição incide também no campo do direito civil sob a pretensão (ou sobre a ação, segundo opiniões), atendendo a uma necessidade social de que os direitos não acionados sejam considerados extintos com o decurso do tempo. Mas, no campo do direito civil, é sempre o interesse individual que há ser primeiramente considerado, dado que a prescrição deve ser excepcionada no processo pelo interessado, enquanto no campo do processo penal é o juiz que deve aplicá-la de ofício, em qualquer grau ou estado da causa. No setor penal, é ângulo do interesse estatal que nos devemos antes de tudo situar para a compreensão do funcionamento da causa de extinção do crime (BETTIOL, 2000, p. 717).

Em termos práticos e feitas as devidas compensações, é como se o decorrer dos anos gerasse para o acusado a posse da impunidade, motivo para as não incomuns críticas feitas à suposta similaridade entre as facetas civil e penal do instituto. Villeret não concebe que a posse de um estado em oposição à lei possa ter o efeito de expungir a criminalidade de uma infração cometida (VILLERET, 1863, p. 4). No mesmo sentido se posiciona Francesco Carrara, para quem não se afigura possível atribuir eficácia jurídica a um estado contrário ao direito (CARRARA, 1956, p. 179).

Para Aloysio de Carvalho Filho, tratar o fundamento do instituto com supedâneo em suposta “posse da impunidade” é algo ilógico, pois a prescrição, dada seu caráter público, é estabelecida no interesse da sociedade, e não do criminoso. Prossegue o autor:

A negligência da sociedade em cumprir o dever legal de punição do delito não cria para o acusado nenhum direito, muito menos um direito à impunidade, como seria se houvesse valor a doutrina em apreço. A prescrição é meio necessário de compatibilizar a justiça penal com a realidade dos fatos, nunca um instrumento de impunidade ou um estímulo à criminalidade. Desonera o criminoso de suas

obrigações penais, não porque tenha ele conquistado, à custa da incúria alheia, esse privilégio de isenção penal, mas porque justiça tardia é justiça intempestiva, o que vale dizer, falha nos seus objetivos práticos e, pois, sem bases jurídicas e morais (CARVALHO FILHO, 1979, p. 221).

3.10. Apontamentos sobre as teorias fundantes à luz de razões de política criminal: por uma teoria da prescrição sintonizada com as demandas atuais do direito penal

Uma análise sistemática aponta que, dentre os fundamentos utilizados para alicerçar a prescrição penal, nenhum deles, por si só, tem capacidade de sustentar o instituto. As teorias que o embasam passeiam por motivos de ordem sociológica, cultural, psicológica ou jurídica e, comumente, o que se verifica é sua utilização de forma combinada. Em comum entre todas, apenas a virtude extintiva do tempo, como apregoou Luís Jimenez de Asúa (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1924, p. 293).

Apenas como ilustração, algumas opiniões corroboram a tese.

Georges Vidal defende que a prescrição baseia-se na negligência em relação ao delito, na cessação da perturbação causada pelas suas realizações e no desaparecimento ou na incerteza das provas resultantes de testemunho e na memória dos homens ainda frágil (VIDAL, 1928, p. 829).

Como não imaginar, por exemplo, que das angústias internas sofridas pelo acusado não decorra sua regeneração? Carvalho Filho, antes de arrematar a prescrição como uma necessidade de defesa social, sugere aproximação entre as teorias:

Com a teoria das tribulações morais do foragido tem íntima afinidade o argumento da presunção de emenda do delinquente. É usual que os dois fundamentos apareçam juntos. Não dá mostra de arrependido da falta que cometeu quem persiste em conduta incorreta. O tempo decorrido sem nova infração penal, sem desrespeito, por mínimo que seja, às sanções legais, faz presumir a regeneração. Arrependimento e regeneração são, pois, situações coincidentes (CARVALHO FILHO, 1979., p. 219).

René Garraud, como visto acima, sobreleva o efeito do esquecimento como motivo para a desnecessidade de aplicação da sanção penal. Entretanto, ainda que tacitamente, não se resume àquela teoria, pois acena com certa afeição aos postulados das

teorias sociais, na medida em que não vislumbra nenhum sentido de exemplaridade em uma pena aplicada a destempo.

Reinhart Maurach, por seu turno, apresenta visão ampla acerca da fundamentação da prescrição, sem perder de vista as noções de fragmentariedade e subsidiariedade que orientam o direito penal e as funções da pena. O autor lastreia seu posicionamento em observações que resumem, ainda que de forma sintética, as teorias expostas:

Certamente pelo simples transcurso do tempo não se pode considerar um fato como não acontecido, porém o direito penal não terá, geralmente, motivo para intervir. O transcurso do tempo exige a necessidade expiatória, limitada sempre a determinado âmbito temporal; nesses casos deixa de existir a pena retributiva em sua função de “relativa” ou “psicológica” realização do direito. Assim mesmo, as necessidades de prevenção especial existentes por ocasião da comissão do delito, podem desaparecer ou perder seu sentido: quem é julgado por um ato distante e esquecido não sentirá a aplicação do *nudum jus* como intimidação, mas como exasperação da pena. A limitação está em harmonia com a convicção jurídica popular. Também do ponto de vista processual está justificada a prescrição: com o transcurso do tempo se dificulta a averiguação do fato e da culpabilidade e aumenta o risco de erro nas sentenças (MAURACH, 1962, p. 624).

Aníbal Bruno, apesar de conferir relevo ao tempo como fator de alteração e consolidação de relações jurídicas, realidade que não merece passar despercebida ao senso realista do direito, adere à corrente que defende a não-exclusividade dos motivos adotados pelos diversos ordenamentos ao longo dos séculos como suporte à prescrição:

A indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a exigência de justiça dos ofendidos. Assim também, com o tempo, vai-se mudando o réu em outro homem, esquece ou deforma a imagem de seu crime, e a pena, quer como instrumento de expiação, quer como instrumento de emenda, já não encontrará o mesmo sujeito, como saiu, com a sua culpa, da prática do delito, para nele aplicar-se com eficácia e justiça. Perde a pena o seu fundamento e seus fins, e assim se esgotam os motivos que tinha o Estado para a punição. Além disso, o fato cometido foi-se perdendo no passado, apagando-se os seus sinais físicos e suas circunstâncias na memória dos homens, escasseiam e se tornam incertas as provas materiais e os testemunhos e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito (BRUNO, 1976, p. 211).

Vincenzo Manzini crê que a justificativa para a prescrição, em que pesem todas as teorias por ele esmiuçadas, congrega um misto de técnica judicial, no que toca exclusivamente à prescrição da ação, por entender que um juízo tardio comprometeria a

realização dos próprios fins da justiça penal, e razões de política criminal, aplicáveis a ambas as modalidades prescricionais, por não mais remanescerem razões para a reconstituição do ordenamento jurídico lesado, face ao desinteresse da sociedade e do Estado (MANZINI, 1948, pp. 529-531).

Mesmo os autores que destacam a opção legislativa como viabilizadora do influxo extintivo da prescrição sobre a ação penal não desprezam que a matriz histórica do instituto se deva à conjugação de um fenômeno físico – o decorrer do tempo e o consequente esquecimento do fato – à cessação da impressão moral negativa, motivações que ensejariam a inutilidade da persecução penal. Para Carlos Creus, a prescrição está cimentada em razões de política criminal, o que não se opõe à soma do transcurso dos anos à presunção de emenda e boa conduta do agente, representada pela abstenção delitiva, como fundamentos (CREUS, 2004, p. 371).

De toda forma, percebe-se que o enquadramento em algumas das correntes acima comentadas passa, ainda que de soslaio, pela função que se queira atribuir à sanção penal a qual, inevitavelmente, não permaneceu inalterada em seus fundamentos e limites ao longo dos séculos e dos ordenamentos jurídicos afora. Como oportunamente aponta Leonardo Sica sobre o assunto, em sintonia com o quadro social atual e em análise que prestigia não só as alternativas de índole penal no processo de persecução criminal, o crescimento da criminalidade impôs um novo sentido à aplicação da pena, já que “a justificação da qualidade, quantidade da pena e da penalização alargou-se em resposta ao medo social e ao fracasso das políticas públicas extrapenais de contenção à violência” (SICA, 2002, p.108).

As teorias negativas pretendem, em gradações variadas, questionar a seriedade da prescrição. Tiveram seu momento histórico em antigas legislações e subsistem na atualidade na seara do direito internacional e relativamente a delitos específicos. Oscar Nicolás de Vera Barros, opositor aos ideais negativistas, sintetiza que as opiniões que a suportam partem da premissa que a prescrição contradiz os princípios do direito penal, pois conferem ao homem uma esperança de impunidade que o move ao delito e debilita o efeito intimidatório da cominação da pena, além de se contrapor ao postulado de que nenhum delito pode ficar impune. Prossegue o autor, acrescentando que os negativistas enxergam a

prescrição como um prêmio aos delinquentes mais hábeis e que tenham conseguido iludir o mecanismo da justiça. Ademais, a culpabilidade teria caráter permanente, não podendo ser afetada pelo simples transcurso do tempo (BARROS, 2007, p. 74).

Resistência ao instituto, como visto, foi manifestada pela Escola Positiva, notadamente entre os autores italianos, para a qual seria temerária a difusão sem reservas de um instituto penal que tratasse indiscriminadamente os variados tipos de criminosos sem que fosse dado ao magistrado a possibilidade da verificação do merecimento de algum tipo de favor processual – como assim parecia ser concebida a prescrição – no caso concreto. Conforme aponta Roberto Lyra, seus integrantes, entre os quais destaca Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, eram avessos aos exageros individualistas e os excessos de sentimentalismo “iníquo e contraproducente”.

A escola positiva deixou o problema da culpa moral às doutrinas filosóficas e a fé religiosa e, no campo prático do direito, afirmou que todo homem deve responder perante a sociedade, pelo inadimplemento ou violação das normas de convivência, sujeitando-se pelos fatos mais graves às sanções penais (LYRA, 1946, p. 102).

Como sintetiza Enrico Ferri, os positivistas pretendiam extinguir a eficácia uniforme e absoluta conferida ao estudo da prescrição, razão pela qual ela deveria ser admitida somente nas hipóteses que envolvessem criminosos ocasionais ou passionais, não se aplicando aos delinquentes natos, loucos ou habituais (FERRI, 1928, p. 343).

Dentre as correntes afirmativas, nota-se que apenas com relação à teoria da dispersão dos elementos de prova prestigiam-se fundamentos de ordem técnica, de natureza processual, dada a plausibilidade do argumento de que o tempo influiria na manutenção da solidez dos elementos de formação do convencimento. No mais, ainda que se queira atribuir caráter substantivo às teorias restantes, nada aponta a cientificidade dos argumentos, mas tão somente constatações empíricas, algumas delas de questionada veracidade e que se apoiam, sobretudo, em motivos de complicada verificação prática, por pertencerem ao domínio interno de algum dos envolvidos: a sociedade lesada – e sua propalada amnésia ou complacência com o criminoso –, o criminoso arrependido e suas angústias imaginadas e o Estado, conformado por meio de seus agentes e irredimido por sua falta de competência.

A bem da verdade, apenas reflexamente pode-se creditar ao direito penal enquanto ciência a *ratio* que tanto as teorias tentam vincular à prescrição ou, nas palavras de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, ainda que só parcialmente se concorde com o argumento, sua fundamentação radica mais em razões de segurança jurídica do que em considerações de estrita justiça material (CONDE; ARÁN, 2004, p. 408). Diferentemente do que se possa supor, a tênue ligação se relaciona à relevância da sanção penal, e não a institutos que veiculam permissivos processuais, como parte da doutrina sugere.

Sob certo viés, a prescrição vem sendo tratada como uma benesse pessoal concedida ao acusado e não parece ser esse o melhor tratamento. Historicamente, o instituto pode até não ter sido concebido para resolver os gargalos da justiça criminal, mas esse objetivo justifica sua subsistência na atualidade, e fundá-lo em razões que só podem ser aferidas se se imiscuir na esfera subjetiva de quem quer que seja retiram-lhe o caráter impessoal e o encaminham ao seu similar na seara civil com o qual, como visto, guarda, apesar da terminologia, restritas semelhanças.

Não seriam o esquecimento social, a presunção de correção do acusado, a piedade ou mesmo a inércia estatal suficientes para explicar a manutenção da prescrição penal nos dias de hoje. A retrospectiva histórica relata que motivos de ordem cultural – como a realização das festas lustrais, que supostamente “lavariam” a culpa dos réus – contextualizaram os primórdios do instituto. Atualmente, pode-se constatar que há finalidade diversa, uma vez que a prescrição se alimenta da própria desnecessidade de defesa social em relação a dado fato criminoso o que, por outro lado, reclama, ainda que de forma perfunctória, alguma iniciativa oficial no sentido de avaliar a probabilidade de reincidência do acusado, da reprodução dos efeitos do fato criminoso e do efeito multiplicador a estimular condutas semelhantes no afã de que semelhante também seria a solução jurídica conferida ao caso.

Tem seu sentido moderno o instituto extintivo na inutilidade que teria uma pena aplicada ou executada sem que nenhuma decorrência benéfica, a quem quer que seja, pudesse ser extraída. Teria sido esse o motivo de alguns autores, como Francesco Carrara, a classificarem como uma causa “política” ou “extrínseca” de modificação da pena. Sendo

assim, se reveste de menor importância a perspectiva isolada de reforma do acusado revelando o que a sociedade pensa do crime quando confrontados com os proveitos obtidos pelos cidadãos, quer no que toque à prevenção geral ou à especial, em relação à eventual aplicação da pena.

Registre-se, ainda, que por uma questão de política criminal interessa mais ao Estado se ater aos novos processos e em função deles destacar material físico e humano, de modo a obter resultado mais célere e confiável, do que dividir os recursos e incorrer na possibilidade de não lograr êxito em nenhum dos feitos, resultado que só militaria em desfavor da já combatida saúde do aparelho repressivo penal. Avulta, nesse momento, a faceta prática da prescrição. A escassez de meios materiais e de pessoal faz parte da realidade dos ordenamentos em que a prescrição é mais prestigiada e se afigura inconsequente a difusão do pensamento de que existe diminuição do interesse estatal na persecução penal.

O interesse persiste – ou, ao menos, deve perdurar – enquanto não houver óbice legal à continuidade da persecução penal, e não o contrário, como se a falta de dedicação do Estado em processar seus criminosos desse azo à extinção da punibilidade. Pensar diferente é atribuir aos órgãos oficiais uma prerrogativa desmedida no sentido de lhes franquear o direito de escolher os crimes ou indivíduos que quer ver em juízo ou na prisão.

4. Prescrição retroativa

4.1. Fundamento e requisitos

A prescrição retroativa, cria do direito brasileiro, repousa sobre a premissa, longe de ser pacífica, de que pena justa é a aplicada, e não a cominada. A lei, por padecer, dada a sua abstração, de um *déficit* natural de adequação ao caso concreto, só atenderia aos anseios da sociedade quando compensasse tal insuficiência o que, no processo de aplicação da lei penal, seria ajustado com a concretização da pena. Aloysio de Carvalho Filho, ao se perfilhar aos penalistas que enxergam maior grau de justiça na pena efetivamente aplicada, defende que:

“Não se perca de vista, principalmente, que o fato de ser isolado esse recurso exprime que a sociedade, por seus órgãos, se conformou com o grau da condenação. E com a sociedade, a parte ofendida, se for o caso. Nada justificaria, em face dessas circunstâncias, o apego, quase fetichista, à pena legal, quando, na hipótese, a pena judicial é conclusão a que a justiça chegou, depois de exame presumidamente cuidadoso, e conclusão inalterável, a não ser para benefício do acusado” (CARVALHO FILHO, 1979, p. 368).

Vai além a inovação promovida pelo direito pátrio: o prazo prescricional, uma vez fixado por sentença ou acórdão, deveria ter sua contagem aferida em espaços temporais pretéritos, respeitadas as causas de interrupção.

Três são os requisitos para a configuração da prescrição retroativa, quais sejam, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva *in abstracto*, a existência de condenação com a consequente fixação de pena *in concreto* e o trânsito em julgado da decisão para a acusação, seja por esta não se irresignar com o patamar fixado, seja por ver improvido o recurso – e aqui se incluem apenas os recursos que tenham por intenção o agravamento quantitativo da pena. Será reconhecida também quando, apesar do provimento do recurso acusatório, este não tenha fôlego suficiente para ensejar a ampliação da sanção penal que ultrapasse o patamar prescricional anterior ou ainda quando ocorrer a anulação da sentença condenatória em decorrência de descontentamento da defesa, dada a vedação da *reformatio in pejus*.

A discussão sobre a existência da prescrição retroativa e a maneira como deveria ser calculada passa necessariamente por considerações acerca de sua natureza jurídica – se seria modalidade de extinção da pretensão punitiva ou da pretensão executória. Antônio Lopes Baltazar entende que configuraria um *tertium genus*, na medida em que reuniria características de cada uma das modalidades prescricionais: o surgimento anterior ao trânsito em julgado para ambas as partes e a orientação pela pena fixada na sentença (BALTAZAR, 2003, p. 81).

Há quem defenda que a resposta à questão variará a depender do conteúdo da apelação do acusado: se esta versar sobre o mérito em si da condenação, ensejará o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Ao revés, se tiver por objeto atacar o montante da pena ou nos casos em que, independentemente da matéria que tratar, for a insatisfação defensiva improvida, estar-se-ia diante de hipótese de prescrição da pretensão executória.

Com a lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, contudo, ficou consagrado o enquadramento da prescrição retroativa como instituto extintivo da pretensão executória. De fato, ao modificar o art. 110 do Código Penal, a lei estabeleceu expressamente que: “*A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia*”⁴⁵. O parágrafo anterior referido estabelecia que a prescrição, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, regular-se-ia pela pena aplicada.

Um argumento inicial em sentido diverso ao proposto pela lei pode ser apresentado com base nos efeitos das duas modalidades prescricionais. Enquanto a prescrição da pretensão executória não altera os efeitos acessórios da condenação, a prescrição da pretensão punitiva atua como se não houvesse condenação, expurgando quaisquer mazelas que poderiam existir em desfavor do réu em decorrência da sentença condenatória. Ressalte-se, em um segundo enfoque argumentativo, que a prescrição da pretensão punitiva fulmina a atividade estatal em momento anterior à pretensão executória:

⁴⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm. Acesso em 24 de julho de 2010.

atinge o próprio *jus puniendi* e não somente a prerrogativa estatal de materializar a pena anteriormente imposta. Há, ainda, uma incongruência terminológica: como se falar em prescrição executória, quando, bem ou mal, o processo penal de conhecimento tem prosseguimento normal?

Heleno Cláudio Fragoso, ao criticar a redação proposta pela lei nº 6.416/77, foi contundente quando afirmou que

O antigo art. 110, §2º, do CP de 1940, dispunha que a prescrição retroativa era prescrição da pretensão executória. A impropriedade, porém, era evidente. Como é possível que a prescrição da pretensão executória se verifique no lapso de tempo relativo à ação penal? A diferença entre uma e outra espécies de prescrição é da maior importância. Na prescrição da pretensão punitiva não há condenação, e o réu, portanto, mantém a primariedade, não podendo, no caso de cometimento de outro crime, ser considerado reincidente. Já o mesmo não ocorre se se trata de prescrição da pretensão executória, pois neste caso subsistem os efeitos secundários da condenação.

A prescrição pela pena em concreto, seja ou não retroativa, só pode ser prescrição da pretensão punitiva (FRAGOSO, 2004, p. 519).

Não há que se confundir, também, prescrição retroativa e prescrição superveniente (ou intercorrente). A prescrição retroativa parte “para trás”, como sugere o próprio nome, alcançando os períodos anteriores à sentença, ao passo que a prescrição superveniente apenas considera os períodos “para frente” da sentença condenatória recorável. Apesar da clareza da diferenciação, registre-se, como faz José Júlio Lozano Júnior, a imprecisão corrente no meio jurídico na utilização do termo “prescrição retroativa intercorrente” para disciplinar espécies de prescrição surgidas após a condenação (LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 167) o que representa, a bem da verdade, uma contradição em termos.

4.2. Evolução histórica e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O embrião da prescrição retroativa foi lançado pelo Código Penal de 1890, alterado pelo decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que positivou a regulação da prescrição pela pena concretizada quando houvesse trânsito em julgado apenas para a

acusação. A repaginação brasileira do ancestral instituto extintivo causou espécie entre os estudiosos da ciência penal. Heleno Fragoso, após inicialmente se opor ao que alcunhou de “teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto”, posteriormente a ela aderiu “considerando-se a falência completa das penas privativas de liberdade e os longos prazos previstos pela nossa lei para a prescrição” (FRAGOSO, 2004, p. 519).

Eugenio Raúl Zaffaroni dedica parte importante de sua obra ao estudo da prescrição penal genérica, a qual é concebida como um mandamento imposto às agências de controle oficiais incumbidas da persecução penal no sentido de respeitar determinados prazos estabelecidos em lei para ultimar a instrução, findos os quais se operaria um impedimento à perseguibilidade. Juntamente com José Henrique Pierangeli, os autores destacam a estranheza com que a prescrição retroativa foi recebida e ainda hoje é enxergada pelos penalistas estrangeiros, muitos dos quais incapazes de compreender o seu funcionamento. Ainda assim, os autores manifestam simpatia ao instituto, por razões de política criminal:

“(…) Mas sobram razões para sua adoção, pois a inércia do Estado e a ineficiência de seus órgãos de repressão obrigam-no a restringir o poder-dever de punir, e o reconhecimento da prescrição, em tal situação, nada mais representa do que o triunfo da liberdade sobre a deficitária e ineficiente máquina repressiva do Estado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 654).

Por perceber nessa modalidade singular de extinção da punibilidade a determinação de um dever, temporalmente circunscrito, e, ao mesmo tempo, a vedação de excesso ou abuso no cumprimento desse dever (que o tornaria inócuo para o fim a que concebido), Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio ressalta que a prescrição retroativa é o único instituto que delimita, temporal e espacialmente, a atividade persecutória do Estado.

É formulação que vincula os agentes da persecução penal à rapidez, sem supressão das etapas procedimentais próprias à argüição da defesa e sem mitigação da persecução penal. O instituto é neutro no que se refere à proteção dos dois interesses em questão no processo penal. Impulsiona agentes da persecução à ação em tempo eficaz a garantir punição efetiva, ao mesmo tempo em que funciona como proibição de persecução prolongada, além dos limites temporais traçados (PORFÍRIO, 2003, p. 128).

À época da edição do decreto, os estudiosos divergiam acerca da possibilidade de reconhecimento da prescrição entre os lapsos temporais já perfeitos, e não

apenas para o período posterior à decisão condenatória. Colaborava para a celeuma a posição oscilante do Supremo Tribunal Federal o qual, até pacificar a questão, foi palco de debates históricos que colocaram em lados opostos, em especial, os ministros Luiz Gallotti e Nelson Hungria.

O Excelso Pretório rechaçara, inicialmente, a aplicação da prescrição retroativa mas, em 1946, no julgamento do HC 29.370-SP, alterou sua jurisprudência. A novel orientação se dera por motivos topográficos em relação à redação originária do art. 110 do Código Penal de 1940⁴⁶, nos termos do voto do ministro Castro Nunes, relator do processo, segundo o qual “a razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se for a pena cominada na lei (...)”⁴⁷. O julgamento, realizado em 12 de junho de 1946, deu-se por unanimidade e sinalizara com a pacificação do tema na Corte.

Não foi o que aconteceu.

Em 1º de outubro de 1947, no julgamento do HC 29.922-SP, sob a relatoria do ministro Hahnemann Guimarães, também de forma unânime ficou acordado que

“(...) somente depois de se tornar coisa julgada a sentença condenatória, regula-se pela pena infligida a prescrição. Admite, entretanto, a lei a exceção do art. 110, § único, relativa a sentença impugnada somente pelo réu. Neste caso, a proibição da *reformatio in pejus* justifica que se conte o prazo pela pena imposta. Trata-se, porém, aqui, de tempo que se começa a contar a partir da sentença condenatória (...)”⁴⁸.

Pode-se dizer que os debates mais calorosos no STF sobre a aplicação retroativa da pena estabelecida em concreto aconteceram a partir da década de 1950. A

⁴⁶ **Art. 110.** A prescrição, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.

⁴⁷ Voto e acórdão disponíveis em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=582346&codigoClasse=349&numero=29370&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 27 de julho de 2010.

⁴⁸ Voto e acórdão disponíveis em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=521001&codigoClasse=349&numero=29922&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 27 de julho de 2010.

corrente inicialmente vencedora, capitaneada pelo ministro Luiz Gallotti, aduzia que da sentença que apelasse apenas o réu ou após o insucesso do recurso ministerial, era o *quantum* fixado que balizaria a prescrição. Entretanto, a contagem deveria ser efetivada apenas a partir do édito condenatório em diante, porque o período passado fora interrompido. Por todos, confira-se o trecho do voto do eminente ministro no julgamento do HC 42.618-SP:

“(...) o art. 117, §4º, do Código Penal diz que a prescrição se interrompe pela sentença condenatória recorrível. Sentença condenatória recorrível é uma coisa que existe antes de se saber se defesa e acusação vão apelar. Assim, quando a defesa apela e quando o promotor deixar de apelar no prazo legal, a prescrição já se interrompeu, conforme o disposto no citado art. 117, §4º. Interrompida, isso significa, como é elementar, que o prazo prescricional recomeça, que o prazo decorrido antes da sentença condenatória deixou de existir para efeito de prescrição, passou a ser um edifício completamente demolido, um nada, um vácuo (...)”⁴⁹.

A autoridade do ministro Nelson Hungria em matéria penal era, indubitavelmente, o mais forte dos pilares construídos em torno da prescrição retroativa. A par disso, Hungria, inicialmente vencido, se esforçava em convencer os pares do acerto da tese por razões que envolviam desde a ociosidade do parágrafo único do art. 110 acaso só se aplicasse *ad futurum* até a prevalência, no caso da dúvida patente que se instalara na Corte sobre o tema, da interpretação mais benéfica ao réu. Como exemplo, confira-se trecho do longo voto proferido pelo ministro no julgamento do RHC 31.670-SP, ocorrido em 31 de julho de 1951:

“(...) a) se o § único do art. 110 só é aplicável *ad futurum*, e não *ad praeteritum*, seria ocioso, pois ninguém poderia duvidar, por ser axiomático, que, se a pena imposta é irreformável *in pejus*, a prescrição tem que se referir a esta;

b) no caso de absolvição da primeira instância e condenação na segunda, dar-se-ia o seguinte desconchavo: ao réu seria preferível que tivesse sido condenado desde logo na primeira instância, sem recurso do M.P., pois a prescrição teria passado a regular-se pela pena imposta, e não mais pela pena *in abstracto*;

c) a pena concretizada, na ausência de recurso do M.P., é a única a que, no caso, correspondia *ab initio* o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar justiça impõe o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória, quando suficiente para a prescrição referida é a pena concretizada;

⁴⁹ Voto disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=58519>. Acesso em 28 de julho de 2010.

d) o termo “depois” empregado no § único do art. 110 tem que ser entendido como significando “com a superveniência”, “desde que sobrevenha”, de modo que esse dispositivo quer dizer o seguinte: sobrevindo ou desde que sobrevenha a sentença condenatória, de que não recorra o M.P., a prescrição deve ser regulada, quer em relação ao futuro, quer em relação ao passado, pela pena imposta; (...) ⁵⁰.

A título de registro histórico e por uma questão de honestidade, é oportuno lembrar que nem sempre essa fora a posição encampada por Nelson Hungria. Na metade da década de 40 o então desembargador da Guanabara se manifestava veementemente contra a possibilidade da pena retroagir a qualquer das causas interruptivas para efeito de aproveitamento do tempo decorrido, uma vez que “Querer utilizar o tempo anterior à última causa interruptiva vale o mesmo que pretender ressuscitar um defunto ou extrair substância ao vácuo” (HUNGRIA, 1945, p. 117).

Na década de 60, com a mudança na composição do STF, o quadro se alterou e a tese que acatava a prescrição retroativa tornou-se majoritária. Sua afirmação fincou-se com a edição da súmula nº 146, aprovada na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, cujo verbete expressa: “*A prescrição da ação penal regula-se pela pena fixada na sentença, quando não há recurso da acusação*”. Antônio Rodrigues Porto recorda o prestígio logrado pelo verbete sumular, a ponto de os juízes passarem a interpretá-la, e não à lei (PORTO, 1998, p. 60).

De fato, ainda que sumulado, o trato da matéria abria ensanchas para leituras de toda sorte. Nilson Naves resgata que, de início, o Supremo entendia, nem sempre à unanimidade, que o princípio incorporado na súmula abrangia a prescrição consumada entre a data do fato e o recebimento da denúncia e que sua incidência também se daria quando houvesse a absolvição em primeira instância e a condenação em segunda (NAVES, 1975, p. 291). Posteriormente, passou-se a adotar uma interpretação mais estreita da súmula, como lembra Damásio de Jesus:

“Em 1970, entretanto, teve início movimento no sentido de restringir o seu alcance, exigindo-se os seguintes requisitos para a sua aplicação: sentença condenatória de primeiro grau; existência de apelação da defesa e inexistência de recurso da acusação e contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória” (JESUS, 1997, p. 122).

⁵⁰ Voto disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=606253&codigoClasse=419&numero=31670&siglaRecurso=&classe=RHC>. Acesso em 28 de julho de 2010.

Não bastasse a resistência do ministro Luiz Gallotti em aceitar a mudança de posição da Corte⁵¹, contribuiu o legislador para mitigar o reconhecimento da prescrição, através da edição do decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, o qual instituía o novo Código Penal e suprimia a retroatividade do instituto⁵².

O Código Penal de 1969, contudo, foi revogado antes de entrar em vigor e a lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973 restabeleceu a disciplina anterior. Ainda assim, não cessaram as tentativas legislativas de limitar o entendimento que o STF vinha aplicando à prescrição tal qual dispunha o texto do Código Penal de 1940. Prova disso surgiu com o advento da lei nº 6.416/77 a qual, além de promover o polêmico e já referido enquadramento da prescrição retroativa como modalidade de extinção da pretensão executória, limitava a possibilidade aos períodos subsequentes ao recebimento da inicial acusatória (§2º. *A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia*).

A bem da verdade, ainda que de maneira a exigir algum esforço interpretativo, apenas com a lei é que restou indubitavelmente positivado em nosso ordenamento a prescrição retroativa, justamente por trazer o requisito que só a jurisprudência pátria enxergara no instituto, qual seja, a menção a lapsos temporais já decorridos embora, ressalte-se, o tenha feito de maneira a sacrificar a clareza textual. Com a reforma na parte geral do Código empreendida pela lei nº 7.209, de 11 de julho de 2004, ficou estabelecida a possibilidade da aferição prescricional levar em conta data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa (§2º. *A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*).

⁵¹ Em vários julgamentos posteriores à edição da súmula, o eminente ministro não hesitou em reavivar o posicionamento inicial e pouco divulgado do ministro Nelson Hungria em desprestígio da prescrição retroativa. Além disso, Gallotti pelejava em extrair a mínima eficácia possível à súmula chegando, inclusive, a afirmar que: “Como entendo que a súmula é errada, e tenho de me submeter a ela, não amplio o erro – fico no erro, mas não vou além dele” (NAVES, 1975, p. 292).

⁵² **Art. 111.** A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...)

§ 1º. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, **regula-se também, daí por diante, pela pena imposta** e verifica-se nos mesmos prazos” (grifos nossos). Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=214144>. Acesso em 30 de julho de 2010.

A circularidade com que se desenvolveu o trato jurisprudencial e legislativo da prescrição penal retroativa denota, antes de mais nada, a desconfiança com que os operadores do direito enxergam a pena judicial. A própria exposição de motivos do Código Penal de 1969 taxava a “teoria brasileira da prescrição pela pena in concreto” como tecnicamente insustentável e comprometedora da eficiência e a seriedade da repressão penal. A ideia de que é a mais justa e a possibilidade de que possa retroagir inquietam os que entendem ser uma benesse desmedida concedida ao réu. Antônio José da Costa e Silva desde há tempo alertava para as consequências negativas da prescrição referenciada na pena judicial:

O critério da pena concreta oferece, entretanto, graves inconvenientes. Entre eles avulta o de que não dispensa, pelo menos na grande maioria dos casos, um processo prévio, por meio do qual se possa verificar o grau de punibilidade do facto. Este e outros motivos têm induzido as legislações dos povos cultos a dar preferência ao contrario, ao da pena em abstracto (SILVA, 2004, p. 419)⁵³.

O projeto de lei nº 1.383/2003 alinhava-se a esse pensamento e propunha mudanças nos arts. 109 e 110 do Código Penal. Na sua redação original o projeto apenas considerava a contagem prescricional a partir da sentença transitada em julgado, fulminando, por inteiro e de maneira expressa, a prescrição retroativa do direito pátrio. O deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ) expôs nas justificativas da iniciativa, de sua autoria, as reservas com que enxergava o assunto:

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração⁵⁴.

4.3. Sobre as mudanças promovidas pela lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010 e sua aplicabilidade

⁵³ Redação no original.

⁵⁴ PLC nº 1.383/03. Disponível em http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756. Acesso em 03 de agosto de 2010.

O texto final do projeto, que após algumas emendas redundou na lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010 (e que entrou em vigor na data de sua publicação: 6 de maio de 2010), aumentou o prazo prescricional quando o máximo da pena for inferior a 1 (um) ano e suprimiu a menção anterior à sentença transitada em julgado. Entretanto, vedou expressamente a possibilidade da contagem prescricional abarcar o lapso temporal anterior à denúncia⁵⁵.

Damásio de Jesus, um dos primeiros comentaristas da nova lei, acredita que a iniciativa incorpora uma espécie de *mea culpa* do Estado o qual, em vez de dotar o sistema judiciário criminal de meios suficientes para a entrega rápida da prestação jurisdicional, teria optado por aumentar o prazo prescricional, quase como uma confissão de sua ineficácia (JESUS, 2010).

Interessante observação é tecida por Juscelino Lemos Santos Júnior. De acordo com autor, na medida em que a formatação final da lei repercutiu apenas no período posterior à denúncia, a nova legislação pode representar certa acomodação por parte da autoridade policial, que só enxergaria como óbice temporal ao seu trabalho a prescrição *in abstracto*.

Ademais, restou claro que a legislação, de forma equivocada, dispensou tratamento igualitário aos dois setores de persecução penal do Estado, quais sejam, polícia e Poder Judiciário. Observa-se que com a extinção parcial da prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade retroativa – ocorrência do fato e recebimento da denúncia – que o órgão responsável pela investigação criminal foi beneficiado com a dilatação do prazo fatal de eventual prescrição quando fosse verificada a aplicação da pena concreta ao agente. Ou seja, a polícia, somente passa a se preocupar com o prazo prescricional referente à pena máxima cominada ao crime (SANTOS JÚNIOR, 2010).

É importante observar que a lei, em que pese sua aplicabilidade imediata, deve restringir seu âmbito de incidência aos delitos perpetrados a partir de 6 de maio de 2010, vez que configura *novatio legis in pejus*. Assim, para os crimes cometidos anteriormente a esta data, vige o prazo prescricional anterior, qual seja, de 2 (dois) anos quando a pena, máxima ou aplicada, for inferior a um ano.

⁵⁵ **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

Neste sentido, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho chama a atenção para a intertemporalidade do direito (processual) penal, questão que não inova mas que merece ser ressaltada na aplicação da nova lei. Segundo o autor, as normas processuais regulam o modo, a forma e o tempo dos atos processuais, desde a postulação até a execução, passando pela instrução probatória e pelas fases decisória e recursal, abrangendo, inclusive, o período inquisitorial. Por terem incidência instantânea e estarem presentes em todo o percurso criminal, devem ser vistas *cum grano salis* sob pena de resultarem em prejuízo à defesa.

Então, a questão reside, primeiramente, em saber identificar uma norma processual pura de uma norma processual com conteúdo material (ou substancial). Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual (CARVALHO, 2009, p. 135).

Diga-se o mesmo dos lapsos temporais interruptivos existente anteriormente a novel legislação. Se o crime for anterior à vigência da lei, não cabe cogitar de desconsideração do período que medeia entre o fato e o recebimento da denúncia, que continua a ter plena atuação pelos mesmos motivos acima expostos. A propósito da contagem anterior à denúncia, oportuno trazer à baila a observação feita por Aldo Campos na análise do percurso legislativo do PLC nº 1.383/2003. De fato, no afã de eliminar a prescrição retroativa do ordenamento pátrio, o legislador acabou criando uma causa interruptiva antes inexistente. É que a redação anterior do art. 110, §2º do Código Penal fazia menção ao *recebimento* da denúncia como causa interruptiva, enquanto que a redação atual do §1º, renumerado, cita de forma singela que a prescrição não pode ter por termo data anterior “à denúncia”, acenando que o simples *oferecimento* passaria a ser o primeiro momento relevante para a contagem do prazo. O autor questiona, inclusive, a eficácia das alterações nos moldes atuais:

O descuido em questão, que permite que o prazo prescricional em tela corra a partir da data em que o representante do Ministério Público deveria apresentar a denúncia, e não da data em que esta foi efetivamente recebida, além de não encontrar amparo na lei, na doutrina e na jurisprudência, conflita com a

data anterior à da denúncia ou queixa. Texto disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112234.htm. Acesso em 03 de agosto de 2010.

literalidade do art. 117 do Código Penal, que ao exprimir o seu comando, não faz alusão alguma “à atividade mais ou menos prestada do órgão do Ministério Público ou do ofendido” como causa interruptiva do lapso prescricional (CAMPOS, 2010).

A celeuma não se resolve através de mero acerto terminológico, como se a diferença temporal entre o oferecimento e o recebimento da denúncia não representasse nenhuma alteração no patamar prescricional. Em verdade, com o advento da lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, surgiu dúvida acerca de quando efetivamente ocorre o recebimento da inicial acusatória, vez que a nova redação conferida ao Código de Processo Penal sugere dois momentos, quais sejam, logo após o oferecimento (art. 396) ou depois da apresentação da resposta escrita pelo acusado (art. 397 c/c art. 399). A extensão do procedimento pode trazer implicações de monta no trato prescricional, notadamente se considerado como recebida a inicial acusatória apenas após a defesa do acusado e, em especial, nos delitos em que o instituto extintivo se verifica em prazos mais exíguos, razão pela qual não apenas a redação da lei nº 12.234/10 mas também a do próprio CPP⁵⁶ reclamam esclarecimento legislativo.

Também não faltam críticas à postura do legislador em promover a alteração na disciplina de um instituto que, reservas à parte, encontra-se sedimentado na prática penal brasileira:

Porém, a despeito da notória “boa intenção” do legislador, bem como da demonstração de sua preocupação pública com o combate à impunidade e à inefetividade da prestação jurisdicional, entendemos que, resguardado nosso imensurável respeito a este, a presente reforma não passa de verdadeira adulação astuciosa ao bom entendimento do cidadão, verdadeira manifestação do “direito penal simbólico” (BORGES, 2010).

René Ariel Dotti ultrapassa o argumento da mera inoportunidade da edição da lei, atribuindo-lhe a pecha de inconstitucional, por colidir frontalmente com o princípio da paridade de armas entre acusação e defesa que deve balizar o direito penal. O autor acredita que a medida responde à incitação provocada pela mídia em uma resposta ilusória dirigida às massas ao recrudescimento da violência transmitido pelos meios de

⁵⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado pela consideração do recebimento da denúncia no momento previsto no art. 396 do CPP, ou seja, logo após o oferecimento da denúncia (HC 138.089-SC).

comunicação em episódios diários, que teatralizam e promovem exploração sensacionalista da tragédia humana.

Na falta de uma Política Criminal, fundada em princípios científicos sobre o delinquente, o delito e as reações penais, o legislador pratica, com absoluta liberdade, o direito penal de ocasião, recorrendo à legislação de pânico para, supostamente, combater o surto da criminalidade violenta (chacinas, latrocínio, homicídio qualificado, sequestro, etc.) e a proliferação da delinquência dos respeitáveis (peculato e outros crimes contra a Administração Pública, o sistema financeiro nacional, a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo, etc.) (DOTTI, 2010).

4.4. A subsistência da prescrição retroativa no direito penal brasileiro

A par de explicitar, em seu art. 1º, que as alterações promovidas nos arts. 109 e 110 do Código Penal excluíam a prescrição retroativa do ordenamento pátrio, não é essa conclusão a que se chega após uma análise mais detida da lei nº 12.234/10.

A nova redação do §1º do art. 110 diz que 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**” (grifos nossos). A intenção de expurgar a prescrição retroativa apenas parcialmente restou satisfeita, na medida em que continuam presentes todas as demais causas interruptivas elencadas no art. 119, quais sejam, o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia (e eventual decisão que a confirme), a publicação da sentença ou acórdão recorríveis, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência.

Desta forma, continua possível a contagem “para trás” entre quaisquer dos marcos referidos exceto entre a data do cometimento do fato delituoso e o recebimento da inicial acusatória, por expressa e exclusiva previsão da nova lei.

Ainda que a interpretação histórica sugira que a intenção do legislador tenha sido eliminar a prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro⁵⁷, seja por não encontrar paralelo desta modalidade prescricional em nenhuma outra legislação mundial⁵⁸, seja por enxergar nela um estímulo à impunidade, não se pode negar o malefício trazido pela interpretação *praeter legem* em prejuízo do réu.

Diga-se ainda que a prevalência da norma mais benéfica ao acusado impõe, inclusive, a consideração do oferecimento – e não do recebimento – da denúncia como verdadeiro marco interruptivo. Por fim, descabe cogitar, reafirme-se, da aplicação das mudanças aos processos atualmente em curso, devendo sua incidência se restringir aos processos iniciados após 06 de maio de 2010. Isso porque ostenta nítida feição material a norma que verse sobre ampliação do *jus puniendi* estatal, interferindo agudamente nos direitos subjetivos do acusado e, como tal, reserva sua incidência apenas *pro futuro*, sem atuação nos feitos em andamento.

Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán trazem lição que, apesar de não se dirigir especificamente à prescrição retroativa, ressalta a impossibilidade de qualquer alteração na disciplina do instituto, ainda que em sua forma clássica, não tem o condão de macular situações consolidadas e, principalmente, de empreender mudanças desfavoráveis à situação do acusado:

La naturaleza jurídico-material y el carácter de norma favorable al reo, al limitar el poder punitivo del Estado, hace que los plazos de prescripción del delito (más dudas plantean los de la pena) no puedan ser modificados *retroactivamente* en perjuicio del reo, por más que ello pueda ser una solución injusta desde el punto de vista de la justicia material (CONDE; ARÁN, 2004, p. 410).

⁵⁷ Francisco Afonso Jawsnicker elenca uma série de projetos de lei elaborados com o desiderato de tornar mais difícil a ocorrência da prescrição, alguns, inclusive, com o firme propósito de excluí-la do ordenamento jurídico brasileiro. Acerca da prescrição retroativa antecipada, a qual se mostra simpático, o autor acredita que a conversão em lei do PLC nº 1.383/2003 fulminaria por completo sua possibilidade (JAWSNICKER, 2009, pp. 21-22 e 75-78). É de se destacar que os comentários acerca do projeto de lei foram feitos em sua formatação original, sem que as emendas a final acatadas tivessem sido apresentadas.

⁵⁸ Alejandro Alagia, Alejandro Slokar e Eugenio Raul Zaffaroni, longe de enxergarem negativamente a inovação pátria, consideram-na como a “contribuição do direito processual brasileiro à teoria da prescrição” e destacam a importância dos tribunais nacionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, na sua consolidação, muito mais do que o próprio trabalho do legislativo (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 901).

Isto posto, não há como não considerar que a prescrição retroativa ainda subsiste, embora de maneira reduzida, no ordenamento jurídico nacional.

5. Prescrição virtual

5.1. Definição

Tal qual a prescrição retroativa, a prescrição virtual foi produzida a partir da experiência jurídica brasileira e da interpretação ampliada dada pelos juristas nacionais à causa extintiva da punibilidade, notadamente promovida por juízes de 1ª instância, assoberbados com a crescente demanda de feitos penais em seus gabinetes e impossibilitados de lhes responder em tempo satisfatório. Com o tempo, ganhou espaço também em reconhecida doutrina pátria, ainda que os tribunais manifestassem certa reserva em acolhê-la⁵⁹. Também conhecida como prescrição pela pena ideal, em perspectiva ou projetada, entre outros, o instituto associa com engenhosidade a possibilidade de contagem “para trás” do prazo prescricional relativo à pena aplicada a certo grau de prognose por parte do juiz por ocasião de hipotética condenação penal. Relacionada à disciplina antes comentada, a prescrição virtual nada mais é do que a prescrição retroativa antecipada.

Luiz Vicente Cernicchiaro há algum tempo já alertava para o desconforto vivenciado pelos juízes diante da urgência dos prazos processuais penais. Se já os atormentava a pressão por um retorno ágil aos temas de natureza geral que diuturnamente lhes preenchiam as mesas, quanto o mais no que tange aos de color criminal, pela própria natureza dos bens jurídicos em confronto. Segundo Cernicchiaro, a prescrição pela pena em perspectiva floresceu justamente a partir da angústia destes magistrados em acelerar o procedimento, afastar os processos da vara, enviá-los ao Tribunal, via recurso ou, “com grande alívio”, remetê-los para o arquivo. Sintetiza o ministro sobre a sistemática da iniciativa:

O raciocínio é este: o juiz abre os autos, examina a denúncia, calcula o tempo razoável para realizar a instrução e prolatar a sentença. E mais. Lança este dado e fala consigo mesmo: pelo que observo dos elementos recolhidos, aplicaria a pena mínima. Levando em conta, então, que entre o recebimento da denúncia e a data

⁵⁹ A respeito, o Superior Tribunal de Justiça publicou, em 13 de maio de 2010, a Súmula nº 438, cujo verbete explicita que “*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*”.

da sentença, prolata decisão condenatória. Imediatamente, aplicando a prescrição retroativa, declara extinta a punibilidade! (CERNICCHIARO, 1996, p. 143)

A reformulação da retroatividade do instituto não passou despercebida do registro de penalistas estrangeiros. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, após assinalarem a contribuição promovida pelo direito brasileiro à teoria da prescrição através da prescrição retroativa, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal desde 1961, informam que “los tribunales inferiores han iniciado una jurisprudencia según la cual declaran la prescripción cuando entienden que la pena que habrán de imponer determinaría la prescripción conforme al citado dispositivo legal⁶⁰, o sea, calculando el plazo em base a la pena *prospectiva*” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 901).

Sérgio Habib e Fabiano Pimentel destacam que a prescrição virtual se funda em uma possível pena que será aplicada ao acusado, levando em conta os requisitos dos artigos 59⁶¹, 61⁶² e 62⁶³ do Código Penal, o que confere ao operador do direito, no caso concreto, fazer uma projeção da pena que será provavelmente aplicada e fixá-la no mínimo legal, desde que não existam causas de aumento ou circunstâncias agravantes:

Ora, o magistrado no momento de aplicar a pena não se baseia apenas em elementos subjetivos de seu convencimento pessoal, deve, outrossim, fundamentar sua sentença também em elementos objetivos trazidos pela lei. Devido a estes elementos, a aplicação da pena traz m si uma certa dose de previsibilidade, não podendo o magistrado ir além destes pressupostos, sob pena de prolatar sentença ilegal e abusiva (HABIB; PIMENTEL, 2004, pp. 46-47).

José Júlio Lozano Júnior conceitua a prescrição pela pena em perspectiva como o “reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação de sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume prazo prescricional já decorrido” (LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 181).

⁶⁰ Referência ao art. 110 do Código Penal Brasileiro.

⁶¹ **Art. 59.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁶² **Art. 61.** São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

⁶³ **Art. 62.** A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (...)

No mesmo caminho é a definição de Antônio Lopes Baltazar, para quem a prescrição virtual seria “o reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade” (BALTAZAR, 2003, p. 107).

Alguns autores, encantados com as benesses experimentadas pela adoção da nova técnica prescricional e a redução em larga escala de processos criminais, comparam o trabalho dos juízes ao realizado por Sísifo, exemplo clássico de trabalho infrutífero, rotineiro e cansativo⁶⁴ (ARAÚJO, 2000, p. 17).

Registre-se, ainda, o apontamento de Júlio Cezar Lemos Travessa, que classifica o instituto como

“(...) incidência antecipada do instituto material da prescrição penal retroativa, em qualquer das fases da persecução criminal, no sentido de evitar uma sanção penal inútil, desde que o julgador possa avaliar que todas as circunstâncias judiciais e legais são favoráveis ao acusado ou indiciado. Assim também, não existam nos autos qualquer causa especial de aumento de pena que irá levá-lo a uma prognose da pena a ser aplicada no mínimo legal” (TRAVESSA, 2008, p. 79).

Ricardo Pieri Nunes, entusiasta do instituto, enxerga a prognose prescricional como

“(...) a possibilidade de imaginar-se qual seria a pena aplicada caso o suposto agente viesse a ser efetivamente condenado, postulando, então, com base neste cálculo abstrato, o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa (a vulgarmente denominada “prescrição pela pena ideal”), no desiderato de evitar a deflagração da ação penal ou de ‘trancá-la’, eis que, de qualquer forma, transitado em julgado ‘para a acusação’ o *decisum* eventualmente condenatório, forçoso seria reconhecer a extinção da punibilidade em função da incidência daquele instituto” (NUNES, 2002, p. 9)

⁶⁴ Segundo a mitologia grega, Sísifo foi o mais astuto e menos escrupuloso dos mortais. Por ter traído Zeus, denunciando-o falsamente como raptor de Egina, filha do deus-rio Asopo, foi condenado pelos deuses a realizar um trabalho inútil e sem esperança por toda a eternidade: empurrar com suas próprias mãos e sem descanso uma enorme pedra de mármore até o alto de uma montanha, de onde ela rolaria encosta abaixo para que o personagem mitológico descesse em seguida até o sopé e empurrasse novamente até o cume do rochedo, indefinidamente, numa repetição monótona e interminável através dos tempos. A imagem de Sísifo simboliza a trágica condenação de estar empregado em algo que a nada leva, razão pela qual ganhou espaço a expressão “trabalho de Sísifo” para denominar atividades contraproducentes e desvalorosas.

Edison Aparecido Brandão, ao levantar as vantagens de se abortar em estágio inicial procedimento que entende fadado ao fracasso, critica o excessivo formalismo do Código de Processo Penal que permite a sobrevivência de feitos que mesmo antes de findar já indicam a inequívoca ocorrência futura da extinção da punibilidade.

Se vê ainda que virtualmente impossível a aplicação de pena máxima ao réu, em eventual procedência da ação penal posto que os fatos de que narram a inicial implicam na conclusão de que mesmo sendo condenado o réu jamais teria pena máxima condições de ser aplicada.

Destarte inescapável que de todo inútil o prosseguimento do feito porque ainda que procedente, será necessária apenas a prolatação de sentença para o posterior reconhecimento de tal prescrição (BRANDÃO, 1994, p. 391)

Mais comedida é a visão de Edemilson Mendes da Silva. O autor lembra a falta de amparo legal para a prescrição antecipada e ressalta que sua tolerância tem se verificado no âmbito dos juízes de primeiro grau e em alguns tribunais apenas em casos excepcionalíssimos, quando existir a convicção plena que a sanção a ser aplicada não impedirá a extinção da punibilidade.

Nesta modalidade levava-se em conta a pena em perspectiva para o cálculo da prescrição, e, se da análise detida do caso concreto, concluir-se que a pena ficará no mínimo legal ou em patamar que, analisando os marcos e os transcurso tal pretensão já esta fulminada pela prescrição é de se declará-la, eis que "nada de útil, portanto, poderá extrair da prestação jurisdicional de caráter punitivo, diante da virtual "prescrição retroativa", que atinge a própria pretensão punitiva estatal e todos os seus efeitos" (SILVA, 2010).

Como se nota, não grassam maiores dúvidas quanto à definição do que seria a prescrição projetada. A certeza da segurança com que o juiz poderia antever a eventual pena e a contagem retroativa são constatações comuns à maior parte da doutrina que a comenta. Divergências existirão, como se verá mais à frente, quanto à própria prognose diante dos requisitos legais, aos efeitos da sentença que acata a prescrição antecipada e aos princípios envolvidos no deslinde do problema. Ressalte-se, por ora, a existência de autores que limitam reconhecimento do instituto à fase pré-processual, possibilidade que, segundo eles, restaria inquestionavelmente expurgada do ordenamento brasileiro com o advento da já comentada lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, na medida em que suprimiu a prescrição retroativa no período entre a data do cometimento do ilícito e a do oferecimento da denúncia. Por todos, confira-se a elucidativa observação de Eduardo Luiz Santos Cabette:

Nem mesmo o apontamento da Prescrição Retroativa sobrevivente entre o recebimento da denúncia ou queixa e a sentença pode salvar da extinção a Prescrição Virtual. Acontece que esta segunda não estava e nem pode ou poderia estar ligada a tal lapso temporal. A Prescrição Virtual baseada no período entre o fato e o recebimento da peça acusatória prognosticava a pena, mas o tempo passado era real e não virtual ou projetado. Se houver a pretensão de adaptar a Prescrição Virtual à Prescrição Retroativa referente ao prazo entre o recebimento da peça acusatória e a sentença, haverá um exagero e uma grande impropriedade. O exagero nos prognósticos. Uma coisa é prognosticar a pena somente, quando o lapso temporal é real. Outra é prognosticar a pena e também o tempo de duração do processo (CABETTE, 2010).

5.2. A economia processual e a imagem do Poder Judiciário

O argumento em prol da prescrição virtual que salta aos olhos mesmo dos leigos seria a propalada economia processual resultante de uma atividade jurisdicional prestada, com pretensões de definitividade, em diminuto espaço de tempo, mormente se comparada aos alongados feitos em que não se afigura possível a aplicação do instituto, em especial os de natureza cível. O processo penal, tão marcante por suas idas e vindas, com conteúdo probatório cuja produção não raro tem que ser repetida, maior vivência fora da clausura da sala de audiências e intensa expedição de cartas precatórias, forjaria sua redenção em relação ao congênere civil, no qual as questões exclusivamente de direito preencheriam boa parte da pauta cartorária, possibilitando, inclusive, a terminação prematura da lide, algo até pouco tempo inimaginável no âmbito criminal. A prescrição pela pena projetada resolveria, a um só tempo, o tumulto decorrente dos processos nas varas criminais e traria, a reboque, o prestígio de que tanto carece o Poder Judiciário junto à população no que toca à suposta leniência no desenvolvimento de sua atividade-fim.

Ao dispensar a movimentação inútil da máquina judiciária, evitando o seu funcionamento em prol de um processo natimorto, a prescrição em perspectiva viria ao encontro não só dos anseios da magistratura, isoladamente considerada enquanto atividade, mas, em uma conotação mais ampla, dos desejos dos próprios administradores de dinheiro público (função administrativa do Poder Judiciário), na medida em que otimizaria os recursos financeiros e possibilitaria o deslocamento de mão-de-obra para demandas outras ou, como prefere Eliane Alfradique, para processos “úteis”, em detrimento daqueles que serão efetivamente atingidos pela prescrição (ALFRADIQUE, 2005).

Há quem interprete de forma diversa o postulado ou mesmo não o visualize como uma justificativa plausível para alicerçar a prescrição virtual. Em vez de impor, a todo custo, a utilização parcimoniosa do dinheiro público na condução dos trabalhos oficiais, a economia processual sugere a escolha, entre duas alternativas plausíveis, daquela menos onerosa às partes, o que não significaria a supressão de atos processuais legalmente previstos (MIRABETE, 2004, p. 53). Luiz Régis Prado condena o privilégio excessivo da celeridade e economia processual quando estas deságuam no que julga ser um “indisfarçável atentado aos princípios e garantias fundamentais” (PRADO, 2004, p. 798).

Luiz Vicente Cernicchiaro louva a celeridade como forma de promover a economia processual tão almejada por magistrados e administradores do sistema judicial. Entretanto, demonstra preocupação com os efeitos da prescrição pela pena projetada junto aos leigos os quais, desconhecendo a distinção entre absolvição e extinção da punibilidade, se satisfariam com a solução dada ao crime que lhe fora imputado, “acreditando que o Estado lhe deu razão!”. Para o autor, a medida estimularia novas incursões na criminalidade (CERNICCHIARO, 1996, p. 144) e, assim, em nada desembaçaria a má impressão deixada pelo Poder Judiciário, especialmente junto à sociedade espectadora que, na maioria das vezes, não tem conhecimento dos meandros do processo, por só lhe chegar sua consequência última, em uma espécie de chancela estatal ao delito perpetrado.

Apesar de questionar os pressupostos da prescrição pela pena projetada e propor rigor na análise dos requisitos obtidos *prima facie* para sua decretação, Eugênio Pacelli responde que o problema decorrente da impunidade e da perda da confiança da população no direito não decorre da prognose prescricional⁶⁵, mas da própria existência da prescrição retroativa, com as consequências que o ordenamento brasileiro lhe atribui (OLIVEIRA, 2004, p. 81).

Oportunas são as reflexões de Osvaldo Palotti Júnior acerca de algumas premissas levantadas. O autor desmistifica a afirmação de que a prescrição virtual implicaria na diminuição de demandas judiciais em sentido amplo. Segundo ele, o

⁶⁵ O autor não descarta a possibilidade de que se reconheça a prescrição retroativa antecipada, mas defende rigor na apreciação dos requisitos para a aplicação da pena no patamar mínimo, devendo a apreciação judicial repousar sobre dados concretos a fim de evitar o puro subjetivismo do órgão estatal. Por motivos de ordem prática e diante da constatação de que a prescrição virtual implica em flexibilização definitiva de vários postulados penais, entende que um trato cuidadoso da matéria sugere sua incidência apenas em casos pontuais.

reconhecimento da prescrição antecipada apenas encaminharia a solução do conflito de interesses para o juízo cível, uma vez que a decisão que julga extinta a punibilidade não impede a propositura da ação civil *ex delicto*, nos moldes do art. 67, II, do Código de Processo Penal⁶⁶, conforme mais detalhadamente se tratará em tópico próprio (PALOTTI JÚNIOR, 1994, pp. 304-305).

5.3. A razoável duração do processo como garantia constitucional

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe para o texto da Carta Magna antigo reclamo dos militantes da área jurídica no sentido de positivar a necessidade de que a resposta estatal às causas que lhes são postas ocorresse em prazo capaz de evitar a perpetuação do processo nas prateleiras das varas judiciais, como se da decoração dos cartórios fizesse parte, deslocando-se apenas em oportunidades bastante espaçadas no tempo, muitas vezes para expedientes de mera rotina, como a tão comum solicitação periódica de antecedentes criminais, enquanto perduram as angústias do acusado por uma definição de sua situação. Parte-se, assim, do velho adágio de que “Justiça atrasada é justiça negada”.

Na busca por uma solução que pudesse atender aos anseios de acusação e defesa, garantindo-lhes o direito, também dotado de envergadura constitucional, de lançar mãos de todas as faculdades processuais previstas na legislação, adotou-se a expressão “razoável duração do processo”⁶⁷ como a caução que faltava para que o processo penal deixasse para trás um passado retrógrado e permeado de filigranas que só obstaculizavam o direito do cidadão em receber do Estado a prestação jurisdicional devida.

Na realidade, o termo não se originou da imaginação do constituinte derivado nacional, mas tão somente reproduziu disposição constante do “Pacto de São José

⁶⁶ **Art. 67.** Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
(...)

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

⁶⁷ **Art. 5º.** (...):

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (grifos nossos).

da Costa Rica”⁶⁸ o qual, por sua vez, incorporou mandamento ainda mais amplo que este diploma contido na “Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” no sentido de que é direito de toda pessoa, tão só por sua condição, ter sua causa examinada equitativa e publicamente num *prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial, instituído por lei e responsável por decidir sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal em matéria a ela dirigida. Havia quem, inclusive, entendesse pela desnecessidade de previsão expressa da razoabilidade do prazo a ser prestada a tutela jurisdicional no texto da CF/88 por ser o Brasil signatário do Pacto, tendo o mesmo sido incorporado ao nosso ordenamento por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, interpretação aliada ao disposto no art. 5º, § 2º⁶⁹ da Carta Magna que garante a aplicabilidade dos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (GOMES, 1996, p. 84).

Tormentosa a conceituação do que seria prazo razoável, em especial no processo penal.

Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho enfrenta o tema o qual, a seu sentir, decorre inafastavelmente dos princípios da dignidade da pessoa humana e do contraditório. Uma vez que a investigação criminal e o próprio processo penal representam restrições necessárias ao estado de dignidade do investigado e do réu, bem como à sua intimidade e à sua vida privada, é necessário precisar até que ponto as limitações perdem a legitimidade, devendo ser coibidas, daí a necessidade de estipulação – e, consequentemente, de rigorosa observância, sob pena de sancionamento – de prazos para as etapas processuais. Por outro lado, o contraditório e a ampla defesa são direitos assegurados ao acusado pela prática de um crime, prerrogativas que devem ser exercidas também em prazo satisfatório. Uma vez cerceado prolongadamente o direito do réu em manifestar sua

⁶⁸ **Art. 7º.** Direito à liberdade pessoal
(...)

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

⁶⁹ **Art. 5º.** (...):

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

defesa, configurado estaria o constrangimento ilegal. Nesse sentido, de acordo com o autor, seria seu direito subjetivo passar a fase processual subsequente acaso extrapolado injustificadamente algum prazo previsto na instrução criminal.

É preciso que a lei imponha um limite à marcha processual. É preciso que os inquéritos e os processos tenham um prazo – ainda que elástico, mas não eterno – para terminarem. O que se propõe é que o réu seja julgado em determinado momento, no estado em que se encontrar o processo, após o esgotamento do prazo que vier a ser fixado por lei, ainda que com as prorrogações admitidas por exceção. (...)

A lei deve dizer quais sejam os parâmetros da razoabilidade: nada que inviabilize a persecução penal, mas que sirva de limite à eternização dos processos (CARVALHO, 2009, p. 235)

Após relatar a dificuldade da jurisprudência e doutrina italianas em dar significado preciso ao polêmico termo, o autor traz definição de Nicolò Trocker, que alcunha “razoável” como “uma exigência de equilíbrio entre uma justiça sem retardo, por um lado, e sem ser sumária, de outro lado”. Na tentativa de extrair um conceito próprio, aplicável à realidade nacional, Carvalho ventila alguns critérios a serem sopesados, tais como o número de partes, a dificuldade da produção da prova e de sua valoração, a complexidade da perícia técnica e a multiplicidade de questões tratadas no processo. Vai ainda mais fundo quando propõe a existência de apenas quatro procedimentos – com fases bem definidas e delimitadas – relativamente aos crimes hediondos e assemelhados, aos dolosos contra a vida e aos de menor potencial ofensivo (todos com assento constitucional), além do acréscimo de uma quarta categoria por ele sugerida, qual seja, os crimes de média ofensividade, disciplina concebida para evitar a inflação legislativa tão comum aos ritos do processo penal brasileiro. A sugestão proposta é preenchida por temperamentos capazes de fornecer prudentes concessões à rigidez dos lapsos temporais, como a circunstância do réu encontrar-se solto ou preso (ocasião em que os prazos deveriam ser mais curtos), a quantidade de acusados existentes e a necessidade de expedição de cartas precatórias ou rogatórias (CARVALHO, 2009, pp. 237-238).

Ainda que não tenha manifestado o empenho de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho em propor balizas para o conceito, Gilberto Thums parece compartilhar de seu pensamento, ao vislumbrar o prazo razoável como o meio-termo que consubstancia a rejeição do processo sumário e também da eternização do processo. Para Thums, a resposta judicial em tempo razoável relaciona-se diretamente com a efetividade e o nível de justiça que proporciona o processo e depende essencialmente do sistema adotado.

Enquanto o sistema acusatório preocupa-se com a efetividade, isto é, com o respeito aos direitos do acusado na persecução penal, encarando o processo justo como o único meio civilizado para a aplicação da lei penal, o sistema inquisitório destina-se a obter resultados, a qualquer custo, sacrificando direitos e não se preocupando com a injustiça no caso concreto, mas com a resposta estatal mais célere, ainda que errada.

Diante desse contexto pode-se considerar como injusta toda decisão proferida precipitada ou tardiamente, fora de um prazo razoável, incompatível com a complexidade do objeto litigioso (THUMS, 2006, p. 43)

A questão do tempo ideal no processo penal incomoda, não é de hoje e tampouco representa privilégio dos tribunais brasileiros. Conforme visto, países como a Itália já se debruçaram sobre o tema, sem encontrar uma solução a contento, e até mesmo tratados internacionais externaram sua preocupação através de dispositivos os quais, a bem da verdade, apesar de claros e bem intencionados, padecem de regulamentação se esperam um mínimo de eficácia, algo que não pode ser generalizado sem que se perceba a diferença entre os sistemas jurídicos. A pretensa conceituação universal de “prazo razoável” peca pela ambição quando não reconhece as peculiaridades dos múltiplos cenários.

Cada ordenamento experimenta uma realidade que não pode ser estandardizada, seja por envolver percursos procedimentais diferenciados (uns mais enxutos, nos quais se compromete o direito de defesa; outros mais estendidos mas que, apesar disso, possibilitam um resultado que mais se aproxima da verdade dos fatos – se é que isso é possível –, por ter sido garantido tempo adequado para a produção probatória), seja por trazer já incorporada a dificuldade prática na operacionalização do que dispõe a disciplina legal através de uma cultura arcaica e viciada na condução das atividades oficiais ou simplesmente porque cada processo é um processo, uma história com muitos personagens e variáveis de toda natureza, cada qual com seu grau de acessibilidade e resistência. Nesse sentido, talvez a principal contribuição da exigência de um “prazo razoável” para a conclusão do processo criminal brasileiro resida, ainda que fluidos os seus limites, na mensagem transmitida aos órgãos de persecução penal de que não mais se desapercebe o Estado de que arbitrariedades são cometidas por conta da morosidade de seus agentes, em detrimento das garantias constitucionais do cidadão e que, daí por diante, suas condutas serão veladas caso a caso, sob pena de responsabilização funcional e até mesmo criminal.

Por vezes o crime desfruta do mesmo enquadramento legal, o local de seu cometimento se assemelha, assim como o são as circunstâncias em que perpetrado e,

aparentemente, as condições pessoais do acusado e da vítima. O inquérito fica a cargo da autoridade policial responsável pela circunscrição e, ainda por hipótese, o mesmo juiz o recebe por livre distribuição, nas situações em que existam outros de igual competência na comarca. Ainda assim, pueril se afigura a pretensão de que no decorrer da apuração inquisitorial e da instrução do feito não aconteçam intercorrências idôneas a postergar a solução judicial da demanda, tais como a falta de localização de testemunha essencial, a fuga do acusado, a realização de perícia dificultosa ou mesmo a análise de dados documentais robustos.

Algum parâmetro de bom senso deve ter o aplicador da lei para reconhecer a mora excessiva no período de formação da culpa – o que independe de expressa previsão legal ou constitucional –, devolvendo ao acusado prerrogativas e direitos episodicamente subtraídos a título cautelar desde a apuração. Perigosa, repita-se, é a padronização de uma regra, em intervalos precisos, que desconheça a singularidade de cada história contada nos autos.

Aury Lopes Júnior percebe a tendência ao apressamento das fases processuais e demonstra preocupação com as técnicas que vêm sendo elaboradas como meio de agilizar a prestação jurisdicional no campo criminal, como espécies de antecipação de tutela que parecem querer alinhar o “tempo perdido” do processo ao “tempo da sociedade”. Para o autor são evidentes o conflito e o descompasso entre a dinâmica social e jurídica, pois existe um “tempo do direito” completamente desvinculado do “tempo da sociedade”, e a ciência jurídica jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz, como pretendem alguns de seus militantes, por ser desaconselhável o sacrifício da necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importantes na esfera penal.

(...) o difícil é encontrar o equilíbrio pois, se é verdade que um processo que se arrasta assemelha-se a uma negação da justiça, não se deverá esquecer, inversamente, que o *prazo razoável* em que a justiça deve ser feita entende-se igualmente como recusa de um processo demasiado expedito. O processo tem o seu tempo, pois deve dar oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, deve ter tempo para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga. Nesse terreno, parece-nos evidente que a aceleração deve vir através da inserção de tecnologia da administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias individuais (LOPES JÚNIOR, 2003, pp. 28-29)

O autor diferencia efetividade e eficiência, atrelando aquela aos fins do processo, enquanto esta ficaria reservada aos meios pelos quais a persecução penal se

desenvolve. Para Aury Lopes Júnior, a concepção neoliberal do Estado Mínimo reflete-se também no campo processual, na medida em que inspira uma intervenção jurisdicional reduzida, tanto no fator tempo (duração do processo) como na ausência de comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático. Após lamentar o comprometimento da esfera de proteção do acusado, define o utilitarismo processual no sentido de eficiência antigarantista (LOPES JÚNIOR, 2003, p 35-36).

Também José Joaquim Gomes Canotilho reconhece ao acusado, como inerente ao processo equitativo, a possibilidade de, em tempo útil, obter uma resposta judicial em relação à acusação sem dilações indevidas. O professor da Faculdade de Direito de Coimbra alerta, porém, que a exigência de adequação temporal do processo não se confunde com “justiça acelerada”. A seu sentir, a aceleração da proteção jurídica que se traduza na diminuição de garantias processuais e materiais pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta (CANOTILHO, 2003, p. 499)

Transcreve-se, por oportuno, o pensamento de Geraldo Prado acerca do movimento encampado pelos meios de comunicação de massa e por alguns setores sociais na direção da aceleração desmedida dos processos criminais:

É pura hipocrisia pretender que haja justiça célere na seara do processo penal. Se há justiça possível na área penal, certamente não pode ser célere. Um segundo elemento dessa racionalidade é que o direito penal brasileiro projetado para o futuro não pode criar, como está criando por meio de um opressivo movimento de mídia para o qual de algum modo todos contribuimos pela nossa inércia (...) O direito processual penal é a ponte que nos liga a todos, é a estrutura que permite que um comportamento humano venha a ser compreendido e até mesmo reprovado, quando tiver que ser reprovado. Dimensão humana da justiça possível, o processo penal configura a estrutura de comunicação válida para que todas as versões de um fato sejam consideradas e investigadas e somente esta razão já seria suficiente para admitir que não se pode abrir mão dele (PRADO, 2003, pp.121-122).

5.4. O reconhecimento de um obstáculo: a falta de interesse de agir e a afronta à dignidade da pessoa humana

Entre todos os pontos de divergência entre os entusiastas e detratores da prescrição virtual o que mais tem alimentado a querela seria a suposta falta de interesse de

agir, que acarretaria a ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal, causando constrangimento desnecessário e violando a dignidade da pessoa humana, fundamento, inclusive, da República Federativa do Brasil⁷⁰. Velar pela observância a esse requisito processual incumbiria tanto ao juiz quanto ao Ministério Público, devendo ser monitorado tanto no momento da propositura da ação penal como em todo o seu desenrolar. A corrente que proclama o instituto entende que falece a condição da ação pelo comprometimento dos conceitos de utilidade e funcionalidade do processo penal quando se enxerga antecipadamente a impossibilidade da aplicação da sanção penal ao seu final. Ausente o binômio utilidade-necessidade (ou trinômio, para alguns, acrescentando-se a adequação), o processo seria natimorto, pela inaplicabilidade do provimento condenatório final.

Eugênio Pacelli de Oliveira circunscreve o interesse de agir no processo penal ao exame da utilidade do processo, dado que sua necessidade é inerente à jurisdição penal, em que somente se impõe a sanção penal por meio do devido processo legal. A condição da ação toca, sobretudo, a efetividade tão almejada no âmbito criminal, que deve ser observada mormente quando se está em disputa a realização dos direitos fundamentais dos jurisdicionados (OLIVEIRA, 2004, p. 78). Nesse ponto, inevitável é conceber a efetividade como um elo entre o direito material e o direito processual, ligando a razão de ser da sanção penal ao meio pelo qual ela é estabelecida.

Na opinião de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, o interesse-utilidade significa que o provimento requerido ao Poder Judiciário deve ser eficaz, de modo que faltará interesse de agir, na ação penal condenatória, quando se verificar que a decisão, a par de embutir comando condenatório, perderá o sentido porque não poderá ser executada (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2006, p. 73). Para os autores, a prescrição pela pena em perspectiva representa com fidelidade hipótese em que o processo penal não merece subsistir, por ausência de interesse de agir.

Fernando da Costa Tourinho Filho procura afastar o interesse de agir no processo penal do interesse primário ou substancial, que representaria o núcleo do direito

⁷⁰ **Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

material. O interesse de agir estaria, de certo modo, implícito em toda ação penal, uma vez que a legitimidade da acusação passa pela necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para que a repressão à infração e o consequente estabelecimento da pena possam ser estabelecidos, em face do princípio *nulla poena sine iudice*. Apesar disso, o autor agrega ao legítimo interesse um *plus*, que seria a suposição de que existe um estado de fato antijurídico porque, apesar de independente do direito material, o direito de ação seria instrumentalmente conexo a um caso concreto (TOURINHO FILHO, 2005, pp. 525-526).

Acerca da justa causa, há quem a diferencie do interesse de agir, entendendo-a como o suporte probatório mínimo a embasar a acusação ou mesmo como avaliação provisória de mérito sobre a existência do *fumus boni juris*⁷¹. Qualquer que seja a definição, o fato é que, para que se afigure presente, imprescindível que a acusação se lastreie em provas suficientes para ensejar a condenação, já que nem mesmo a simples instauração do processo poderia colidir com o respeito e a dignidade da pessoa humana (LEÃO SOBRINHO, 2002, p. 73).

Sob o pálio da falta de interesse de agir, Renee do Ó Souza vê confusão no correto tratamento do instituto prescricional. Para ele, a prescrição virtual não se trata de causa de extinção de punibilidade, mas de hipótese típica em que se verifica a carência da ação. Na verdade, o raciocínio do autor tenta responder, a um só tempo, à combatida falta de previsão legal da prognose prescricional e a suposta ausência de justa causa, questões que, segundo Souza, encontram adequada solução no art. 43, III, do Código de Processo Penal⁷² (SOUZA, 2010). Almeja também expurgar quaisquer dúvidas sobre a reminiscência de alguma consequência cível com o reconhecimento da prescrição antecipada.

Fábio Guedes de Paula Machado, em que pese ser simpático à prescrição pela pena projetada e entender plenamente possível a antecipação de um juízo de culpabilidade nos moldes propostos desde que empreendida para beneficiar o réu, diminui a importância do debate acerca da presença ou não de justa causa em processos nos quais a

III - a dignidade da pessoa humana; (...)

⁷¹ É esta, por exemplo, a posição de Afrânio Silva Jardim, que classifica a justa causa como uma quarta condição da ação, ao lado da legitimidade ad causam, da possibilidade jurídica do pedido e do próprio interesse de agir. Para o autor, a existência de algum lastro probatório, ínfimo que seja, para respaldar a acusação se faz necessária porque a simples instauração do processo penal já atinge, por si só, o *status dignitatis* do imputado (JARDIM, 1987, p. 70).

⁷² Atualmente, por força da lei⁹ 11.719, de 20 de junho de 2008, a referência feita pelo autor pertine ao art. 395, II e III do CPP.

doutrina tergiversa sobre a aplicação do instituto. Ainda que afirme não desconhecer a discussão, desloca o foco da questão para o âmbito material. Entende que não falta a condição da ação interesse de agir, eminentemente processual, mas o que em verdade existe é a desnecessidade de intervenção do direito penal pelo desaparecimento de sua legitimidade, racionalidade ou até mesmo de sua eficácia. Na defesa do funcionalismo enquanto método científico, garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana e preocupado em assegurar a necessária eficácia ao direito penal, mais apropriado lhe parece abordar o tema sob outras lentes, que prestigiam, em detrimento das questões puramente processuais, discussões como as funções da pena e a necessidade de submissão do acusado a um tortuoso processo judicial.

Como se nota, o autor se alinha à corrente materialista, que confere feição substancial à prescrição e, em leitura bastante particular da causa extintiva da punibilidade, propõe a mudança do seu fundamento, sintonizando-a com os ditames do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o não-reconhecimento da prescrição prospectada afrontaria o princípio do respeito à dignidade humana, que impede a imposição de um processo e uma pena desnecessários. Machado acredita que o exercício do mandato imperativo do direito penal quando lhe falta o valor simbólico de sua intervenção é ilegítimo, já que somente a danosidade social justifica a legitimação da punibilidade (MACHADO, 2000, pp. 197-199).

José Frederico Marques parece também tratar o interesse de agir no processo penal sem o mesmo destaque dado ao âmbito cível, conferindo-lhe mais fortemente a conotação de pressuposto processual, de modo que a questão, similarmente ao que insinua Fábio Machado, assume papel secundário. É preciso deixar claro que o autor não menospreza a importância do interesse de agir na seara criminal, mas apenas que o coloca, com bastante propriedade e se é que se pode tratar a temática nestes termos, em um patamar inferior à verificação da efetiva lesão ao bem jurídico-penal, que efetivamente fundamentaria a pretensão punitiva do Estado, que atuaria de maneira a tutelar o ataque perpetrado contra aquele. Talvez por isso é que Frederico Marques aconselhe a prudência do juiz no momento de apreciação inicial da acusação, para não rejeitá-la como se estivesse decidindo definitivamente o mérito ou recebê-la automaticamente, como se procede em despachos de mero expediente (MARQUES, 2000, pp. 199-201).

Compreender apenas a sentença que reconhece a procedência do pedido condenatório nos moldes requeridos pelo Ministério Público ou pelo querelante na inicial acusatória como prestação judicial útil denota, se não uma visão parcialíssima do processo penal, ao menos uma comprometedora tendência ao pré-julgamento, no sentido de que desconsidera o valor legitimante da decisão absolutória efetivada segundo os ditames legais e com o exercício das garantias asseguradas à acusação e à defesa na formação do convencimento do magistrado. Osvaldo Palotti Júnior, com esteio na lição de Carnelutti segundo a qual a finalidade do processo seria a justa composição da lide, “dando razão a uma ou a outra das partes”, defende que, no âmbito do processo penal, tem utilidade jurídica tanto a sentença que reconhece a procedência do pedido, condenando o réu, como a que o declara improcedente, absolvendo-o, por serem ambas modalidades de resposta jurisdicional à pretensão punitiva deduzida em juízo (PALOTTI JÚNIOR, 1994, p. 304).

5.5. Princípio da obrigatoriedade: a aplicação do instituto ao alvedrio do Ministério Público

O princípio da obrigatoriedade da ação penal ensina que os critérios de oportunidade e conveniência não podem pautar a atuação do Ministério Público. Uma vez formada a *opinio delicti*, ao *dominus litis* se impõe o dever de provocar o pronunciamento jurisdicional. Comprovado o fato típico e a autoria demonstrada, de rigor será a denúncia ou seu aditamento. O reconhecimento da prescrição antecipada com o consequente não-oferecimento da peça acusatória, implicaria no monopólio do representante do *parquet* na condução dos destinos do processo e lhe retiraria a prerrogativa de fazer valer o princípio, na medida em que contemplaria a prescrição virtual por não dar início à ação penal⁷³.

Como lição corrente, no ordenamento brasileiro o postulado da obrigatoriedade rege a ação penal pública, ao passo que na ação privada vige o princípio

⁷³ Visto sob este ângulo, apenas ao membro do Ministério Público caberia a apreciação da aplicação ou não da prescrição virtual, uma vez que ainda não haveria uma demanda submetida a apreciação do magistrado, ficando este impossibilitado de contribuir para o debate, diferentemente da situação em que o reconhecimento

da oportunidade, que franqueia ao querelante a prerrogativa de movimentar o aparato judicial segundo sua convicção. Não se trata de transferência do *jus puniendi* para o particular a representar retrocesso no monopólio estatal da jurisdição. É antes de tudo sinal de prudência: a adoção de um ou outro princípio, com a consequente repercussão na titularidade da ação penal, se alterna de acordo com o bem jurídico tutelado, segundo critérios prévios de política criminal, que sopesam quando a perseguição do criminoso em juízo se mostra tão ou mais dolorosa que a própria violação anterior ao bem jurídico, deixando o legislador, por isso mesmo, a opção pela aplicação da justiça nas mãos do titular lesado. A convivência entre os dois princípios no mesmo ordenamento prestigia o papel da vítima no contexto do delito e persegue a minoração das consequências decorrentes da prática criminosa.

Ordenamentos há em que ao Ministério Público não se aplica incondicionalmente o princípio da obrigatoriedade. Alberto Bovino noticia que os direitos inglês e norte-americano adotam o princípio da oportunidade em relação ao *parquet*, ao qual cabe a análise discricionária da utilidade do processo sob o ponto de vista do interesse público. Para a tomada da decisão de intentar ou não a ação penal orbitam fatores como a juventude, velhice ou enfermidade do autor do fato, o perdão da vítima e o transcurso de tempo considerável após a prática do crime⁷⁴. O grau de discricionariedade chega a ser tal que considera, segundo o autor, os efeitos práticos que a resolução de levar adiante o procedimento poderá produzir junto à comunidade, motivo pelo qual não se perseguem fatos proibidos em legislações tidas como inadequadas, antipopulares ou demasiadamente polêmicas (BOVINO *apud* FERNANDES, 2007, pp. 205-206).

A lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, mitigou a aplicação do princípio da obrigatoriedade no cenário jurídico brasileiro, com a possibilidade da proposta de transação penal como meio de evitar a deflagração da ação penal pública contra o acusado⁷⁵

do instituto se dá durante o processo, quando a relação processual já está formada e todos os participantes teriam, em tese, a oportunidade de levantar a questão.

⁷⁴ Mesmo não havendo previsão expressa nesses ordenamentos da prescrição antecipada, percebe-se o influxo do instituto extintivo com características que em muito lembram a roupagem brasileira. De toda forma, ainda que não se queira ler assim a opção, não se pode desconsiderar a marcante presença das teorias do esquecimento e da piedade como fatores consideráveis na decisão de ofertar ou não a denúncia por parte do órgão do Ministério Público.

⁷⁵ **Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

nas infrações classificadas como de menor potencial ofensivo. Verificados certos requisitos previstos na lei, o representante do órgão ministerial se esquivava de procurar a aplicação de pena restritiva de liberdade em troca de sanção menos severa e com a imposição de determinadas condições a serem cumpridas pelo aceitante durante certo lapso temporal. É de bom alvitre destacar que com a concordância em relação ao acordo não há reconhecimento de culpa por parte do imputado, que não perde sua primariedade e a anotação nos registros da justiça se dá apenas para fins de impedir nova oportunidade de transação no prazo de 5 anos.

Questiona-se se a atitude do Ministério Público em oferecer a proposta configuraria faculdade ou obrigação, uma vez atendidos os pressupostos legais. Consolidou-se a posição de que o oferecimento da proposta de transação penal consubstancia poder-dever do representante ministerial. Mas as inquietações sobre a sistemática da transação não se esgotam neste ponto. Deixando o membro do *parquet* de propor o acordo, doutrina a jurisprudência se dividiram sobre a posição adotada pelo juiz. Para uns, face à inércia do titular da ação penal, deveria o magistrado, *sponte sua*, oferecer a proposta ao acusado, por ser direito subjetivo do imputado a opção pela pena restritiva de direitos ou multa no lugar de ter cerceada sua liberdade. Outros defendem que a solução seria a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal⁷⁶, devendo os autos serem remetidos ao Procurador-Geral de Justiça para deliberação, posição que prevaleceu no âmbito dos tribunais superiores⁷⁷.

Ricardo Pieri Nunes encontra na transação penal o precedente para que a prescrição pela pena em perspectiva se aplique em larga escala no procedimento penal brasileiro. Da mesma maneira em que a prescrição virtual apregoa a antevisão de um juízo de provável culpabilidade por meio de elementos previamente delineados em lei, a transação penal também exigiria do órgão acusador apreciação prévia de requisitos subjetivos do acusado para que a proposta tivesse condições de ser oferecida, não havendo empecilhos, a seu ver, para que se promovesse a extensão *in bonam partem*.

⁷⁶ **Art. 28.** Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Ora, se tais requisitos podem ser aferidos preliminarmente para fins de transação penal, por que também não poderiam ser verificados antes do oferecimento da denúncia, ou no curso do processo, quando possível fazê-lo com segurança, à vista das particularidades do caso concreto, para efeito de idealização da pena que eventualmente seria aplicada quando da emissão do provimento jurisdicional de mérito? Inexiste motivo para não fazê-lo, já que *ubi eadem ratio, ibi idem ius* (NUNES, 2002, p. 10).

Apesar de não configurar reincidência, não redundar no registro em folha de antecedentes criminais e, principalmente, poupar o acusado das agruras do cárcere, a transação penal não está imune a ponderações e, especialmente, de implicações. Restrições mais suaves aguardam o acusado, sem que sua defesa tivesse início, o que confere sabor lotérico ao procedimento sumaríssimo (algo do tipo: você pretende exercer seu direito de defesa e correr o risco de suportar uma pena privativa de liberdade ou abrir mão dele – e, por consequência, da chance de demonstrar sua inocência – e dedicar algumas cestas básicas e finais de semana a instituições de caridade?). Neste sentido, se reservas existem quanto à prescrição virtual – em que consequências, apesar de diminutas e restritas à seara cível, persistem, apesar de alguma refutação doutrinária e que será estudada adiante – quanto o mais no âmbito da transação penal, ocasião em que o que se transmuda é apenas a natureza da sanção penal aplicada.

Aury Lopes Júnior destaca que os modelos de justiça negociada representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo. Para o autor, a lógica que orienta o procedimento conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não mais atuando como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. O autor entende que a sistemática negocial transforma o processo penal em verdadeiro mercado persa, na acepção mais depreciativa da expressão, por fomentar a panpenalização e o simbolismo repressor. (LOPES JÚNIOR, 2005, pp. 133-135).

Não se olvide, ademais, a repercussão social da postura do acusado que acorda com o Ministério Público nos moldes do art. 76 da lei nº 9.099/95: quem quiser que enfrente o desafio de dissuadir a vizinhança de que um inocente, em sã consciência, concordou em se desfazer de parte de seu patrimônio e se submeter a limitações no seu cotidiano decorrentes de fato criminoso para o qual não concorreu. Nesta linha de raciocínio, se é certo que a discricionariedade regrada do Ministério Público concede algum

⁷⁷ HC 75.343-MG (STF), Relator Ministro Octávio Gallotti, julgamento em 12.11.1997; Resp 204.788-SP

favor processual à parte ré, não se pode equipará-la, como sugerem alguns, aos efeitos de uma sentença absolutória⁷⁸.

É preciso, antes de mais nada, desfazer a falácia do argumento daqueles que, incondicionalmente, defendem a revolução empreendida com o advento dos juizados especiais criminais: não parece ter sido o instituto concebido no interesse do réu, mas para resolver o acúmulo de feitos criminais de menor monta no âmbito da justiça, reservando-lhes disciplina mais benéfica acaso condenados fossem nos moldes do procedimento tradicional, mas suprimindo boa parte de suas garantias constitucionais. Objetar-se que a aceitação não seria obrigatória, mas quem vive a realidade dos pequenos delitos sabe que a proposta soa quase como uma imposição e, considerando-se a baixa instrução da maior parte da “clientela” dos juizados, compreende-se o alto índice de acatamento da transação, em detrimento de garantias legalmente asseguradas, seja por falta de informação, por pressão das autoridades em incrementar as estatísticas deste modelo de justiça de consensualidade duvidosa ou mesmo pela ideia de que qualquer alternativa à cadeia será sempre mais vantajosa.

Em relação à prescrição pela pena projetada, Aramis Nassif, ao desvelar a importância da pecha social atribuída a quem experimenta os meandros do processo penal, evita discutir que a extinção da punibilidade pode, efetivamente, resultar em benefício ao acusado. No entanto, alerta que, se com veredicto condenatório não se conformar o condenado, ainda que os efeitos da prescrição sejam parecidos com os da absolvição, desta diferencia-se porque não há resgate do prejuízo moral sofrido se inocente for e assim desmentido pela sentença condenatória. De acordo com Nassif, o restabelecimento da verdade do agente só poderia ocorrer ante o devido reexame da matéria, cujo óbice é a prescrição (NASSIF, 2010).

Sob o prisma da acusação, além de macular o princípio da obrigatoriedade ao retirar do representante do Ministério Público a prerrogativa constitucional de deflagrar,

(STJ), Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 07.06.2005.

⁷⁸ Oportuna é a observação de Geraldo Prado de que na perspectiva do trato social e do ponto de vista meramente individual não é válida a assertiva de que o acusado não será culpado pela infração penal. Para ilustrar sua afirmação o autor informa que nos processos criminais decorrentes de acidentes de trânsito na comarca do Rio de Janeiro não raro os motoristas de ônibus envolvidos enfrentam dificuldades na obtenção de novo emprego após a aceitação da proposta de transação penal (PRADO, 2003, p. 118).

por meio da ação penal pública, o processo contra os acusados pela prática de crime, a prescrição virtual também subtrai ao *parquet*, em um segundo momento processual e acaso procedente a acusação, a possibilidade de insurgir-se contra a pena aplicada em sentença, não apenas em relação ao *quantum*, mas ainda em relação ao regime ou à própria espécie. Retira-se, ao fim e ao cabo, sua oportunidade de poder colaborar no dimensionamento da sanção correspondente à gravidade do mal provocado e eficaz no desestímulo às novas incursões na criminalidade.

5.6. Emendatio libelli, mutatio libelli e os contornos precisos do crime

A instrução criminal, além de ter sua importância em assegurar o pleno exercício de defesa, possibilita o ajuste entre os fatos descritos na exordial acusatória e o provimento judicial que encerra a lide. A fim de evitar distorções de conteúdo entre as peças e possibilitar a correlação entre acusação e sentença, o direito processual penal desenvolveu os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* os quais, no ordenamento brasileiro, encontram-se contemplados nos arts. 383⁷⁹ e 384⁸⁰ do Código de Processo Penal. Enquanto na primeira procede-se tão somente à melhor subsunção entre a conduta praticada e o modelo previsto pelo legislador penal, calcado na ideia que o réu se defende dos fatos e não dos artigos legais, no segundo há uma verdadeira guinada processual devido à aparição de elementos novos, que justificam inclusive a reabertura da produção de provas.

Como já referido, a prescrição virtual se projeta sobre uma série de situações hipotéticas, entre as quais se inclui a descrição apriorística do fato delituoso. Ocorre que, por vezes, a par da existência do crime, verifica-se que este não foi efetuado nos moldes inicialmente aventados, pela presença de circunstância liminarmente omitida, o que pode acarretar transferência da capitulação legal e consequente majoração do *quantum*

⁷⁹ **Art. 383.** O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

⁸⁰ **Art. 384.** Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude

sancionatório prejudicando a prognose prescricional feita com base na pena do delito anteriormente imputado. Sendo assim, a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* se apresentam como motivos desaconselhadores do exercício de visualização presumida do delito atribuído na medida em que desprezam a possibilidade de que a instrução penal venha a exibir a desconformidade dos acontecimentos em relação aos padrões apresentados pela acusação ou mesmo pela defesa, nas etapas mais precoces do procedimento penal, defeitos que só a ampla e regular produção probatória seria capaz de sanar.

Renee do Ó Souza vê na apropriada adequação entre acusação e sentença a principal ressalva em desabono à prescrição pela pena em perspectiva, mas não concebe o argumento como inviabilizador do instituto prescricional. De acordo com o autor, não haveria maiores problemas se a verificação da dissonância se desse durante o inquérito policial, já vez que este poderia ser reaberto sempre que surgissem provas novas acerca do delito⁸¹. Alguma dificuldade surgiria apenas no caso da ocorrência de circunstância modificadora no transcurso da ação penal. Ainda assim, a solução mais idônea lhe parece a extinção do processo sem julgamento de mérito – por falta da condição da ação “interesse de agir” – e a propositura de nova ação com a correção pelas partes do defeito anterior (SOUZA, 2010).

Com a devida licença, a doutrina que pensa de forma semelhante não consegue se desvencilhar de mais este óbice imposto à prescrição virtual. O argumento, com os traços acima, não apenas nega vigência aos arts. 383 e 384 do CPP ao propor uma espécie de analogia com o processo civil (quando esta é desnecessária, pelo fato do próprio diploma processual penal apresentar resposta à situação, não havendo lacuna a ser colmatada), mas incorre em tautologia, recorrendo à festejada e polêmica falta de interesse de agir.

Em relação ao surgimento de provas novas que ensejariam a “ressurreição” do inquérito ou do processo penal, a prática penal ensina que, em que pese a possibilidade

desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

⁸¹ Vale lembrar que a referida observação acerca da aplicação da prescrição retroativa antecipada na fase pré-processual só encontra sentido nos processos anteriores à edição da lei nº 12.234/10, pelos motivos já

abstrata, não haverá nenhum esforço por parte das autoridades policiais – e, muito menos, dos magistrados, face à inércia que lhes impõe a garantia de imparcialidade – em angariar novos elementos probatórios, devido à sobrecarga de serviço, o mesmo excesso que forneceu condições para o desenvolvimento de institutos como a prescrição virtual. O cotidiano mostra que, acaso não aportem espontaneamente nos autos informações relevantes posteriores, os feitos arquivados tendem a assim permanecer, sem que se descuide do fato de que a prescrição em abstrato não se interrompe por tais intercorrências.

5.7. As circunstâncias judiciais e a importância da personalidade do réu para a concretização dos fins da pena

Afirmção comum na militância processual penal é que o estabelecimento da pena no mínimo legal seria direito de qualquer acusado e, para que a sanção fosse infligida acima desse patamar, deveriam ser conjugadas circunstâncias prejudiciais a ele. A referência procura, por meio de uma leitura garantista, regulamentar o art. 59 do Código Penal e limitar a discricionariedade do magistrado na apreciação dos requisitos básicos para a fixação da pena. Os defensores da prescrição pela pena em perspectiva aceitam como premissa inarredável a possibilidade de se enxergar em várias situações – e em ocasiões anteriores à sentença, muitas vezes ainda na fase inquisitorial – os fatores que poderiam militar em desfavor do acusado. Em razão disso, “a aplicação da pena traz certa dose de previsibilidade, não podendo o magistrado ir além destes pressupostos, sob pena de prolatar sentença ilegal e abusiva” (HABIB; PIMENTEL, 2004, p. 47).

A correção da observação se ampara na garantia de que o acusado não deve provar sua inocência mas, ao inverso, a acusação é quem deve suportar o ônus de demonstrar a pertinência concreta de cada fator que pretende ver aplicado ao sujeito que responde em juízo pela prática de infração penal, ônus que inclui não apenas a correspondência entre a conduta e o tipo penal, mas toda e qualquer circunstância que de algum modo repercutisse na fixação da pena.

expostos. Ademais, a referência feita pelo autor se justifica uma vez que o artigo foi elaborado antes da edição da mencionada lei.

Carla Rahal Benedetti critica a cotidiana padronização inicial da sanção por entender que a mesma confronta com o princípio da individualização da pena. A autora classifica como um “fetiche” judicial o hábito judicial de, sem maiores ponderações acerca de todas as exigências do art. 59 do CP, estacionar a pena no seu limite mínimo e questiona a justiça de tal medida (BENEDETTI, 2009, p. 206).

O Ministério Público deve fornecer ao juiz os elementos para a precisa apreciação do contexto em que realizado o delito. Ainda assim, a partir de uma análise perfunctória do texto do art. 59, percebe-se que remanesce boa margem de fatores capazes de justificar a decisão do judicial em descolar, durante a primeira etapa do processo de dosimetria da pena, a sanção do patamar mínimo cominado, atribuindo-lhe certa dose de discricionariedade.

Como é consabido, diferentemente dos demais agentes políticos, escolhidos por meio de eleições, os juízes não se submetem a um processo prévio de legitimação de sua atividade, o que só ocorre *a posteriori* justamente por meio da devida fundamentação de seus provimentos jurisdicionais. Os requisitos elencados no art. 59 têm por escopo não apenas dar efetividade ao princípio da motivação das decisões judiciais, mas também evitar que a apreciação dos elementos na fase primeira de fixação da pena se pautem por critérios puramente ideológicos ou mesmo que atople a disciplina das etapas subsequentes.

Luiz Luisi aponta que a hipótese de individualização judiciária da sanção penal é de “discricionariedade juridicamente vinculada”, pois o juiz fica atrelado aos parâmetros que a própria lei estabelece. Dentro deles cabe ao magistrado fazer suas opções para chegar a uma justa aplicação da lei penal, atento às nuances objetivas e à pessoa a quem a pena se destina. Mesmo assim, entende inevitável o reconhecimento de que habitualmente persiste na atividade do julgador um “coeficiente criador”, muitas vezes irracional, que projeta inconscientemente as concepções da vida e do mundo do juiz. A possibilidade de externar nas sentenças traços de sua personalidade, entretanto, não colidiria com a disciplina legal desde que este componente emocional implicasse na escolha entre as alternativas implícita ou explicitamente delineadas em lei (LUISI, 2003, p. 54).

A fixação da pena mínima não tem a simplicidade que denota ou que ao menos se consolidou na realidade brasileira, quer por comodidade de quem a procede, quer

pela aceitação de que, ao assim agir, estar-se-ia dando concretude à presunção de inocência do acusado, ainda que para tanto a técnica e a redação do diploma penal tivessem que ser sacrificadas.

Não demanda esforço hercúleo a percepção de que apenas com o contato mais próximo com o acusado – e também com a vítima, dado essencial a depender da natureza do crime – o magistrado pode se munir das informações necessárias ao atendimento do preceituado pelo art. 59. Em verdade, apenas com relação aos dados essencialmente objetivos, notadamente aos antecedentes documentados, pode se trabalhar com alguma segurança de maneira antecipada. Quanto aos demais, difícil não manifestar reservas quanto à precoce avaliação judicial, pois só a instrução processual será apta a retratar com mais fidelidade os traços psicológicos do agente de modo a ensejar o estabelecimento de *quantum* inicial adequado para a reprovação e prevenção do crime.

5.8. Implicações cíveis

Ainda que o reconhecimento da prescrição virtual acarrete a impossibilidade de aplicação de sanções penais de qualquer ordem, alguma divergência doutrinária subsiste sobre seu poder liberatório amplo e irrestrito do acusado das hostes do Poder Judiciário.

Explica-se. Mesmo que sejam subtraídos os efeitos penais da sentença que reconhece a prescrição pela pena em perspectiva, não há como se ignorar a aptidão, em tese, do provimento jurisdicional para produzir consequências jurídicas na esfera cível. Conforme o disposto nos artigos 935⁸² do Código Civil, 63⁸³ do Código de Processo Penal e 475-N⁸⁴, II, do Código de Processo Civil, o édito condenatório se constitui em título hábil para a propositura da ação de ressarcimento do dano causado pela infração penal.

⁸² **Art. 935.** A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁸³ **Art. 63.** Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

⁸⁴ **Art. 475-N.** São títulos executivos judiciais:

(...)

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

Oscar Nicolás Vera Barros destaca, como o faz esmagadora doutrina, que a independência entre as instâncias do direito permite à vítima transigir com relação ao seu crédito em relação ao autor do fato criminoso, podendo renunciar à execução ou transacionar. O autor argentino recorda, inclusive, o pensamento de Karl Binding no sentido de que no lugar de causar uma chaga como a provocada pela aplicação da pena, o ressarcimento deve curar uma ferida sem abrir outra, na medida do possível. Não se confundem, assim, as sanções penais – no âmbito das quais se almeja o restabelecimento da paz social após a perpetração do delito – e as cíveis – que, despidas do caráter de pena, têm por escopo reparar, anular e aliviar individualmente o mal produzido. Desta diferença de objetivos resulta a de disciplina, razão por que a prescrição da ação penal não prejudica a ação civil (BARROS, 2007, pp. 123-124).

Desta forma, parece mais interessante ao réu que a querela tenha o mérito resolvido no âmbito penal, principalmente porque a sentença penal absolutória, eventualidade cujo direito não lhe pode ser suprimido, será bem mais benevolente e, indubitavelmente, não lhe trará nenhuma repercussão criminal ou patrimonial negativa. Ainda que não reconheça categoricamente a inexistência do fato ou a falta de participação do acusado na empreitada criminosa, entre outros, se se amparar, por exemplo, no reconhecimento de causa excludente de antijuridicidade, faz coisa julgada no cível para impedir a ação ressarcitória, de acordo com o artigo 65⁸⁵ do CPP.

Há autores que buscam desconstruir a possibilidade de aplicação dos referidos artigos com base no raciocínio que a sentença, em casos tais, não gozaria de conteúdo condenatório, mas declaratório da extinção de punibilidade (ALFRADIQUE, 2010). Mesmo com essa visão, contudo, seria possível o ingresso da ação civil *ex delicto*, desta feita com supedâneo no já referido art. 67, II, do CPP.

Ricardo Pieri Nunes julga não remanescerem consequências cíveis imediatas com a prescrição virtual, uma vez que o comando da sentença que *a priori* resolveu o mérito, antes de se tornar imutável, será reformada quando atestar, ao reconhecer a extinção da punibilidade, a inexistência do direito concreto de punir. O automático dever de indenizar não chegaria a ser confirmado porque a decisão condenatória daria lugar ao

⁸⁵ **Art. 65.** Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

provimento extintivo. É de bom alvitre perceber que a apreciação dada pelo autor ao tema apenas retira da sentença que reconhece a prescrição projetada o caráter executivo, mas não a isenta de efeitos. Isto porque, conforme ele próprio reconhece, ainda que não configure título executivo judicial, a sentença poderia servir de substancial suporte documental para a propositura de ação de conhecimento condenatória, que poderia ensejar, inclusive, o julgamento antecipado da lide cível, nos moldes do art. 330, I, *in fine*⁸⁶ do CPC (NUNES, 2002, p. 11).

Como se nota, a vingar a tese do autor, não se livraria o acusado de enfrentar um processo cível. A grosso modo, apenas se postergaria o reconhecimento da dívida para com a vítima, sem que lhe fosse fornecida a chance de postular sua absolvição e, de tal maneira, infirmar a pretensão ressarcitória contra ele exercida.

5.9. A prescrição virtual e sua conformidade aos princípios constitucionais processuais e penais

Ao se arvorar no monopólio da produção jurídica, o Estado tomou para si a responsabilidade pela elaboração de padrões substanciais e procedimentais prévios para o processamento das infrações penais submetidas ao crivo dos poderes constituídos. Logrou, com isso, a superação de um passado de terror hoje distante da maioria dos ordenamentos jurídicos e que permitia a disciplina de ocasião, quando o destino dos acusados variava ao sabor dos interesses políticos, não raro ensejando soluções diversas a situações semelhantes, em situação de total insegurança e previsibilidade.

Surge como condição própria da existência e conservação do Estado seu direito à obediência dos preceitos penais por parte dos cidadãos. Uma vez atingido, sua extinção promove a transformação do direito anterior – de constituir a população em obrigações, por meio da observância ao preceito legal – em direito de punir. O *jus puniendi*

⁸⁶ **Art. 330.** O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, **não houver necessidade de produzir prova em audiência**; (grifos nossos)

decorrente da conversão representa nada mais do que o direito estatal à autodefesa face à violação dos mandamentos legitimamente impostos à coletividade (ROCCO, 2005, pp. 544-547).

A sistematização dogmática do princípio da legalidade se deu por obra de Anselm von Feurbach, em 1801, a partir de quem o tema passou a receber formulação científica, guardando relação direta com a finalidade da pena e, conseqüentemente, do próprio direito penal. Cláudio Brandão destaca que com a legalidade o direito penal rompe com o terror e se volta para o homem, tornando-o a figura central de todo o ordenamento penal e o valorizando em sua dignidade. Isto porque se o princípio tem o condão de limitar a intervenção penal, proporciona uma garantia ao indivíduo, na medida em que delimita o âmbito de atuação do Estado na inflicção da pena (BRANDÃO, 2002, pp. 36-39).

O postulado, ao arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao processo penal uma função de garantia quando torna certos o delito e a pena, assegurando ao cidadão que só por fatos anteriormente previstos como delituosos e naquelas penas com antecedência fixadas poderia ser processado e condenado (LUISI, 2003, p 23).

Combate-se a prescrição virtual sob o argumento de sua ausência de previsão legal. Entende-se que o instituto implicaria na condenável substituição do legislador positivo pela figura do juiz (LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 184), em total colisão com o princípio da tripartição de poderes. Isto porque a prescrição retroativa pela pena concretizada na sentença pressupõe a efetiva existência de sentença condenatória, com o estabelecimento da sanção e o trânsito em julgado para a acusação. Não se enquadrando nos parâmetros legais elaborados após regular procedimento legislativo, inadmissível seria a ocorrência da prescrição, mormente quando, totalmente ao arrepio da lei, se toma como base dados inexistentes, aleatórios e inseguros⁸⁷. A posição foi reforçada com o advento da lei nº 12.234/10 a qual, conforme visto, limitou a incidência da prescrição retroativa.

Não é salutar a proposição de uma dogmática fria e que desconhece a contribuição da magistratura no complexo trabalho de aplicar justiça substancial ao caso concreto. Há muito está ultrapassada a concepção do juiz como “boca da lei”. Como bem aponta, Ricardo Pieri Nunes o atual contexto de evolução da ciência jurídica permite, face à constatação do esgotamento do clássico modelo positivista, maior grau de densidade

⁸⁷ RHC 2.926-PE, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgamento em 17/08/1993.

normativa na aplicação dos postulados penais (NUNES, 2002, p. 10). A flexibilização estimulada, no entanto, deve comprometer o mínimo possível dos dispositivos legais aplicáveis, possibilitando-lhes um novo olhar apenas quando houver margem interpretativa para tanto.

Em uma interpretação dialética, pode-se extrair, como corolário do princípio da legalidade, o devido processo legal. Dialética porque, se se pode compreender o princípio da legalidade como prioritariamente concebido em nome das garantias dos réus – justamente por suas raízes históricas se fincarem na necessidade de coibição das arbitrariedades estatais contra o acusado –, o devido processo legal se ampara no ideal de possibilitar a isonomia processual entre as partes em litígio. Prestigia, sobretudo, a paridade de armas, a fim de evitar o desequilíbrio na relação jurídica posta em juízo. A existência de exceções expressas nos textos legais nem por isso lhe infirma a validade, como sobressaem, apenas como ilustração, o princípio do favor rei e a existência de recursos exclusivos da defesa.

A análise e acatamento da prescrição em perspectiva, por se dar em momento processual inadequado, quando as oportunidades processuais não se manifestaram em sua plenitude, colidiriam com o postulado constitucional insculpido no artigo 5º, LIV⁸⁸, da Constituição Federal, na medida em que, para que se possa cogitar de condenação, ainda que suposta, cabe desenvolver o processo em todas as suas etapas, já que só a sentença gera o status de condenado ou de inocente. Subtrair-se-ia do acusado a possibilidade de ser declarada oficialmente sua inocência e a da acusação de comprovar sua culpabilidade.

Seus defensores entendem que o devido processo legal resta preservado com o reconhecimento da prescrição antecipada, já que a Constituição apregoa a garantia do princípio em sua faceta substantiva, representada pelo princípio da razoabilidade, o qual não seria atendido ante a submissão de alguém ao trâmite de um processo criminal que jamais desaguaria na imposição definitiva de uma condenação. A teoria do *substantive due process*, que tem na razoabilidade o seu alicerce, procura afrouxar as amarras processuais

⁸⁸ **Art. 5º. (...):**

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

em nome da garantia dos direitos fundamentais e da relação proporcional entre motivos, meios e fins do processo.

Rogério Lauria Tucci defende a razoabilidade como fio condutor do verdadeiro conteúdo do devido processo legal, responsável por trazer o senso de justiça aos dispositivos legais. Entretanto, mesmo sob o ideal de evitar a aplicação de preexistentes normas desarrazoadas ao caso concreto, o autor relata sua dificuldade na aceitação de uma iniciativa procedimental desenvolvida com exclusiva vantagem de uma das partes, sem a correlata atribuição de poder de reação à outra. Para Tucci, o processo legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama poderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e plena contraditoriedade entre as partes (TUCCI, 2002, pp. 202-204).

Quando privilegia em excesso uma das partes, na esteira do desrespeito à disciplina legal, a doutrina abonadora da prescrição pela pena projetada macula também os princípios do contraditório e da ampla defesa, devido à impossibilidade do acusado rebater todas as imputações a ele atribuídas, bem como de deduzir em juízo as matérias que entender úteis para demonstrar a sua versão dos fatos. Por outro lado, persiste o interesse da sociedade se não em ver corretamente processado o acusado da conduta criminosa, ao menos o seu direito de assistir à prevalência das leis editadas por seus representantes.

A observância da parêmia *audiatur et altera pars* (“a parte contrária deve ser ouvida”) é veementemente defendida por Fernando da Costa Tourinho porque, para que o Poder Judiciário possa corretamente “dar a cada um o que é seu”, imprescinde-se da igualdade entre acusação e defesa e da oportunidade do juiz ouvir as alegações das partes, bem como de apreciar as demais provas colhidas nos autos (TOURINHO FILHO, 2005, pp. 46-47).

O processo penal tem como meta a perseguição da verdade e ao réu assiste o direito de ser ouvido e atuar para demonstrá-la, ou ao menos para dificultar ou abrandar sua tonalização, vez que é a ele que a eventual *sanctio juris* se dirige. Para tanto, deve dispor de meios pujantes para assegurar-lhe defesa efetiva. Antônio Scarance Fernandes preenche com os direitos à defesa técnica e à autodefesa o conteúdo do princípio da ampla defesa, assentado constitucionalmente. Ambas colocam-se, na visão do autor, em relação de diversidade e complementaridade (FERNANDES, 2007, p. 295). Enquanto a defesa técnica, indeclinável, denota a presença imprescindível de advogado a fim de sustentar de

maneira efetiva a versão mais benéfica ao réu, a autodefesa se constitui na manifestação tutelar exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo, que englobam o direito de audiência, de presença e o de postular pessoalmente.

O exercício da autodefesa e a defesa técnica, como desdobramentos naturais do direito de defesa, podem revelar incongruências, derivando de concepções opostas por parte do imputado e de seu advogado. João Batista Marques Tovo e Paulo Cláudio Tovo contam que, pelos motivos mais recônditos e aparentemente inexplicáveis, pode ocorrer de o acusado comportar-se como se quisesse ser condenado, competindo ao defensor técnico buscar as causas da conduta e, se for o caso, suscitar o incidente de insanidade mental (TOVO; TOVO, 2008, p. 50). Aplicável à prescrição antecipada, o comportamento pode se justificar pela falsa compreensão de que existe identidade entre a sentença absolutória e a que decreta prematuramente a extinção de punibilidade, como já explicitado, ou simplesmente pela ânsia em evitar o ambiente das delegacias ou os corredores do tribunal, emergindo a relevância do patrocínio da causa por profissional devidamente habilitado. Por outro lado, deve atentar o magistrado para a situação inversa: por comodidade e valendo-se da incúria do acusado, poderia o advogado postular pela prescrição projetada. Nesta hipótese, merece prevalecer o direito constitucional de ampla defesa focado na obtenção da absolvição, com todos os meios a ele inerentes.

O raciocínio que pressupõe a culpabilidade do acusado, mesmo que para lhe franquear, ao final, a extinção da punibilidade penal alimenta uma das teses mais contundentes encampadas pela doutrina que resiste à consagração da prescrição virtual, qual seja, a violação ao princípio da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, LVII⁸⁹, da Constituição Federal. O réu teria direito a uma sentença absolutória, no mais amplo sentido liberatório, o que não se afiguraria com a sentença prematura a reconhecer a prescrição antecipada. Apesar da não-geração de efeitos jurídicos penais, argumenta-se, além da controversa repercussão cível, que não se pode desprezar os efeitos morais e sociais decorrentes.

Ricardo Alves Bento lê, sob vários ângulos, o princípio. Primeiro, como garantia política de preservação do estado de inocência do acusado. Segundo, como regra

⁸⁹ Art. 5º. (...):

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

de julgamento, perpetuado pelo *in dubio pro reo*, que permite a prevalência da versão mais benéfica ao réu quando houver dúvida sobre a certeza da imputação. Terceiro, como regra de tratamento do acusado durante o desenrolar do processo, vedando a execução desmotivada antecipada da pena e, por fim, como condicionante do direito do acusado de ser julgado em tempo não excessiva e desarrazoadamente prolongado. Bento entende que a presunção de inocência deve ocupar o tempo necessário para o pleno exercício das garantias constitucionais sem que permita a existência de institutos que garantam a impunidade aos infratores “beneficiados pela vetusta máquina jurisdicional estatal”. Para que possa ser atendido em sua acepção mais ampla, o princípio deve permitir ao imputado os instrumentos para que, depois de se defender tecnicamente, saiba em que proporção foi reconhecida a sua responsabilidade penal (BENTO, 2006, pp. 577-578).

Adauto Suannes propõe uma posição de espectador ao acusado e chega a argumentar que manifestar preocupação com o esclarecimento da imputação seria negar àquele seu direito ao silêncio. Com efeito, se alguém é incomodado pelo Estado com uma acusação que pode lhe cercear a liberdade correto seria exigir do órgão acusador a precisão dos motivos que lhe formaram o convencimento, sob pena de responder pela leviandade. O autor acredita que a presunção de inocência não impõe ao acusado colaboração nenhuma podendo, ao reverso, demonstrar má vontade e indignação diante da perturbação de sua tranquilidade (SUANNES, 1999, p. 141).

Não se deve, contudo, enxergar o postulado ao extremo de inviabilizar a persecução penal, concebendo a instauração do processo, por si só, como atentadora ao estado de inocência do acusado. Winfried Hassemer pondera que, apesar da presunção de inocência, pode-se iniciar um processo e avançar quanto ao esclarecimento da suspeita do fato, pois de outro modo não se poderia encontrar a culpabilidade ou a inocência. Do mesmo modo, pode ser proferida e publicada uma decisão inválida sobre a culpabilidade, como forma de realização de uma justiça penal ordenada democraticamente. Ressalta, entretanto, sua preocupação com a repercussão social derivada da cobertura conferida ao fato criminoso pela mídia, a fim de evitar juízos antecipados, em qualquer sentido.

Apesar da presunção de inocência, pode-se informar nos meios de comunicação sobre as suspeitas do ato, o procedimento investigatório, a audiência principal e a decisão: de outro modo estes não poderiam cumprir sua tarefa constitucional de informar o público sobre questões importantes. Porém, devido à presunção de inocência, não se permite que se fale nestes meios sobre a culpabilidade dos participantes, mais do que aquilo que se pode justificar de acordo com a situação

do processo: se um processo não foi concluído em última instância, então há ainda a possibilidade de que o acusado ou o condenado sejam inocentes (HASSEMER, 2005, p. 222).

Por fim, anote-se que, ainda que por pragmatismo o magistrado quisesse dar efetividade ao instituto, encontraria na Constituição outro obstáculo. René Ariel Dotti argumenta que a prescrição virtual vai de encontro à garantia constitucional do acesso ao Judiciário, abrigada no art. 5º, XXXV⁹⁰ e que consubstancia o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Não nega que quando se prestigia a prescrição virtual o crime encontra solução no âmbito formal do próprio Poder, mas entende que não decidir sobre a causa no prazo determinado por lei, bem como a demora ou omissão no atendimento constitui-se em injustiça contra o Direito e o interesse das partes em confronto (DOTTI, 1995, p. 186).

⁹⁰ **Art. 5º. (...):**

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

6. Conclusão

Conturbado momento é o que vive o direito (processual) penal brasileiro. Com manifesta dificuldade em se desvencilhar das críticas corriqueiras veiculadas pelos meios de comunicação de massa e repercutidas nas ruas de que a atuação judicial tem se mostrado morosa e tendenciosa, não só as autoridades mas também autorizada doutrina e boa parcela dos tribunais optam por, açodadamente, promover alterações legislativas e jurisprudenciais no sentido de devolver aos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal e ao Poder Judiciário a credibilidade perdida em meio aos processos acumulados nas prateleiras judiciais e à crescente difusão do jargão popular de que, no país, apenas os criminosos oriundos das camadas mais baixas da sociedade frequentam penitenciárias.

É esse, de forma deveras superficial, o contexto que permite a edição, à guisa de exemplo, de leis tributárias fantasiadas com roupagem e adereços penais e que transformam o Ministério Público em onipotente cobrador de tributos. Se os meios ordinários de cobrança de dívida não mais respondem aos comandos de auditores e procuradores do Estado, nada mais natural que incrementar os instrumentos oficiais com a possibilidade de aplicação de sanção penal, satisfazendo, ao mesmo tempo, o apetite daqueles que desejam, ainda que provisoriamente decretada, a prisão de empresários acostumados a ilustrar cadernos jornalísticos diversos dos policiais. E nem se cogite de subsidiariedade do direito penal a incidir na hipótese porque basta o parcelamento da dívida fiscal para que a demanda volte a ter feição tributária.

A recuperação da popularidade dos poderes constituídos também motiva diplomas como a lei nº 9.099/95, que criou os juizados especiais criminais. Sob a promessa de dar às infrações de pequena monta tratamento mais consentâneo com a gravidade da conduta em relação ao meio social em que realizada, em duvidosa demonstração de apreço ao princípio da adequação social, a lei, inadvertidamente, permutou a penalização de alguns delitos por sanções mais brandas, muitas das quais ainda com caráter penal, transigindo de maneira questionável com garantias processuais bastante caras ao Estado Democrático de Direito com a justificativa de reservar às varas judiciais apenas o processamento de demandas de maior complexidade. Na ausência de ousadia em descriminalizar condutas

que não mais gozam de reprovação social, recorre-se a um processo penal deformado como a panacéia para os crimes de menor potencial ofensivo.

Apesar de aparente tergiversação em relação ao foco da dissertação, as situações ilustram a tendência nacional de perseguir, por meio de uma resposta jurídica, a solução para os problemas gerenciais que atravancam o pleno funcionamento do mecanismo judiciário. Audiências que há muito deveriam ser unas são desnecessariamente fracionadas, cartas precatórias realizam dispendioso trânsito pelo tribunal – quando a remessa direta entre deprecante e deprecado melhor se sintoniza com os ideais de celeridade processual e confere o mesmo lastro colaborativo entre os órgãos judiciais –, sentenças que deveriam – por expressa disposição legal – ser proferidas em audiência são inexplicavelmente proteladas, diligências ocorrem parcimoniosamente, sem que haja empecilho legislativo para que se realizem paralelamente... Pretende-se, por meio de artifícios legais, negar o burocratismo que permeia a condução administrativa das atividades judiciais.

A prescrição virtual representa mais uma tentativa de agilizar a tramitação dos feitos criminais e contribuir para a desobstrução das pautas cartorárias. Até aí, nada que infirme seus ideais. Iniciativas que promovem novas leituras dos diplomas de regência da matéria, que datam da metade do século, não só devem ser valorizadas como também estimuladas. Só que, ao trabalhar em cima de dados excessivamente incertos, imprecisos e de elevada subjetividade, sem nenhum rigor científico, a pretexto de promover um direito penal efetivo, a projeção prescricional compromete a qualidade da prestação jurisdicional. O instituto peca pela fragilidade de suas bases e por transigir desmedida e inconsequentemente com garantias de envergadura constitucional.

Não parece considerar a pecha de criminoso a pairar sob a figura do acusado. Também, não merece vingar a ideia de que a prescrição pela pena projetada tem o condão de expurgar quaisquer mazelas em relação ao réu, como se absolutória fosse. Não bastasse a subsistência dos efeitos cíveis – ou, se assim não se entender, a consolidação de convincente título judicial hábil a encorpar ação judicial de ressarcimento –, é fato que a expressão “prescrição”, associada ao processo penal, carrega, no meio social, forte conotação negativa, em um duplo de reconhecimento de culpa: do acusado, pela prática do

fato definido como crime, e do Poder Judiciário, pela ineficácia de seus órgãos. Libertar-se de tal fardo, por meio de uma sentença absolutória, é opção que não se pode descogitar, até porque, ainda que condenado seja declarado ao final, subsistem, desta feita com muito mais razão, as premissas que suportam o reconhecimento da prescrição em qualquer de suas modalidades clássicas.

Para que se pretenda sério e perene, um instituto deve se atualizar sem que subvertam suas raízes, sob pena de descaracterizá-lo. Nos moldes propostos pelos virtualistas, a prescrição mais se assemelha a um ato de graça ou mesmo à anistia, colocando por terra a rica e preciosa tradição da causa extintiva da punibilidade fecundada a partir da *Lex Julia de Adulteriis*.

Tecnicamente, a prescrição pela pena ideal parece desconhecer a disciplina que a originou ou apenas a aproveita parcialmente, naquilo que lhe parece útil. Isto porque, espécie da prescrição retroativa que é, a virtual não lhe pode negar os requisitos. Ou a aperfeiçoa sem extirpar-lhe ou que encontre uma nova categoria jurídica para se encaixar. Por se balizar na pena concreta, natural que o primeiro dos pressupostos para o seu reconhecimento seja a existência de uma sentença condenatória. Ademais, exige-se que a decisão tenha transitado em julgado para a acusação ou que tenha sido improvido seu recurso. Em face disso, a prescrição não pode ser reconhecida antes da condenação, não sendo admissível que o juiz, no próprio comando condenatório, declare a extinção da punibilidade pela prescrição, vez que já se esgotou sua atividade jurisdicional. Dar ao juiz originário a possibilidade de acatar a prescrição retroativa com as modificações sugeridas implica em reprovável supressão de instância.

Os pressupostos da prognose prescricional não resistem ao teste de conformidade com as teorias que lastreiam o instituto. Pois bem, não há como imaginar a deslembração quando se aborta o procedimento apuratório em um momento no qual ainda palpitam na memória coletiva os detalhes do crime. Se sobre a teoria do esquecimento pesam fundadas críticas em relação ao seu elevado grau de subjetividade, *a fortiori sensu* quando não se verifica o suporte temporal exigido. O mesmo se defenda com relação às teorias que vislumbram no desenvolver do processo a pena necessária à expiação da culpa do acusado, seja pela tormenta vivida, pela reforma psicológica experimentada ou mesmo

pelo dó desenvolvido pela sociedade com o passar dos anos. Não haveria que se falar, ainda, em desinteresse estatal porque, se assim o quisesse, o faria por meio do adequado procedimento legislativo no sentido de ampliar a incidência da prescrição retroativa, e não o contrário, enxugando-a, como provam as modificações efetuadas pela lei nº 12.234/10. Por fim, a antecipação da pena aplicada e a consequente decretação da extinção da punibilidade colide frontalmente com a mais sólida das teorias da prescrição, na medida em que não permite que o procedimento avance ao estágio em que as provas serão produzidas em sua plenitude.

Nota-se que as alternativas que tentam acelerar o processo e dispensar a realização de atos supostamente desnecessários se pautam principalmente pela impressão provocada no meio social com o trabalho realizado pelo Poder Judiciário, ainda que não se negue a receptividade com que parcela da magistratura e dos serventuários da justiça a acatam. Concluem que quanto mais célere e enxuto o processo, maior o prestígio alcançado. A afirmativa deve ser vista, porém, com a necessária acuidade. O direito penal deve ser transigente com técnicas que adaptem seu ritual aos novos tempos, encurtando distâncias e descartando o formalismo exagerado, desde que não se afaste da disciplina legal, sob pena de comprometer a utilidade e o benefício trazido pelas inovações. Tecida a observação, pergunta-se o que é mais desprestigioso: a sentença que, levando mais tempo para ser prolatada porque observou estritamente todas as fases processuais previstas, reconhece ao final a prescrição ou aquela que aborta prematuramente o processo para culminar no mesmo acatamento ao instituto? Se o argumento é exclusivamente o do prestígio, não há que se falar em vantagem de uma sobre a outra, vez que findam por aplicar a causa extintiva de punibilidade. Ambas militam em desfavor da imagem do Estado por não ter sido capaz de atuar satisfatoriamente no prazo previsto em lei.

Diante do exposto, percebe-se que, por mais que se tente atribuir uma multiplicidade de fundamentos, o instituto tem como mola propulsora a intenção de conferir maior celeridade ao Judiciário. A partir daí derivam teses acerca de questões de natureza procedimental, interpretações não-convencionais dos princípios e mesmo das normas dos códigos Penal, de Processo Penal e da própria Constituição Federal. A iniciativa retrata a conhecida característica brasileira de buscar paliativos para solucionar

seus problemas. O fato é que o Poder Judiciário não demonstra maturidade para assimilar as críticas e perseguir os pontos de estrangulamento em sua estrutura.

A questão da morosidade esbarra, é certo, em questões processuais (como a existência demasiada de meios impugnativos das decisões judiciais), mas não se ousa investir contra o gerenciamento da justiça. Em verdade, a disciplina atual fornecida pelos códigos remonta a uma realidade histórica que não se alinha à atual, mas não impede que o serviço judiciário possa se adequar aos textos de maneira eficiente sem que precise rasgá-los.

Não se carece de grande esforço para perceber a falta de organização, investimento e treinamento adequados na condução dos procedimentos entre os órgãos do judiciário têm propiciado demora no processamento dos feitos. Apenas à guisa de exemplo, não raro se verifica a remarcação de audiências devido à falta de intimação de testemunhas, quando um planejamento mais apropriado permitiria que as partes tivessem oportunidade, em tempo hábil, de opinar sobre a não-localização, promovendo a substituição ou até a desistência, evitando que os erros tenham que ser sanados no próprio dia e o transtorno dos que se fizerem presentes. A solução pode até parecer simplória, mas se nota uma espécie de padronização para o procedimento de agendamento de audiências a partir da decisão que a designa, sem que as peculiaridades do feito sejam respeitadas, como a quantidade de testemunhas ou o acesso aos locais de residência. Destaque-se ainda que a justiça desmerece o potencial tecnológico para a efetivação dos atos processuais, talvez o principal responsável pela paralisação desmedida dos feitos, a ponto de a doutrina alcunhar como “etapas mortas” o período em que os processos aguardam nas prateleiras dos cartórios que citações, intimações e notificações tenham lugar. A existência de sistemas informatizados interligados contribuiria para a bem-sucedida comunicação dos atos entre órgãos oficiais e juízes, evitando que se recorresse ao já ultrapassado mecanismo postal. Por fim, não se pode olvidar a falta de investimento na capacitação de juízes na condução de suas tarefas administrativas. Os recursos destinados ao aperfeiçoamento da magistratura concentram-se no incremento jurídico, relegando a segundo plano o fato de que, como responsável por uma unidade judiciária, o magistrado é muito mais que o aplicador da lei, mas gerente de uma equipe, a qual necessita de motivação e consciência de que conduz suas atividades de

maneira produtora. Felizmente tem se verificado maior preocupação das autoridades na realização de cursos e treinamentos com foco na administração judiciária e, principalmente, maior abertura dos juízes para a aceitação da importância de sua atividade-meio.

Isto posto, conclui-se que, ao optar por não encarar as verdadeiras razões que emperram o trabalho de juízes e serventuários, os defensores da prescrição virtual propõem uma alternativa empírica que coloca em jogo as garantias dos cidadãos em nome de uma justiça temerária e experimental.

7. Referências

ALFRADIQUE, Eliane. **Prescrição penal e a atualidade de sua aplicação**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

ANDRADE, Cristiano José de. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Prescrição antecipada ou trabalho de Sísifo**. In: Boletim dos Procuradores da República, ano III, n. 29, setembro/2000.

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição penal: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado**. Bauru: EDIPRO, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal**. In: Capítulo Criminológico, n. 14, Maracaibo, Universidade de Zulia, 1986, pp. 174 e ss.

BARROS, Oscar Vera. **La prescripción penal en el código penal**. 2ª Ed. Buenos Aires: Lerner, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Traducción: Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Prescrição penal antecipada**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. **O dogma constitucional da presunção de inocência**. In: Marco Antônio Marques da Silva (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 575-600.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. 9ª Ed. Pádua: Cedam, 1976.

BORGES, Danilo Marques. **Breves apontamentos sobre a lei 12.234/2010 e a prescrição retroativa**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 30 de junho de 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio de legalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BRANDÃO, Edison Aparecido. **Prescrição em perspectiva**. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 710, dezembro/1994, p. 391.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

_____. **Direito Penal: parte geral**. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Prescrição Penal e alterações da lei 12.234/10**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 05 de junho de 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal: parte general**. V. 2. Traducción: José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1956.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao código penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. V. IV. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Prescrição antecipada**. In: Revista Jurídica Síntese, Porto Alegre, n. 229, novembro/1996, pp. 143-145.

CASTIGLIONE, Theodolindo. **Os crimes contra a Humanidade e o problema da prescrição em face de um código penal internacional**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 46, v. 385, novembro/1967. pp. 7-47.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. Valencia: Tirant to Blanch, 2004.

COSTA, Aldo de Campos. **Breves considerações sobre a lei no 12.234, de 5 de maio de 2010**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2506. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14839>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

COSTA, José de Faria. **O Direito Penal e o Tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, 2003, pp. 63-85.

COSTA JUNIOR, Heitor. **Aspectos da parte geral do Anteprojeto de Código Penal**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 71, n. 555, janeiro/1982, pp. 142-152.

CREUS, Carlos. **Derecho penal: parte general**. 5ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal: parte General**. Tomo I. V. I. 10ª Ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1951.

DOTTI, René Ariel. **A inconstitucionalidade da lei nº 12.234/10: a manifesta violação ao princípio da paridade de armas**. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em 17 de dezembro de 2010.

_____. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano III, n. 11, julho-setembro/1995, pp. 185-207.

DRUMMOND, João da Costa Lima. **Estudos de direito criminal**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FERRI, Enrico. **Principii de diritto criminale**. Torino: Editrice Torinese, 1928.

FERRINI, Contardo. **Diritto penale romano: teorie generali**. Milano: Editore Librai Della Real Casa, 1899.

FLORIAN, Eugenio; POZZOLINI, Alfredo; ZERBOGLIO, Adolfo; VIAZZI, Pio. **Trattato di diritto penale**. V. 1. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1899.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. V. I. Tomo II. 3ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. São Paulo: Teixeira & Irmão Editores, 1893.

GARRAUD, René. **Compêndio de direito criminal**. V. 2. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. **Prescrição antecipada: acertos e desacertos**. In: Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VIII, n. 179, junho/2004.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

HAUS, J. J. **Principes généraux du droit penal belge**. Tomo 2. Paris: Ernest Thorin Éditeur, 1889.

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.

IMPALLOMENI, G. B. **Istituzioni di diritto penale**. Seconda ristampa dell'edizione postuma. Torino: Editrice Torinese, 1916.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**. 2ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. V. II. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981.

JESUS, Damásio E. **Prescrição penal**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

_____. **Alteração de prazo prescricional da pretensão punitiva – Lei nº 12.234/2010**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/43805>. Acesso em 5 de julho de 2010.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Derecho penal**. 3ª Ed. Madrid: Editorial Réus, 1924.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEÃO SOBRINHO, Haroldo Carneiro. **Justa causa no processo penal**. In: Temas de Processo Penal, Fortaleza, DIM-CE, 2002, pp. 69-105.

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

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Tradução: José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. V. 1. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo penal, tempo e risco: quando a urgência atropela as garantias**. In: Gilson Bonato (org.). *Processo penal: leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Pp. 1-37.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

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

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal**. V. 2. Bogotá: Temis, 2000.

MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di diritto penale**. Traducción: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. V. 3. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1966.

_____. **Elementos de direito processual penal**. V. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970.

_____. **Elementos de direito processual penal**. V. II. Campinas: Editora Millennium, 2000.

MARTINS, Salgado. **Sistema de direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1945.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MELENDO, Santiago Sentís. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJE, 1978.

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

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Traducción: José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: Fundamentos e teoria do delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOMMSEN, Theodoro. **Derecho penal romano**. Bogotá: Temis, 1978.

NASSIF, Aramis. **Prescrição pela pena “in concreto” e projetada: violações constitucionais**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de novembro de 2010.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **El injusto típico en la teoría del delito**. Corrientes: Mario A. Viera Editor, 2000.

NAVES, Nilson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. In: Revista Justitia, São Paulo, n. 88, v. 37, janeiro-março/1975, pp. 285-293

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NUNES, Ricardo Pieri. **Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa**. In: Boletim IBCCrim, São Paulo, ano X, n. 119, outubro/2002, pp. 9-11.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PALOTTI JUNIOR, Osvaldo. **Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano LXXXIII, v. 709, novembro/1994, pp. 302-306.

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

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, n. 45, outubro-dezembro/2003, pp. 115-133.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Geraldo. **Transação penal: alguns aspectos controvertidos**. In: Gilson Bonato (org.). *Processo penal: leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 109-122.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRINS, Adolph. **Science pénale et droit positif**. Paris: A. Marescq, 1899.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal: Parte general**. Tomo I. 4ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena**. Traducción, prólogo y notas: Gerónimo Siqueira. Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS JÚNIOR, Juscelino Lemos. **Nova lei nº 12.234/2010: A morte da prescrição penal retroativa**. Disponível em www.juspodivm.com.br. Acesso em 17 de dezembro de 2010.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados do Brasil commentado**. V. I e II. Edição fac-silimilar. Brasília: Senado Federal, 2004.

SILVA, Edemilson Mendes da. **Lei nº 12.234/2010: alterações ao § 1º e revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal. Subsistência da prescrição retroativa no Direito Penal**

brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2514. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14890>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro.** Brasília: Senado Federal, 2003.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil.** Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

SOUZA, Renee de Ó. **Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação.** Disponível em: www.faroljuridico.com.br. Acesso em 10 de novembro de 2010.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal.** Brasília: Senado Federal, 2003.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VELLOSO, Ana Flávia. **A imprescritibilidade dos crimes internacionais.** In: Coletânea de Estudos Jurídicos: publicação em homenagem ao Bicentenário da Justiça Militar no Brasil, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2008, pp. 209-223.

VIANNA, Aldyr Dias. **Da prescrição no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VIDAL, Georges. **Cours de droit criminal.** 7^a Ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1928.

VILLERET, E. Brun. **Traité théorique et pratique de prescription en matière criminelle.** Paris: A. Durand, 1863.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

TRAVERSA, Júlio Cezar Lemos. **O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. V. 1: parte geral. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.