

## EXTINÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

DAMÁSIO DE JESUS

Tema importante em matéria penal, a prescrição integra a segurança jurídica, uma vez que, tendo efeito de extinguir a pretensão punitiva e executória, a interpretação de seus preceitos legais, quando estes não se mostram claros, pode livrar culpados das malhas da Justiça Criminal ou entregar a ela suspeitos ou acusados que deveriam ser liberados da persecução criminal<sup>1</sup>.

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

As disposições legais não devem permitir dúvida, pois os cidadãos têm o direito de saber quais os fatos que configuram crime, a qualidade e a quantidade das penas e o prazo durante o qual o Estado pode persegui-los. Nos últimos tempos, entretanto, se nós, que estudamos Direito Penal há dezenas de anos, temos dificuldade em interpretar as novas leis brasileiras, como exigir que seus destinatários obedeçam aos seus comandos?<sup>2</sup> Como diz LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, "as normas sobre a prescrição penal devem manifestar com clareza a concorrência dos requisitos que a definem e condicionam"<sup>3</sup>.

A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, modificou o regime da prescrição penal, dispondo:

"Art. 1º. Esta lei altera os arts. 109 e 110 do... Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

---

[1] CARLOS REY GONZÁLES, *La prescripción de la infracción penal*, Madri, Marcial Pons, 1999, ps. 13 e 40.

[2] Sobre os destinatários das leis malfeitas: BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4º. Como se vê, a questão das normas mal elaboradas existe há muito tempo.

[3] *Compendio de Derecho Penal*, Parte General, Madri, Dykinson, 2009, p. 292, n. 2.

Art. 2º. Os arts. ... e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 110. ....

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

§ 2º (Revogado).

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

Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.”<sup>4</sup>

A lei nova extinguiu a prescrição retroativa?

De acordo com respeitável interpretação, a modificação operada nos §§ 1º e 2º do art. 110 do CP, disciplinando a chamada *prescrição retroativa*, proibiu seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, mas não entre esse e a sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. Assim, em parte, ela ainda subsiste.

Para os partidários dessa orientação, defendida por notáveis doutrinadores, a prescrição retroativa, antes da lei nova, podia ser reconhecida entre o fato e o recebimento da denúncia ou queixa e também entre este último termo e a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (ou da pronúncia, nos processos do Tribunal do Júri). Com a mudança, afirma essa posição, é vedada a contagem do prazo retroativo no período entre o fato e o recebimento da inicial acusatória (art. 110, § 1º, parte final, com a nova redação). Significa entender, portanto, que do início da fluência do primeiro lapso temporal, que ocorre a partir da data do fato criminoso até a primeira causa interruptiva, qual seja, o recebimento da denúncia ou queixa, somente poderá haver a prescrição pela pena máxima abstrata, a genuína prescrição da pretensão punitiva. A prescrição retroativa, contudo, ainda é admissível entre a denúncia ou queixa e a publicação da sentença, acórdão e pronúncia recorríveis. Além disso, como observa FERNANDO CAPEZ, a abolição parcial da prescrição retroativa ainda permite a forma virtual, contado o prazo “a partir do recebimento da peça inicial acusatória e a publicação da sentença condenatória.”<sup>5</sup>

---

[4] Observação: revogado o § 2º, o § 1º deveria ser transformado em parágrafo único.

[5] FERNANDO CAPEZ, Prescrição retroativa e a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, in *Prescrição penal após a Lei. n. 12.234, de 05/05/2010*, São Paulo, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, 2010, p. 38.

Para nós, entretanto, a Lei n. 12.234/2010 não excluiu somente um período prescricional antecedente por via da desconsideração do prazo prescribente entre o fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Aplicando interpretação gramatical, teleológica e sistemática, além do elemento histórico e de Política Criminal e, com isso, alcançando o sentido literal da norma (resultado), estamos seguramente convencidos de que ela *declarou* a extinção integral da prescrição retroativa<sup>6</sup>.

Não resta dúvida de que foi esta a *vontade do legislador*, como se vê nos trabalhos preparatórios do Congresso Nacional. Conhecemos a secular prevalência da vontade da lei sobre a de seu autor. Não se despreza, porém, que a *voluntas legislatori* seja apreciada como elemento auxiliar interpretativo<sup>7</sup>. Como afirmam NEY FAYET JÚNIOR e KARINA BRACK, ela é “mais um dado no fomento da discussão”<sup>8</sup>.

Analisando os novos textos, acreditamos que foi *vontade da lei* expulsar a prescrição retroativa da nossa legislação<sup>9</sup>. Há longo tempo interpretando leis penais, nunca vimos algo semelhante. Cientes da esperteza dos intérpretes na busca de brechas na lei<sup>10</sup>, os autores da inovação, agindo com dolo intenso, como dizia o CP em sua redação original, executaram a prescrição retroativa em quatro atos:

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

---

[6] Sobre o valor da interpretação gramatical, lógica e do elemento histórico: RENÉ ARIEL DOTTI, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, capítulo VI.

[7] JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, Campinas, Bookseller, 1997, vol. I, p. 208. Dispõe o art. 9º, 1, do Código Civil português de 1966: a interpretação deve reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo.

[8] Da interrupção do curso da prescrição penal, in *Prescrição penal - temas atuais e controvertidos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 32, n. 2.2.2.1.

[9] Nossa posição não colide com a exposta em outros trabalhos, segundo a qual, no estágio atual da Justiça Criminal brasileira não seria conveniente extinguir a prescrição retroativa, pois constitui meio de punição da morosidade da entrega da prestação jurisdicional. Justiça rápida não precisa de prescrição retroativa.

[10] No Google, buscando “brechas da lei”, encontramos 1.200.000 resultados. Exemplos: “fumantes buscam brechas na nova Lei...”; “criminosos ficam impunes por causa de brechas na lei”; “brechas na Lei Seca”; “brechas da lei abrandam as penas”; “brechas da lei auxiliam cibercriminosos” etc. VALTER FOLETO SANTIN, fundamentando sua posição sobre o tema, menciona a expressão “brecha jurídica” ao analisar a nova redação do art. 110 do CP (Suspensão do processo por revelia e prescrição, in *Prescrição após a Lei. 12.234...* cit., p. 50).

Sem esquecer a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que disciplina a elaboração legislativa, não há dúvida a respeito da intenção legislativa da inovação: dispôs quatro vezes sobre a vontade de extinguir a prescrição retroativa. Esse detalhe não é comum, pois normalmente as leis mencionam o seu objetivo somente na ementa, não em seus dispositivos de comando. Na ementa, o legislador diz a que se propõe a lei; nesta, consta o proposto. Em matéria penal, diríamos que na ementa encontramos o elemento subjetivo do tipo (o antigo dolo específico); no texto, a ação. E não ficou só na vontade, como veremos.

Antes da lei nova, o art. 110 dispunha:

“§ 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.”

Tínhamos, nessa norma, a chamada prescrição superveniente. Ocorre que o § 2º do mesmo artigo, considerado fonte legal da prescrição retroativa<sup>11</sup>, dispunha:

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

Apresentavam-se, nesses dois parágrafos supra, duas espécies de prescrição:

1ª. - a superveniente (§ 1º) e

2ª. - a retroativa (§ 2º, c/c. o § 1º).

O § 1º, considerado isoladamente, só previa a prescrição superveniente. De ver-se que, em face da remissão a ele feita pelo § 2º, este, fonte da prescrição retroativa, passou a condicionar sua existência àquele. Para nós, diante da lei nova, como o § 2º do art. 110 foi revogado, desapareceu a forma retroativa, restando somente três formas de prescrição penal em nossa legislação:

1ª. - a que atinge a pretensão punitiva (art. 109);

2ª. - a da pretensão executória (art. 110, *caput*) e

3ª. - a superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, primeira parte).

---

[11] O referido § 2º sempre foi considerado a origem legal da prescrição retroativa (VÁLTER KENJI ISHIDA, Primeiras reflexões sobre a prescrição retroativa e a novíssima Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, in *Prescrição penal após a Lei n. 12.234 cit.*, p. 16, III). O legislador, em hipótese de norma remissiva, aproveitou parte da disciplina da prescrição superveniente (*para frente*) ao editar a retroativa (*para trás*).

A forma retroativa não sobreviveu (por inteiro). A não ser assim, mostra-se estranho que a lei nova a permita num período e a proíba em outro. Como dissemos, a nós causaria surpresa se a lei nova continuasse a punir com a prescrição retroativa a desobediência ao princípio constitucional da duração razoável do *processo*, de cunho garantista e fundado na proporcionalidade e no respeito à dignidade humana<sup>12</sup>, e não castigasse a demora da ação persecutória na fase *policial*<sup>13</sup>.

Possuindo natureza de coibir a morosidade da persecução penal, impondo como sanção a extinção da punibilidade, cremos fora de propósito que punisse a lentidão na fase processual e não a penalizasse entre o fato e a denúncia ou queixa. Qual a conveniência em permitir uma só forma de prescrição durante a investigação, qual seja, a da pretensão punitiva pela pena em abstrato, e admitir três durante o processo (a da pretensão punitiva propriamente dita, a retroativa e a virtual)? Onde, no vigente § 1º do art. 110, consta que a pena concreta, na ausência de recurso da acusação ou desprovido seu recurso, possui efeito retroativo? Sabido que a prescrição retroativa se encontrava no antigo § 2º do art. 110, revogado este, desapareceu aquela. Em nenhum momento, nos arts. 109 e 110 do CP, há referência à retroatividade da pena concreta. Na primeira parte do § 1º do art. 110 encontramos somente permissão à prescrição superveniente. A segunda parte da disposição, segundo cremos, não autoriza a compreensão de que admite a prescrição retroativa parcial.

Entender que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. A aceitar-se, será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prescricionais de igual extensão temporal.

Na interpretação, ensinava HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, o elemento sistemático é também valioso e deve ser levado em conta. Como o ordenamento jurídico constitui um todo unitário, a disposição a ser interpretada deve ser posta em correlação com as outras que com ela se relacionam<sup>14</sup>, de modo a não prejudicar a harmonia do ordenamento legal.

A crença de que a forma retroativa sobreviveu, embora parcialmente, irá causar sérias dúvidas de interpretação em outras normas do nosso “sistema de prescrição penal”, como:

---

[12] GUILLERMO J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 353, § 50 (“Proporcionalidad y duración del proceso”).

[13] Sobre o assunto: ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Lei n. 12.234/10: considerações iniciais, in *Prescrição após a Lei. n. 12.234...* cit., p. 31.

[14] *Lições de Direito Penal*, A nova Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 8ª. ed., 1985, p. 8.º n. 76.

1. Transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação ou desprovido seu recurso, como a pena não pode mais ser aumentada, a concreta substitui a abstrata, verificando-se o prazo prescricional retroativo entre os termos fato-recebimento da denúncia ou da queixa e recebimento da denúncia ou da queixa-sentença. Isso quer dizer que, adotada a orientação liberal, o prazo entre o fato e a sentença, que antes era válido para a prescrição da pretensão punitiva, não o é para a retroativa (art. 111, I, do CP).

2. Nos termos do art. 117, I, do CP, a prescrição se interrompe pelo recebimento da denúncia ou da queixa. Acatada a orientação benéfica, conclui-se que na prescrição retroativa esse termo não é interruptivo e sim "a quo".

3. À vista do art. 117, § 1º, 1ª. parte, no concurso de pessoas, entendida parcialmente sobrevivente a forma retroativa, como fica a questão da comunicabilidade da interrupção da prescrição entre os concorrentes?

4. A aceitar-se a tese liberal, suponha-se um crime de lesão corporal leve cometido na vigência da Lei n. 2.234/2010, podendo ocorrer a prescrição da pretensão punitiva em quatro anos. Três anos e meio depois do fato é recebida a denúncia, interrompendo-se o prazo (de quatro anos); três anos e meio após o recebimento da denúncia, vem o réu a ser condenado no mínimo legal, três meses de detenção, não recorrendo a acusação ou vindo a ser improvido seu recurso. Nesse caso, o prazo prescricional, que era de quatro anos (art. 109 do CP), passa a ser de três, nos termos do art. 109, VI, alterado pela referida lei. Como decorreram mais de três anos entre a denúncia e a sentença, seria caso de aplicação da prescrição retroativa. A adoção dessa orientação mostra que entre o fato e o recebimento da denúncia não pode ser reconhecida a prescrição retroativa, mas nada impede sua declaração entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Existe razão para a distinção?

Qual, então, o motivo da proibição contida na parte final do § 1º do art. 110? Haveria fundamento para a nova lei somente impedir a consideração do prazo retroativo antes da denúncia ou da queixa? Apresentando-se dois perfodos prescricionais, não se poderia interpretá-la no sentido de que, coibindo a forma retroativa no primeiro, estar-se-ia admitindo seu reconhecimento no segundo? Pensamos que o texto não foi editado especialmente para obstruir a prescrição retroativa, o que já o fizera em outras partes da lei, especialmente revogando a sua fonte, o § 2º do art. 110. Para nós, o referido parágrafo (§ 1º), em sua parte final, não pretendeu tratar da prescrição retroativa e sim de sua variante doutrinária e jurisprudencial, a virtual. A lei nova quis estender a vedação da forma *mater* à sua vertente, a chamada prescrição "virtual" ou "projetada", adotada no passado pela chefia do Ministério Público de São

Paulo<sup>15</sup>, a qual já havia sido proibida pela Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>.

Enquanto a prescrição retroativa exige uma sentença ou acórdão condenatórios<sup>17</sup>, a virtual ou antecipada os dispensa. Nesta, em face dos elementos contidos nos autos, a acusação, considerando que a prescrição retroativa irá ocorrer, desde logo, antes da denúncia, a requer. Supõe, sem o devido processo legal, em perspectiva, a condenação do réu e qual a ser aplicada (pena presumida, hipotética), atitude em flagrante contradição com a Constituição Federal. Era a interpretação que a norma permitia antes da lei nova. Diante da desconfiança de que, sob diverso fundamento, como o da falta de justa causa para a ação penal<sup>18</sup>, ainda se entendesse admissível levar-se em conta a morosidade da prestação jurisdicional durante o prazo entre o fato e a denúncia ou queixa para a declaração do encerramento da persecução penal, a lei quis deixar claro que também não a acolhe *por qualquer razão*. Por isso mencionou “não podendo, em nenhuma hipótese...” (grifo nosso).

O § 1º. do art. 110, em sua primeira parte, menciona 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. Por que, então, diz que a pena concreta não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa e não do recebimento dessas peças, sabido que somente este interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva (CP, art. 117, I)?

A adotar a tese benéfica, como o recebimento da denúncia ou da queixa interrompe o prazo prescricional, o intérprete teria que aceitar erro da lei ao desconhecer a existência de efeito diverso, em matéria de prescrição, entre seu oferecimento e recebimento. Não houve, contudo, erro do legislador nem da

---

[15] Decisão do então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicada no Diário Oficial de 25 de novembro de 1994, p. 54, acolhendo pedido de arquivamento de inquérito policial com base na prescrição virtual e falta de justa causa para a ação penal. Não é, entretanto, a orientação atual da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo (ANDRÉ ESTEFAM, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 475). Há no Congresso Nacional dois Projetos de Lei introduzindo a prescrição virtual no CP (informação de NADIR DE CAMPOS JÚNIOR, Prescrição virtual para desafogar o Judiciário: inaplicabilidade, in *Prescrição após a Lei n. 12.234... cit.*, p. 3).

[16] Súmula 438 do STJ: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

[17] LUIZ VICENTE CERNICHIARO, *Questões penais*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 194; DAMÁSIO DE JESUS, *Prescrição Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª. ed., 2010, ps. 155 e 163.

[18] No tema da prescrição virtual, no sentido da falta de justa causa para a ação penal como razão de pedir: CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, *Código Penal comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 7ª. ed., 2007, p. 318. Vide também: AFONSO JAWSNICKER, *Prescrição penal antecipada*, p. 28, citado por RENÉ ARIEL DOTTI, ob. cit., p. 773; e JAWSNICKER, mesmo título, *Consultor Jurídico*, 25 de abril de 2010.

lei. Ocorre que não mais se permite à acusação obter, com fundamento na prescrição virtual, o arquivamento de inquérito policial *antes da denúncia* ou da *queixa*. Por isso, a norma mencionou somente denúncia e queixa, não desconhecendo o legislador os efeitos da distinção entre seu "oferecimento" e "recebimento".

A nova disciplina, disposta em *novatio legis in pejus*, não se aplica aos fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 12.234/2010, que ocorreu no dia 6 de maio (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único).