
A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE COMPORTAMENTAL

RETROSPECTIVE STATUTE OF LIMITATION IN THE BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A BEHAVIORAL ANALYSIS

BENJAMIN MIRANDA TABAK

Mestre em Economia pela Universidade Federal Fluminense. Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EPPG). Desenvolve pesquisas na área de Economia e Direito e políticas públicas, com ênfase em Regulação Financeira e Análise Econômica do Direito.

JULIO CESAR DE AGUIAR

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. PHD in Law pela Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Procurador da Fazenda Nacional.

VÍTOR SOUZA CUNHA

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Procurador da República.

RESUMO

Objetivos: O artigo analisa a prescrição retroativa no sistema jurídico brasileiro, instituto que tem o objetivo de desestimular, por meio da punição, comportamentos negligentes na condução dos casos penais. Com base na análise comportamental do direito, o estudo busca esclarecer se a consequência jurídica prevista, a extinção de punibilidade, atinge o principal objetivo pretendido pela regra jurídica, o de incentivar



a celeridade processual.

Metodologia: A pesquisa, que adota uma abordagem indutiva, utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Seu objetivo metodológico é exploratório e propositivo.

Resultados: O artigo demonstrará que a prescrição retroativa não produz os resultados sociais esperados, uma vez que a regra jurídica não tem aptidão para modificar o comportamento dos atores processuais. Além de não atingir os fins pretendidos, será evidenciado que a prescrição reforça positivamente comportamentos indesejados: incentiva os réus a adotarem posturas protelatórias e as autoridades judiciais a proferirem sentenças condenatórias em patamares excessivos.

Contribuições: O artigo apresenta um ferramental teórico inovador e ainda pouco explorado no debate acadêmico nacional para demonstrar que o instituto da prescrição retroativa não atinge as finalidades pelas quais foi instituído. O presente estudo, por isso, poderá ser de grande valia para orientar eventual processo de reforma legislativa.

Palavras-chave: Prescrição retroativa; Análise comportamental do direito; Sistema de justiça criminal; Consequências não desejadas; Efetividade.

ABSTRACT

Objective: *The paper analyzes the retrospective statute of limitation, a legal rule that aims to discourage, through punishment, negligent behavior of those who handle criminal cases. Based on the behavioral analysis of the law, the study intends to answer whether the extinctive prescription achieves the objective expected by the legal rule of encouraging procedural speed.*

Methodology: *The research, adopting an inductive approach, uses a bibliographic and documental research technique. Its methodological objective is exploratory and propositional.*

Results: *The paper will show that the retrospective statute of limitation does not achieve the expected social results, whereas this legal rule does not have capacity to modify the behavior of legal practitioners. In addition to not achieving the intended purposes, it will be shown that the retrospective statute of limitation acts as a positive reinforcement of undesirable behaviors: it encourages defendants to adopt delaying behaviors and encourages judges to stipulate harsher sentences in the sentencing phase.*

Contributions: *The paper presents an innovative and little explored theoretical*



approach to demonstrate that the retrospective statute of limitation does not achieve the purposes for which it was created. This research, therefore, may contribute to guide future legislative reform process.

Keywords: *Retrospective statute of limitation; Behavioral analysis of law; Criminal justice system; Undesirable consequence;. Effectiveness.*

1 INTRODUÇÃO

O inexorável decurso do tempo, fenômeno cujos efeitos são objeto de preocupação de ampla gama de saberes, não poderia deixar de ocupar posição central nas discussões relacionadas ao sistema jurídico, uma vez que este é vocacionado exatamente ao objetivo de assegurar harmonia não apenas às relações humanas presentes, mas, sobretudo, às futuras.

O instituto da prescrição criminal, que trata, particularmente, dos efeitos jurídicos penais da passagem do tempo, desde que passou a ser sistematicamente incorporado pelos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, vem provocando acalorados debates no que concerne aos seus fundamentos, objetivos e disciplina legal. As controvérsias são perfeitamente compreensíveis diante da natural tensão decorrente da obstaculização do exercício do *jus puniendi* estatal. Se, de um lado, comportamentos socialmente indesejáveis deixam de ser desestimulados pela ausência de punição, por outro, valores relevantes, como a segurança jurídica, impõem limites temporais à implementação do poder punitivo.

Em razão das especificidades de cada sistema jurídico, notadamente a tradição na qual está inserida e a forma como se orienta o sistema de justiça criminal, o instituto da prescrição recebe tratamento legal distinto nos mais diversos ordenamentos¹. No entanto, não se afasta da ideia de limitação do exercício do poder punitivo em razão do decurso do tempo.

No Brasil, como traço particular, além da prescrição regulada pela pena

¹ Em trabalho que se tornou clássico, Ailes (1933, p. 474) sustenta que “todos os estados civilizados, para assegurar a administração do sistema de justiça, sentiram-se compelidos a fixar limites de tempo além dos quais o acesso aos tribunais seria negado às partes interessadas”. (tradução nossa)



máxima abstratamente cominada ao crime, consolidou-se, por meio da incorporação de regras legais, após acentuado debate doutrinário e jurisprudencial², o instituto da prescrição retroativa com base na pena aplicada. Os alicerces que assentaram o instituto, não sem razão, foram denominados como “teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto” (FRAGOSO, 2004, p. 519). Atualmente, de acordo com o regramento legal em vigor, a prescrição com base na pena concretamente fixada produz efeitos retrospectivos, com a ressalva da exclusão de período anterior ao recebimento da denúncia.

Considerando as regras jurídicas e a forma como a prescrição retroativa vem sendo interpretada e aplicada, o presente artigo busca analisar, com base nas premissas teóricas da análise comportamental do direito, se as metas sociais do instituto vêm sendo atingidas a partir do desenho das contingências punitivas estabelecidas com o objetivo de alcançá-las. Em outros termos, o trabalho pretende analisar se, diante da imposição da sanção consistente na extinção da punibilidade, torna-se mais frequente o comportamento processual que busca a celeridade no trato dos casos penais.

Para realizar tal intento, inicialmente será explicada a teoria analítico-comportamental do direito, a qual parte da concepção do direito como um sistema de contingências sociais indutor de comportamentos socialmente desejáveis cuja definição ocorre no campo político.

Em seguida, abordar-se-á o instituto da prescrição retroativa, sempre com vistas a facilitar a compreensão do fenômeno jurídico e preparar o terreno para a discussão principal, no caso, a análise comportamental da regra jurídica. Sem o tradicional foco doutrinário nas discussões dogmáticas ou tampouco nas questões relacionadas à constitucionalidade, proporcionalidade ou à própria justiça do instituto, que já foram objeto de preocupação dos estudiosos por quase um século³, o capítulo

² Em estudo específico publicado em 1975 sobre a prescrição da pena em concreto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Naves (1975, p. 293) demonstra que a tese, objeto de grandes embates jurídicos, mesmo sumulada, era aceita, ou não, dependendo da composição momentânea do órgão julgador. Por essa razão, finaliza seu trabalho da seguinte forma: “aí estão alguns aspectos do princípio inscrito no verbete 146, denominado, por Aliomar Baleeiro, a mais controversa das Súmulas do Supremo Tribunal Federal”.

³ De acordo com Romão (2009), desde a vigência do Decreto nº 4.780, de 25 de dezembro de 1923,



propõe-se a discutir e identificar duas questões. A primeira é a meta social do instituto, no sentido do padrão comportamental que se busca estimular com a previsão da produção de efeitos retroativos para a extinção de punibilidade. A segunda é como esse padrão comportamental dialoga com os fins do sistema jurídico penal.

Na sequência, assentadas as premissas teóricas, demonstrar-se-á que a prescrição retroativa não produz os resultados sociais esperados. Isso porque o instituto não tem aptidão para modificar o comportamento dos responsáveis pela persecução criminal. Ademais, por não ter aptidão para evitar a inércia e desídia dos órgãos estatais, a prescrição deixa de observar os objetivos em razão dos quais foi criada, transformando-se em verdadeiro reforço positivo aos réus e autoridades judiciais, o que gera indiscutível campo de incentivos para a adoção de posturas protelatórias por parte daqueles e de sentenças fixadas em patamares excessivos por estes. Tais consequências não desejadas vão de encontro às próprias metas sociais do instituto da prescrição.

2 O DIREITO COMO UM SISTEMA DE CONTINGÊNCIAS SOCIAIS

Para alcançar o fim de prestar a adequada tutela jurisdicional, o processo, como método de solução de conflitos, vale-se de um conjunto de normas que ordenam a participação e o papel dos sujeitos processuais. Isso significa, em outros termos, que tais preceitos legais regulam e orientam o comportamento dos envolvidos.

A preclusão, nesse contexto, entendida como a “perda de uma situação jurídica ativa processual” (DIDIER, 2015, p. 417), exerce papel fundamental para o bom andamento do processo, sendo um dos principais instrumentos para o seu desenvolvimento, impondo sua correta ordenação a partir da previsão de consequências em razão da adoção de determinados comportamentos pelos sujeitos processuais.

doutrina e jurisprudência divergiam sobre a possibilidade de retroação da contagem dos prazos prescricionais.



A doutrina costuma identificar múltiplas espécies de preclusão, sendo as mais comuns a consumativa, que consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; lógica, que redundará na perda do poder em razão da prática de ato anterior incompatível; e consumativa, que acarreta a perda do poder em razão de já ter sido exercido.

O traço comum das espécies de preclusão, sobremaneira relevante para a compreensão do presente trabalho, é que a imposição ou mera previsão de consequência em razão da adoção de uma dada postura por parte dos sujeitos tem aptidão para aumentar ou diminuir a frequência de comportamentos reputados desejáveis na condução e participação na marcha processual. É por meio dessa estratégia que são criados incentivos, por exemplo, para que os prazos sejam respeitados e os atos processuais praticados com zelo, responsabilidade e coerência.

O que se quer demonstrar, com essa breve exposição, é que a discussão acerca dos efeitos da preclusão no comportamento humano, a exemplo do que ocorre com diversas outras regras, é baseada nas mesmas premissas utilizadas pela concepção do direito como um sistema de contingências, como a seguir será demonstrado ao longo do presente artigo. Começamos, então, com rápida reflexão acerca da abordagem jurídica pautada nas premissas do comportamento, a teoria analítico-comportamental do direito, referencial teórico com base no qual serão orientadas as discussões, e que enxerga o direito como um sistema indutor de comportamentos socialmente desejáveis (AGUIAR, 2017).

2.1 TEORIA ANALÍTICO-COMPORTAMENTAL DO DIREITO: NOÇÕES GERAIS

Independentemente das especificidades das diversas abordagens que buscam propor um conceito de direito, é possível nelas identificar, como elemento central comum, a questão relacionada à orientação do comportamento humano⁴. Com efeito, a partir da constatação da inescapável limitação do Direito em modificar a

⁴ Kelsen (2009) e Bobbio (2007) e Hart (2007), exemplificativamente, propõe conceitos a partir da constatação de que a função do direito é a de regular condutas.



realidade física, resta ao sistema político escolher os fins socialmente desejáveis e ao sistema jurídico obter os resultados pretendidos por meio da regulação de comportamentos que conduzam a sociedade aos objetivos escolhidos.

A partir da constatação de que o comportamento não é apenas o objeto, mas a razão de ser do direito, já que “*the central purpose of law is to guide behavior*” (MUNZER, 1982, p. 426), é possível compreender este último como o sistema de contingências sociais cujo objetivo é punir ou recompensar determinadas condutas consideradas pelos instituidores de normas jurídicas como sendo, respectivamente, prejudiciais ou benéficas à obtenção de fins socialmente desejáveis (AGUIAR, 2013).

Como o ponto de partida da concepção do direito como sistema de contingências sociais voltadas à indução de comportamentos é o modelo analítico-comportamental de Skinner, é necessário, antes de prosseguirmos, esclarecer o que se entende por contingência social no contexto do behaviorismo radical.

Contingência social, de acordo com a teoria behaviorista radical, é a relação de dependência estabelecida entre determinado comportamento e a consequência punitiva ou reforçadora que dele decorre (CATANIA, 1999). Caso uma criança recém-nascida chore, esse comportamento tende a ser seguido pelo comportamento materno de dar início à amamentação. De igual forma, o comportamento de ceder o assento em transportes coletivos para pessoas idosas tende a provocar nos demais passageiros comportamentos que sinalizam aprovação e respeito. Em ambos os casos, a contingência é a relação estabelecida entre o comportamento anterior e aquele que o seguiu.

Na situação acima proposta, nas hipóteses de preclusão temporal, pode-se afirmar que contingência é a relação entre o comportamento de deixar transcorrer em branco o prazo e a consequência negativa consistente na perda da situação jurídica, que impede o sujeito de praticar o ato extemporaneamente. A contingência, nesse contexto, funciona como incentivo à adoção do comportamento desejável no sentido da observância dos prazos procedimentais, uma vez que a parte suportará os efeitos da consequência negativa caso atue de forma desidiosa.

Dessa forma, o direito, na perspectiva apresentada, busca atingir resultados



socialmente desejáveis manejando as contingências sociais incidentes sobre o comportamento dos indivíduos, ou seja, reforçando algumas condutas com recompensas e desestimulando outras com punições. Para estimular comportamentos desejáveis dos detentos que cumprem pena em estabelecimentos prisionais, por exemplo, o sistema jurídico pode instituir determinada contingência jurídica com a finalidade de recompensar com a diminuição da pena aqueles que decidem estudar ou realizar trabalhos internos.

Faz-se necessário, ainda, esclarecer que por contingências entende-se não apenas os reforços deliberadamente instituídos pelo sistema jurídico, o que significa que o Estado não possui um monopólio sobre o que influencia o comportamento humano. Em verdade, do ponto de vista behaviorista, toda contingência jurídica é sempre sobreposta a outra contingência cujo comportamento resultante é considerado prejudicial à sociedade (MALOTT, 2009). Ainda no exemplo da preclusão, enquanto o sistema deliberadamente busca estimular o comportamento célere e coerente na condução do processo, outras contingências não instituídas pelo sistema jurídico podem reforçar positivamente o comportamento de procrastinar o feito. Basta pensar em um devedor que, buscando impedir a satisfação da pretensão do credor, interpõe recursos meramente protelatórios com o propósito de postergar ao máximo o processo. A conduta protelatória do devedor relaciona-se diretamente com a recompensa positiva de manter ígido seu patrimônio, sendo um exemplo de como outras contingências podem concorrer com aquelas instituídas pelo sistema jurídico, tendo todas aptidão para influenciar comportamentos.

A teoria analítico-comportamental do direito, em síntese, com base na premissa de que pessoas tendem a adotar determinados comportamentos quando induzidos e estimulados, oferece mecanismos para analisar, diagnosticar e propor redesenho das contingências sociais incidentes sobre o comportamento dos indivíduos nas circunstâncias visadas pelas normas jurídicas (AGUIAR, 2013), buscando atingir os resultados socialmente desejados com o menor custo. Como a função de indução de comportamentos por meio de sanções, na maioria dos casos punitivas, é característica do sistema jurídico, modalidade de sistema funcional



especializado (LUHMANN, BEDNARZ, & BAECKER, 1995), parte-se da premissa que o modelo comportamental descrito acima foi implicitamente incorporado pelo sistema jurídico.

2.2 A ANÁLISE COMPORTAMENTAL DA REGRA JURÍDICA

Como sistema social funcionalizado, o direito diferencia-se dos demais em razão da mais acentuada previsibilidade⁵ e estabilidade que as regras⁶ jurídicas dão ao controle social dos comportamentos dos cidadãos quando comparadas com outras formas de transmissão de contingências. Com base na abordagem behaviorista, deve-se entender por regras os padrões comportamentais verbais cuja probabilidade de ocorrência depende da sua capacidade de alterar a frequência de ocorrência de determinado padrão comportamental no repertório de um dado indivíduo ou grupo de indivíduos (AGUIAR, 2017). Dito de outro modo, regras são as formas verbais para descrever a relação existente entre o comportamento proibido ou desejável e a correspondente sanção ou recompensa em razão da conduta em questão.

As regras são, portanto, o instrumento verbal por meio do qual são transmitidas as contingências, sendo utilizadas pelo sistema jurídico em razão da maior facilidade de assimilação pelos seus destinatários. A maior utilidade das regras jurídicas, todavia, não confere a elas o monopólio na transmissão dos padrões comportamentais. Como visto, outras contingências sociais concorrem com as

⁵ “A diferenciação do sistema jurídico é resultado da maior estabilidade e previsibilidade que as normas jurídicas – uma espécie do gênero ‘regras’ explicado acima – dão ao controle governamental do comportamento dos cidadãos por meio de sanções, em sua maioria, de caráter punitivo [...]. De fato, comparado com outros sistemas de controle social punitivo, como o sistema religioso e o que Skinner chama de controle ético do grupo sobre seus membros, o controle jurídico tem se mostrado de modo geral mais eficaz, especialmente a partir das mudanças políticas e econômicas ocorridas nos séculos XVIII e XIX na Europa e, posteriormente, no resto do mundo” (AGUIAR, 2013, p. 178-179).

⁶ “A manutenção dos padrões comportamentais entrelaçados que compõem tanto o ambiente social interno quanto externo das organizações pode ser em muito facilitada pela utilização de regras. No jargão behaviorista, regras são padrões comportamentais verbais que descrevem uma contingência comportamental – tipo, se você fizer tal coisa em tal contexto, seguir-se-á tal reforçador –; razão pela qual são muito úteis ao aprendizado mais rápido de comportamentos por parte dos destinatários de tais regras, ao mesmo tempo em que são úteis aos formuladores de regras no sentido de garantir um maior controle sobre o comportamento dos respectivos destinatários” (AGUIAR, 2013, p. 176).



instituídas pelo sistema jurídico, de modo que elas também se valem de orientações verbais como forma de transmissão das contingências. Voltando ao exemplo do comportamento dos sujeitos processuais, tanto podem servir para influenciá-los as regras jurídicas como as orientações verbais transmitidas informalmente pelos profissionais que atuam em determinada área. Como exemplos de orientações verbais transmitidas informalmente pelos profissionais podem ser citadas as afirmações de que “um determinado juiz tem mão pesada” ou “a segunda instância costuma reformar as decisões”.

Assentadas tais ideias, pode-se afirmar que a análise comportamental da regra jurídica, em conjunto com a avaliação das contingências sociais, tem por objeto o estudo crítico das premissas que sustentam tais regras. Do ponto de vista analítico-comportamental, isso significa avaliar a capacidade de as regras controlarem os comportamentos a que se destinam (SKINNER, 1953; MOORE, 2008), ou seja, exercerem seu papel na definição dos comportamentos socialmente desejáveis.

Para desenvolver um modelo de análise comportamental das regras jurídicas que auxilie no desenho do comportamento de contingências jurídicas aptas à obtenção do estado de coisas politicamente definido como desejável, Aguiar (2017, p.140) propõe a seguinte fórmula:

{**DADO QUE** [as seguintes premissas factuais relevantes são válidas segundo o estado atual da arte das várias ciências], **SE** [tal consequência mediata ou imediata da imposição da contingência jurídica abaixo é uma meta social, ou seja, um estado de coisas politicamente definido como favorável ao bem-estar do grupo social como um todo], **ENTÃO** [a seguinte contingência jurídica deve ser instituída pelo sistema jurídico (**SE** tal conduta, **ENTÃO**, tal sanção)]}.

Como o comportamento é objeto do sistema jurídico, a fórmula acima busca a auxiliar o cientista do direito desenhar as contingências jurídicas a partir da explicitação da ligação causal pressuposta entre a instituição da contingência e a obtenção do estado de coisas tido como socialmente desejável, a meta social. Este vínculo causal tem por base as premissas factuais relevantes fornecidas pelas ciências pertinentes ao caso, especialmente, mas não apenas, as ciências do



comportamento humano (AGUIAR, 2017). Pretende-se, assim, substituir a técnica usual de explicitar apenas a relação entre comportamento e sanção, pela de incluir também a meta social implícita na alteração comportamental pretendida e as premissas factuais pressupostas no sentido de necessárias à consecução da alteração do comportamento e, mediatamente, ao atingimento da meta social.

Isso significa, dito de outro modo, que o cientista do direito deve preocupar-se não apenas com a relação entre a conduta e sanção (por exemplo, ultrapassar o semáforo e impor multa em razão dessa infração), mas com a conduta que se deseja diminuir e como ela se relaciona com o estado de coisas pretendido. Ainda no exemplo da infração de trânsito, a teoria analítico-comportamental do direito inicialmente identificará o estado de coisas que se pretende atingir com a punição para, em seguida, apontar se a imposição de multa tem condições de impedir que os motoristas ultrapassem o semáforo. Para tanto, a teoria vale-se dos componentes que a seguir serão explicitados.

Por meta social é possível entender o estado de coisas definido politicamente como desejável, ou seja, o objetivo social pretendido com a instituição da regra jurídica. As metas sociais dividem-se em metas imediatas, que são os próprios comportamentos cuja prática se quer estimular ou desestimular, e metas mediatas, que é o estado de coisas que motivou a instituição da contingência (AGUIAR, 2017). Referindo-se novamente às regras que instituem a preclusão como técnica de estruturação procedimental, pode-se afirmar que a meta social mediata do instituto é o estado de coisas que se deseja obter, no caso, o funcionamento adequado do processo⁷. Já no que concerne à meta imediata, esta variará de acordo com o comportamento que se busca estimular ou desestimular. No caso da preclusão temporal, a meta imediata é aumentar a frequência do comportamento de praticar os atos processuais dentro do prazo legal previsto. As regras que instituem a preclusão

⁷ Didier, discorrendo sobre o estado de coisas que a preclusão busca promover, afirma que “a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa-fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica, a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger” (2015, p. 417).



lógica, por sua vez, têm como meta social imediata reduzir a frequência de comportamentos processuais contraditórios, uma vez que impõe a perda da faculdade processual em razão da prática de ato anterior incompatível com esse poder⁸.

Premissas factuais relevantes, por seu turno, são as relações causais que, de acordo com o estado da arte das ciências pertinentes a determinada regra jurídica, vinculam a instituição da contingência jurídica à obtenção da meta social mediata e imediata (AGUIAR, 2017). Nesse sentido, a contingência jurídica, para que seja considerada socialmente útil, deve sustentar-se em premissas que apontem ser ela efetivamente capaz de controlar os comportamentos e que estejam causalmente relacionadas com o estado de coisas socialmente desejável.

Por exemplo, a regra que estatui a preclusão temporal, para se vincular à meta social mediata de promover segurança e duração razoável do processo, precisa, de um lado, mostrar-se causalmente efetiva no sentido de aumentar a frequência com que os sujeitos processuais praticam os atos processuais dentro dos prazos legalmente estabelecidos; de outro, necessita demonstrar que a vinculação causal entre a prática dos atos nos prazos e a duração razoável do processo está condizente com o estado da arte dos saberes que analisam o fenômeno, ou seja, deve demonstrar que o alcance da razoável duração do processo é influenciado pelo comportamento de praticar atos dentro dos prazos preestabelecidos.

Ainda no exemplo mencionado, a análise comportamental da regra jurídica que prevê a preclusão temporal permite concluir que se trata de contingência que tem o potencial de aumentar a frequência do comportamento desejado, uma vez que, a partir do estado da arte das ciências comportamentais, é possível afirmar que sujeito processual buscará satisfazer seus próprios interesses e, por consequência, evitar a perda de uma situação jurídica em razão do decurso do tempo.

Chegar-se-ia à conclusão diametralmente diversa se, em vez da perda de uma situação jurídica da qual é titular, a consequência para a perda do prazo fosse tão somente o pagamento de multa em valor pouco significativo. Nesse caso, o sujeito

⁸ Um exemplo de regra jurídica que institui a preclusão lógica é o art. 276 do Código de Processo Civil, que impede a parte que deu causa ao defeito processual de requerer sua invalidação.



processual poderia, inclusive, optar de forma racional e estratégica, com base em uma análise de custo-benefício, pela inércia dentro do prazo legal. Pode-se afirmar, assim, que a contingência multa em valor baixo não é capaz de controlar o comportamento.

Para ilustrar a vinculação causal podemos pensar em outra situação. Diferentemente do que ocorre em relação à preclusão temporal, uma contingência jurídica que imponha punições em razão de as partes não se tratarem de forma protocolar e cordial, conforme o estado da arte das ciências sociais, pouco ou nada contribui à obtenção da meta social de promover a duração razoável do processo. Nesse exemplo, não se observaria vinculação causal do estímulo ao comportamento com o estado de coisas socialmente desejável.

É nesse contexto que a seguir será analisada a prescrição retroativa, mais um dentre os exemplos de indução de comportamentos socialmente desejáveis, consistente, em apertada síntese, na produção de efeitos retroativos da declaração de extinção da punibilidade com base na pena concretamente aplicada. Para tanto, considerando a extinção da punibilidade, identificar-se-ão as metas sociais e premissas factuais relevantes que podem ser inferidas dessa contingência jurídica. Em seguida, será examinada de que forma tais premissas se sustentam à luz do estado atual da ciência e como contribuem para o atingimento do estado de coisas desejado.

3 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A expressão prescrição, de acordo com as incursões históricas realizadas por Romão (2009), deriva etimologicamente do verbo romano *praescribere*, cujo significado refere-se ao ato de escrever antes ou no começo. Foi com base nessa ideia que a expressão começou a ser utilizada no Direito Romano para indicar a limitação de tempo para a propositura da ação, cuja inobservância poderia dar ensejo à absolvição do acusado. Se as ações não fossem propostas no prazo, o pretor escrevia uma introdução na qual alertava ao juiz que, sem examinar o mérito, deveria



absolver o réu.

No âmbito penal, não obstante as divergências quanto à origem do instituto⁹, a doutrina majoritária inclina-se por considerar como marco da prescrição penal a edição em Roma da *Lex Julia de Adulteriis*, datada de 18 a.c., que considerava extintas em cinco anos as acusações de estupro, lenocínio e adultério, havendo recalitrância entre os estudiosos acerca da presença no rol do delito de incesto (HAHNEMANN, 2009).

Como se vê, o instituto da prescrição penal, desde o surgimento, sempre esteve ligado à ideia de que o decurso do tempo produz efeitos juridicamente relevantes. No caso das sanções decorrentes da transgressão de normas penais, apesar das divergências quanto a sua natureza, o instituto apresenta o traço característico de funcionar como um verdadeiro obstáculo ao exercício do poder punitivo¹⁰.

No ordenamento brasileiro, o instituto da prescrição recebeu tratamento consolidado pela primeira vez no Código de Processo Criminal de 1832, sendo-lhe reservado o capítulo denominado *Da Prescrição*. Desde então, o instituto foi preservado, tendo sofrido, no entanto, profundas transformações, tanto no que concerne aos prazos como aos efeitos.

Atualmente, o Código Penal contempla duas espécies de prescrição, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Esta última refere-se à pretensão estatal de executar a pena imposta ao réu após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Tratar-se-á, no presente artigo, de uma das modalidades da prescrição da

⁹ Ferrari, ao analisar os relatos de Lísias e Demóstenes no sentido de que o tempo deveria ter eficácia extintiva para a maior parte dos crimes, por tornar perigosa e duvidosa a prova, levanta a questão sobre ser o direito ateniense o berço da prescrição penal (FERRARI, 1998).

¹⁰ Nesse sentido, Fragoso (2006, p. 516) sustenta que a “prescrição é a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido. A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (pretensão punitiva), ou o seu direito à execução da pena imposta.”



pretensão punitiva regulada pelo sistema jurídico brasileiro, a prescrição retroativa.

3.1 INCORPORAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

De acordo com o regramento que disciplina o instituto da prescrição, antes de ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória, o Estado possui determinados prazos máximos para promover a persecução criminal. Findo tais prazos sem que seja atingido o desfecho final do caso penal ou ultrapassado um marco interruptivo, o Estado tem obstado o seu poder de impor a sanção. Trata-se da denominada prescrição pela pena em abstrato.

Nessa modalidade de prescrição, de modo a compatibilizar o tempo de que dispõe o Estado para promover a persecução com a gravidade dos delitos, os prazos são fixados de acordo com a pena máxima abstratamente cominada ao crime imputado.

A prescrição retroativa, por seu turno, considera a pena concretamente aplicada – havendo trânsito em julgado para a acusação – para fixar, retroativamente, os prazos máximos que o Estado deveria ter observado para não ter interditado o exercício poder punitivo. Em outros termos, a prescrição retroativa impõe a recontagem do tempo decorrido entre os marcos interruptivos, tendo como base os novos prazos previstos para a pena concretamente fixada na sentença da qual não cabe mais recurso para a acusação. A recontagem depois da pena concretamente fixada ocorre com o fim de verificar se no passado ocorreu a prescrição.

A aplicação retroativa dos efeitos da prescrição com base na pena em concreto vem causando acentuada polêmica desde que, em 27 de dezembro de 1923, o decreto de nº 4.7780 consagrou a extinção da punibilidade a partir da pena concretizada na sentença¹¹. À época da edição do mencionado decreto, havia

¹¹ Art. 35 do Decreto 4.780/23: “As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal, á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamento comminada na lei, ou pela que for pedida no libello, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que sómente o réo houver recorrido”.



controvérsia entre os estudiosos acerca da possibilidade de reconhecimento retroativo da prescrição com base na pena em concreto tendo como objeto os lapsos temporais já perfeitos. A celeuma era potencializada em razão da posição oscilante do Supremo Tribunal Federal, que, até sinalizar uma solução para a questão, foi palco de debates históricos que colocaram em lados opostos, em especial, os ministros Luiz Gallotti e Nelson Hungria (HAHNEMANN, 2009).

Após intensos debates¹², e já sob a égide do Código Penal de 1940, que reproduziu dispositivo bastante semelhante ao então vigente, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula nº 146, que dispõe que “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Apesar da edição da súmula, a controvérsia quanto ao alcance e extensão de produção de efeitos retroativos da prescrição com base na pena em concreto persistiu. Buscando conter aquilo que o Tribunal considerou uma ampliação do princípio sumulado, o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhe interpretação restritiva¹³ (NAVES, 1975). Tal estado de coisas provocou a iniciativa do Poder Legislativo no sentido de disciplinar de forma definitiva o instituto.

Ocorre que mesmo no Legislativo a matéria permaneceu suscitando dúvidas e recebendo tratamento vacilante. O Código Penal de 1969 aboliu a prescrição retroativa, fazendo, na Exposição de Motivos, duras críticas ao instituto¹⁴. O referido Código, contudo, sofreu diversas emendas e foi revogado sem entrar em vigor, após

¹² Vale mencionar que apesar da redação do artigo, durante algum tempo o STF não admitia a prescrição retroativa. Por todos, confira-se o trecho do voto do ministro Luiz Gallotti 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”.

¹³ Desempenhando o papel de opositor ao reconhecimento dos efeitos retroativos da prescrição em concreto, o Ministro Luiz Gallotti chegou 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. 290).

¹⁴ A Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 assevera que “em matéria de prescrição, o Projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela regula-se também, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão”.



longo período de vacância.

Uma das emendas foi realizada pelo Projeto de Lei de nº 1.457, de 1973, que optou por resgatar os efeitos retroativos da prescrição com base na pena em concreto. Na exposição de motivos do Projeto, consignou-se que a legislação proposta, com fundamento na doutrina de Nelson Hungria, acolhia o princípio contido na Súmula 146, de modo a autorizar a produção de efeitos retroativos da prescrição (JESUS, 2008).

Como o Código Penal de 1969 não entrou em vigor, permaneceram, com modificações setoriais, as disposições do Código Penal de 1940. Isso significou a continuidade da aplicação da prescrição retroativa, inobstante as divergências interpretativas na doutrina e jurisprudência.

A primeira mudança legal significativa no instituto foi levada a efeito pela Lei nº 6.416 de maio de 1977¹⁵, que definiu a prescrição retroativa como modalidade de prescrição da pretensão executória e limitou os efeitos retroativos da prescrição, excluindo a sua incidência a período anterior à data do recebimento da denúncia¹⁶.

A reforma da parte geral do Código Penal promovida pela Lei 7.209/1984, por sua vez, em resposta à celeuma então reinante, adotou expressamente a possibilidade de decretação retroativa da prescrição com base na pena concretamente fixada¹⁷, inclusive para o período compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia, como se vê nos parágrafos do artigo 110, *in verbis*:

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

¹⁵ De acordo com a mensagem encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ministro da Justiça por ocasião da remessa do projeto de lei 2/1977, que originou a Lei 6.416/1977, este buscava a disciplinar “o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais”

¹⁶ A Lei 6.416/77 modificou o § 1º e 2º do art. 109 do Código Penal, ao passar a dispor que: “§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos. § 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.”

¹⁷ Em relação à mudança legislativa promovida pela Lei 7.209/1984, Halmemann (2009, p. 82) afirma que “apenas essa 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”.



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.

A disciplina legal dada ao instituto da prescrição retroativa pela Lei 7.209/1984, que reformou a parte geral do Código Penal, não pôs fim às controvérsias doutrinárias¹⁸ e político-criminais que gravitavam em torno do instituto. Diante desse cenário, sobreveio o projeto de lei nº 1.383/2003, que, na sua redação original, propunha a mudança nos artigos 109 e 110 do Código Penal com o objetivo declarado de excluir a prescrição retroativa do sistema jurídico brasileiro. Com esses termos, o deputado federal Antônio Carlos Biscaia justificou a propositura do referido projeto de lei:

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração (BRASIL/ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003, p. 2).

O texto final do projeto de Lei sofreu algumas emendas modificativas na Câmara dos Deputados¹⁹ e redundou na Lei 12.234, de 05 de maio de 2010, atualmente em vigor. Essa Lei, além de aumentar o prazo prescricional quando o

¹⁸ Jesus (2008, s.p.), mesmo após a entrada em vigor da reforma da parte geral do Código Penal, acerca da prescrição retroativa diz que “é uma peculiaridade do nosso Direito. Uma preciosidade em complicações. Não é fácil entendê-la e nem explicá-la, até mesmo no âmbito de uma sala de aulas de Direito Penal, pois, se fosse falar em termos matemáticos, trata-se de uma equação que, para ser resolvida, necessita da combinação de diversas variantes. Lembro-me que certa vez, há muitos anos, almoçava em Buenos Aires na agradável companhia de penalistas argentinos. A certa altura, um deles me pediu que lhe explicasse direito ‘la historia esa de prescripción retroactiva que Uds. tienen en Brasil’. Fiz o que pude. Tentei explanar da melhor forma possível, mas não consegui fazê-lo compreender esse instituto do nosso sistema.”

¹⁹ No Senado Federal o projeto de lei recebeu emendas para excluir do ordenamento o instituto da prescrição retroativa, com os seguintes fundamentos: “Importante observar que a redação vinda da Câmara dos Deputados apenas resolveria, no exemplo dado, a prescrição retroativa entre a data do crime e a data do recebimento da denúncia. Ou seja, quando ela ocorre durante a investigação criminal. Todavia, a prescrição retroativa continuaria a existir na fase de instrução processual (entre o recebimento da ação penal e a sentença de 1º grau), porque não houve alteração no §1º do art. 110 do CP. Com o objetivo de acertar esse deslize, ofereço uma emenda.” A emenda, porém, foi rejeitada pela Câmara, que optou por manter a possibilidade de produção de efeitos retroativos da prescrição a partir do recebimento da denúncia.



máximo da pena for inferior a um ano, modificou a prescrição retroativa para impedir que produza efeitos retrospectivos em período anterior ao recebimento da denúncia. A nova redação do art. 110, §1º dispõe 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.

Muito embora haja vozes minoritárias defendendo que a alteração promovida pela Lei 12.234/2010 afastou do ordenamento a prescrição na modalidade retroativa²⁰, prevalece a tese de que o legislador apenas restringiu o alcance dos efeitos retroativos da prescrição para excluir o período anterior ao recebimento da denúncia. Dito de outro modo, a pena concretamente fixada balizará a análise retrospectiva da prescrição no período compreendido entre o trânsito em julgado para a acusação e os marcos interruptivos da prescrição, com exceção do lapso decorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia²¹.

Em suma, é da maneira acima relatada que a prescrição retroativa, como uma contingência jurídica estabelecida para induzir determinados comportamentos, vem sendo interpretada e aplicada pelas autoridades jurídicas brasileiras. Para realizar a análise comportamental dessa regra, que tem por objeto o estudo crítico das premissas em que ela se baseia, e, assim, avaliar a sua capacidade de controlar comportamentos, faz-se necessário analisar a sua meta social, tarefa realizada a

²⁰Nesse sentido, Jesus (2014, p. 433), propõe a seguinte reflexão: “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”.

²¹Apreciando a constitucionalidade da Lei 12.234/2010 na análise do Habeas Corpus 122.694/SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que alteração legal não aboliu a prescrição da pretensão punitiva: “O texto permite concluir, com segurança, que o legislador optou por conferir efeito *ex tunc* à prescrição da pretensão punitiva com base na pena concreta apenas a partir do recebimento da denúncia ou da queixa. Na sua liberdade de conformação, o legislador poderia ter suprimido integralmente a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena em concreto, a fim de que essa regulasse apenas a prescrição da pretensão executória, o que, como visto, optou por não fazer.”



seguir.

3.2 FUNDAMENTO: A META SOCIAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A explicitação da meta social imediata e mediata de uma dada regra jurídica é fundamental para a análise comportamental do direito, na medida em que é por meio dela que o intérprete vai decidir, dentre várias interpretações logicamente consistentes, aquela que melhor serve ao interesse social em jogo (AGUIAR, 2017).

A análise comportamental da regra que institui a prescrição retroativa no sistema jurídico brasileiro, nesse contexto, pressupõe a identificação dos objetivos ou metas em termos de bem-estar social que se pretende atingir com o instituto, bem como do comportamento que se deseja induzir para alcançar o estado de coisas politicamente definido como desejável.

Embora não se tenha registro da explicitação legal dos princípios finalísticos ou objetivos orientadores da prescrição nos textos legais que consagraram o instituto no ordenamento jurídico brasileiro²², a doutrina e – com menos intensidade – a jurisprudência têm desempenhado o papel de promover reflexões acerca de seus fundamentos e finalidades. Conquanto a análise da idoneidade da prescrição retroativa para atingir os fins pretendidos apenas ocasionalmente seja objeto de preocupação dos estudiosos, com frequência são propostas discussões sobre as finalidades do instituto²³, de modo que tais estudos servem aos propósitos da análise comportamental dessa regra jurídica.

Diante desse cenário, para identificar a meta social mediata e imediata da prescrição retroativa, considerando a inexistência de sua previsão expressa nas regras legais que a instituíram, é necessário recorrer à doutrina.

A identificação da meta mediata, ou seja, do estado de coisas que o sistema político define como desejável com a instituição da prescrição, é tarefa

²² Recentemente, os textos normativos brasileiros passaram a incluir com mais frequência as metas sociais das regras instituídas, cuja explicitação contribui decisivamente na atividade interpretativa dos preceitos previstos. Ver, a propósito, o art. 1º da Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991 e art. 4º da Lei 9.98, de 18 de julho de 2000.

²³ Sobre o assunto, ver o estudo realizado por Porto (1998).



significativamente mais complexa do que apontar a conduta cuja frequência pretende-se aumentar, como será apontado. Com efeito, levando em conta as especificidades dos sistemas jurídicos e as peculiaridades dos desenhos e arranjos sociais, naturalmente são diversos os fundamentos justificadores do instituto da prescrição, o que significa afirmar não há consenso quanto ao estado de coisas que a prescrição deve promover.

Antes de analisar o traço característico central dos fundamentos que buscam indicar a meta social mediata da prescrição e como eles se relacionam com o comportamento que se deseja tornar mais frequente, é oportuno abordar rapidamente algumas teorias justificadoras do instituto²⁴.

Inicia-se com a teoria do esquecimento²⁵, segundo a qual o decurso do tempo apagaria a memória coletiva e a recordação das circunstâncias do crime, até que outras impressões tomassem lugar. A indignação pública, o sentimento coletivo de insegurança e os reclamos pela punição esvair-se-iam, de modo que as expectativas comunitárias seriam satisfeitas paulatinamente, o que devolveria estabilidade ao grupo (TRIPPO, 2004).

De acordo com a referida teoria, pode-se dizer que a meta social da prescrição é evitar a desestabilização social provocada pela punição extemporânea, uma vez que o decurso do tempo naturalmente esvaziaria os efeitos sociais do crime. Como observa Garraud (2003, p. 105):

Tornando-se inútil o castigo muito distanciado do delito ou da condenação, porque a lembrança do fato culposo está apagada e porque a necessidade

²⁴ Vale esclarecer que foge do escopo do presente trabalho realizar uma análise aprofundada e exaustiva das teorias que fundamentam o instituto da prescrição.

²⁵ Ao discorrer sobre a teoria do esquecimento, Hahnemann (2009, p. 46) afirma que “se não a mais sólida isoladamente considerada, certamente a mais difundida entre as justificativas da prescrição, a teoria do esquecimento apoia-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 suítes cada vez maiores, a fim de reavivar na mente da população os detalhes da empreitada delituosa.”



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 teoria psicológica, por sua vez, parte da premissa de que o ser humano se transforma a cada dia e, portanto, uma pessoa diferente daquela que praticou o delito suportaria seus efeitos. Assim, a prescrição seria uma face importante do princípio da personalidade da pena, uma vez que a aplicação da sanção após um longo período encontraria o agente do delito modificado, distante do estado de espírito e de caráter daqueles que ostentava à época do crime (BOTTINI, 2010).

Em estudo sobre o tema, Santos (2010, p. 47) resume as ideias da teoria psicológica nesses termos:

Os adeptos deste pensamento partem da premissa de que o homem é modificado em sua estrutura psíquica com o passar do tempo. Assim, no momento do crime, seria uma pessoa e, após determinado período, ao se aplicar a pena, internamente já se trataria de alguém "diferente". É de concluir, portanto, que levado o raciocínio à sua conclusão mais radical, alguém estaria punido pelo 'crime de outro'.

Por fim, de modo a demonstrar como é variável o estado de coisas que alegadamente o instituto da prescrição busca promover, é válido mencionar a teoria do enfraquecimento probatório. Sob a justificativa de que há interesse social no correto funcionamento da jurisdição penal, de forma a evitar erros e o distanciamento da verdade real, a teoria justifica a interdição do exercício do poder punitivo estatal em razão do decurso do tempo, que enfraqueceria e dificultaria a produção das provas. Ao abordar a referida teoria, Hahnemann (2009) afirma que o passar dos anos torna incerta a apuração do evento delituoso, dificultando a defesa e diluindo os elementos formadores da *opinio delicti*.

Como se vê, as teorias que justificam a prescrição, apesar da diversidade de fundamentos, têm como característica comum a premissa de que o decurso do tempo na implementação do poder punitivo tende a produzir efeitos deletérios, motivo pelo qual a atuação estatal demorada na condução da persecução criminal e a imposição



de pena muito distante no tempo do fato criminoso praticado podem ser considerados socialmente indesejáveis.

Nesse sentido, é permitido inferir que a meta social imediata do instituto da prescrição é tornar mais frequente o comportamento célere e responsável dos órgãos responsáveis pela persecução criminal, punindo e, conseqüentemente, fazendo mais raros os comportamentos desidiosos e procrastinatórios na condução dos feitos.

Apesar da divergência quanto ao estado de coisas que a prescrição pretende alcançar, há consenso doutrinário em relação ao objetivo de estimular comportamentos tendentes a promover com celeridade a persecução criminal (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011; BOLES, 2012; PORFÍRIO, 2003; OCHOA; WISTRICH, 1997). Nessa linha, esclarecedoras são as palavras de Delmanto Junior (2004, p. 332), para quem o:

Instituto da prescrição, além do importantíssimo papel de evitar punições completamente extemporâneas e já sem significado como medida de prevenção especial e geral, retributiva e ressocializadora, **possui a correlata função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário**. Para tanto, basta lembrar a corriqueira preocupação dos juízes, ao conduzirem a instrução e proferirem suas sentenças, em não deixar escoar o prazo prescricional, sem restringir, evidentemente, os direitos da defesa. Celeridade que significa diligência e não precipitação, e que é um direito do acusado. (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que a extinção de punibilidade em razão do decurso de prazo definido politicamente como inaceitável é tratada como consequência negativa a ser obrigatoriamente imposta ao Estado desidioso, pelo que se pode concluir que a prescrição tem natureza de sanção em razão da morosidade na persecução penal (JESUS, 2014).

Sendo assim, como o sistema jurídico não possui outra forma de atingir os seus objetivos senão por meio do controle de condutas, é forçoso concluir que a meta social imediata do instituto da prescrição será o aumento da frequência dos comportamentos voltados à promoção da celeridade, da responsabilidade e do cuidado dos órgãos estatais na implementação da persecução criminal, independentemente do estado de coisas que se busque atingir.



Mesmo no caso dos efeitos retroativos da prescrição com base na pena concretamente fixada, cujo objetivo seria também compatibilizar o cálculo da extinção da punibilidade com o nível de culpabilidade do autor e de desvalor do comportamento reconhecidos concretamente (BOTINNI, 2010), o único efeito possível é impor ao estado o dever de promover com mais celeridade a persecução. A compatibilização dos prazos prescricionais com a culpabilidade do autor, na prática, significa que, em relação àquela pessoa, os órgãos deverão atuar com maior rapidez, sob pena de perder o *jus puniendi*.

Logo, inafastável a conclusão de que análise comportamental da regra da prescrição retroativa não exige que seja apontado de forma definitiva o estado de coisas socialmente desejável, uma vez que todos eles partem da mesma premissa: a de que o objetivo social a ser atingido, seja ele qual for, depende da indução de comportamentos que promovam a celeridade na implementação da jurisdição penal. Em outros termos, a meta social imediata sempre será idêntica, independentemente da meta mediata.

Assim, explicitadas as metas sociais do instituto da prescrição retroativa, passar-se-á à análise crítica das suas premissas factuais relevantes, a fim de que seja possível indicar se elas sustentam a expectativa de que a extinção da punibilidade, nesse cenário, contribuirá para o alcance do comportamento desejável.

4 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição da pretensão punitiva com base na pena concretamente aplicada, na modalidade retroativa, constitui singularidade do sistema jurídico-penal brasileiro, não encontrando similar na experiência estrangeira. Não sem razão, essa criação eminentemente brasileira causa, ainda hoje, espanto aos penalistas estrangeiros, muitos dos quais incapazes de entender o seu mecanismo (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011).

Não se discute o poder de o legislador pátrio criar institutos sem paralelo nos



demais ordenamentos. É lícito que o faça, desde que respeitado, obviamente, o processo legislativo e tenha compatibilidade material com a Constituição. Ocorre que não é dada ao Congresso a autoridade para criar institutos que, longe de atingir os objetivos em razão dos quais foram instituídos, geram consequências diametralmente opostas a eles. Dito de outra forma, o poder de instituir contingências punitivas deve guardar relação com a meta social da regra jurídica.

Como demonstrado, desde o ano de 1923 doutrina e jurisprudência vêm travando acalorados debates dogmáticos acerca do instituto da prescrição retroativa, sem, todavia, conferir a devida atenção a dois aspectos relevantes. Primeiro, a discussão a respeito da aptidão da prescrição retroativa para atingir seu efeito desejado, qual seja, promover a celeridade na atuação dos órgãos persecutórios, foi pouquíssimo explorada. Segundo, são raros os debates acerca dos incentivos – muitas vezes não previstos pelos instituidores das contingências – criados pela prescrição retroativa para os atores processuais que atuam no sistema de justiça criminal e de como eles interferem no alcance das metas do instituto. A teoria analítico-comportamental do direito é instrumental teórico útil para conduzir tais discussões.

4.1 PREMISSAS FACTUAIS RELEVANTES DA REGRA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. A POTENCIAL EFETIVIDADE DA SANÇÃO

Para ser um instrumento socialmente útil, a prescrição retroativa deve ser capaz de controlar coercitivamente os comportamentos politicamente definidos como indesejáveis, no caso, a inércia e desídia dos órgãos estatais na implementação da jurisdição criminal. Como se parte da presunção de que esse comportamento está causalmente relacionado ao estado de coisas socialmente desejável, seja ele qual for, resta analisar a potencial efetividade do reforço negativo – a extinção da punibilidade – no comportamento dos agentes estatais.

Da forma como a regra da prescrição retroativa foi instituída e é aplicada, com retroatividade dos efeitos da sanção, não se vislumbra campo para que o comportamento dos atores processuais seja influenciado, uma vez que na época em



que a conduta objeto da regra é praticada – até o trânsito em julgado para a acusação – não é possível que os destinatários saibam qual padrão comportamental deve ser adotado.

Com efeito, entre o recebimento da denúncia e os marcos interruptivos seguintes até o trânsito em julgado para a acusação, os atores estatais, por força do art. 109 do Código Penal, têm seu comportamento guiado pela regra da prescrição com base na pena em abstrato, de modo que há a criação da legítima expectativa de que seu agir, por encontrar amparo na lei, não deve ser modificado.

Como no período compreendido entre o recebimento da denúncia até a fixação da pena o comportamento das autoridades judiciárias não é reforçado negativamente com a extinção da punibilidade com base na pena concreta – já que orientado pela regra da prescrição abstrata –, esse comportamento de valer-se de prazo mais dilatado acaba sendo reforçado positivamente²⁶, uma vez que representa ônus menor no desempenho das atribuições.

Um exemplo ajudará a aclarar a reflexão. Imagine-se que alguém tenha sido denunciado pela prática do crime furto simples²⁷, cuja pena varia de 01 a 04 anos. Caso recebida a denúncia, de acordo com as regras da prescrição com base na pena máxima abstratamente cominada, o prazo de que disporão as autoridades para finalizar o processo será de 08 anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal. Ocorre, entretanto, que se o acusado for condenado a uma pena não superior a 01 ano, o prazo prescricional modifica-se para apenas 03 anos, conforme o inciso VI do citado artigo.

Logo, as autoridades judiciárias, que, com aparo legal, pautaram seu comportamento no sentido de evitar que o processo transcorresse em prazo superior

²⁶ De acordo com Baum (2007, p. 193), “reforço positivo significa prover relações de reforço pelas quais o comportamento socialmente desejável pode levar o indivíduo a uma melhor sina” Ademais, como leciona Aguiar (2017, p. 35-36), “consequência reforçadora ou punitiva é a variável independente que se refere à alteração ambiental, contingente a um padrão comportamental operante, que tem a propriedade de alterar a frequência relativa com que este comportamento tende a ocorrer no futuro [...] A consequência é denominada de reforçador, quando tende a aumentar frequência de ocorrência do respectivo operante; é chamada de punidor, quando tende a diminuí-la”

²⁷ Art. 155 do Código Penal: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”



a 08 anos para evitar a ocorrência da extinção da punibilidade, são surpreendidas com a retroatividade dos efeitos da prescrição que leva em conta prazo máximo significativamente mais exíguo.

Assim, há situação de antinomia potencial entre normas, sendo uma delas já vigente, válida e com aptidão para orientar – além de reforçar – o comportamento dos atores processuais, e outra ainda inexistente, cuja formação depende do incerto trânsito em julgado da sentença para a acusação. Em outras palavras, enquanto a prescrição com base na pena abstratamente cominada produz efeitos imediatos, a fixada a partir da pena concretamente fixada apenas possui potencial de produzir efeitos futuros, contraditoriamente voltados ao passado.

Poder-se-ia defender que os atores processuais deveriam realizar um prognóstico da pena a ser concretamente aplicada para, dessa forma, antever o padrão comportamental a ser seguido antes da fixação da sanção.

Ocorre que a fixação do *quantum* de pena depende de fatores não alcançáveis pelo potencial de previsibilidade das autoridades judiciárias²⁸. No início do processo nem sempre é possível fazer previsões seguras acerca da pena a ser fixada, uma vez que muitas vezes na instrução são produzidos os elementos probatórios que podem exercer influência decisiva no processo de dosimetria. Ademais, outras circunstâncias, como a eventual e incerta postura colaborativa do réu no curso do processo²⁹, pode modificar sensivelmente a pena a ser aplicada. Por essa razão, ao tecer críticas à coerência da prescrição retroativa, Guaragni (2000) observa que o promotor só saberá no futuro o prazo que teria, no presente, para realizar os atos processuais, o que cria incerteza quanto aos prazos previstos para o exercício dos atos processuais.

Suponha-se, como exemplo, que um magistrado conduza um processo em

²⁸Vale mencionar que os Tribunais vêm rechaçando a tese da prescrição em perspectiva, sob a justificativa de que o ordenamento jurídico pátrio dispõe expressamente que o prazo prescricional, antes da sentença condenatória, será regulado pela pena máxima cominada abstratamente para o delito. Por todos, o entendimento apresentado pelo então Ministro do STJ Gilson Dipp no Recurso Ordinário em Habeas Corpus de nº 14.165: “a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto. Não contempla, pois, a norma de regência, qualquer forma de prescrição que tenha por base uma pena presumida, conjectural, antecipada, virtual, em perspectiva.”

²⁹A título exemplificativo, a confissão espontânea e a reparação do dano antes do julgamento são posturas que sempre atenuam a pena, nos termos do art. 65 do Código Penal



razão da acusação a duas pessoas da prática do crime de peculato, cuja sanção varia de 02 a 12 anos. Até o trânsito em julgado para a acusação, o comportamento do magistrado será influenciado pela regra que determina que possui o prazo de 16 anos para proferir a decisão. Todavia, após esse momento, poderá ser surpreendido com a retroatividade dos efeitos da prescrição que, no futuro, determinará que o processo tivesse transcorrido em prazo mais enxuto. Esse prazo, no caso do crime em comento, a depender da idade, das provas produzidas e da postura do réu, poderá ser, de 02, 04, 06, 08, 12 ou 16 anos.

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

Diferente é a situação do réu que possui, na data do crime, mais de 70 ou menos de 21 anos, já que, nesses casos, os prazos prescricionais são reduzidos por força do art. 115 do Código Penal³⁰. Nessa situação, como a contingência punitiva da extinção da punibilidade é previsível, ela tem aptidão para controlar o comportamento dos atores processuais³¹, que já sabem, de antemão, que deverão conduzir com mais celeridade os casos envolvendo réus com essa faixa etária.

De acordo com a teoria analítico-comportamental do direito, a aplicação de sanções, para permanecer causalmente eficaz, tem de ser consistentemente tornada contingente a condutas consideradas como socialmente indesejáveis pelos membros da sociedade (AGUIAR, 2017). No caso da prescrição retroativa, como sequer é possível – a partir do que foi demonstrado – definir o padrão comportamental socialmente desejável, ou seja, o comportamento socialmente requerido dos atores processuais em relação ao qual a sanção consistente na extinção de punibilidade deveria ser tornada contingente, inevitável a conclusão de que essa regra não atende

³⁰ Art. 115 do Código Penal: “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”

³¹ Não se deve perder de vista que “as autoridades jurídicas precisam ter o seu comportamento controlado pelos destinatários da ordem jurídica, para que não acabem pondo o poder de aplicar sanções a serviço de suas preferências pessoais, controle social este que só é possível se o direito for inteligível e previsível, o que passa pela coerência lógica de suas regras” (AGUIAR, 2017, p. 174).



a sua meta social imediata.

4.2 CONSEQUÊNCIAS NÃO DESEJADAS CRIADAS PELA REGRA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Como paradigma de análise comportamental, tem-se que a instituição de contingências pode gerar incentivos para a adoção de comportamentos que levem a resultados sistêmicos não desejáveis e, não raro, sequer previstos pelos responsáveis por desenhar o modelo de intervenção no sistema social. Dito de outro modo, a teoria analítico-comportamental do direito não pressupõe que a meta social seja necessariamente resultado de contingências jurídicas instituídas com o objetivo de obtê-la (AGUIAR, 2017).

Dessa forma, a superveniência de consequências indesejáveis em razão da instituição de uma contingência³², ou do modo como ela é aplicada pelas autoridades judiciárias, justifica a sua inclusão na categoria de metas sociais – que podem ser denominadas implícitas, para distingui-las daquelas explicitamente visadas pelos legisladores – a fim de que a regra e seu modo de aplicação sejam analisados e eventualmente modificados.

No caso da prescrição retroativa, se para as autoridades judiciárias tende a ter natureza punitiva, para os réus é sempre reforçadora. Isso porque a extinção da punibilidade com esse fundamento não implica responsabilidade ou culpabilidade, além de afastar os efeitos secundários da condenação, tais como reincidência e pagamento de custas.

À vista da natureza reforçadora da decisão extintiva da punibilidade para os

³² Um exemplo ilustrativo de consequências não desejadas da instituição de contingências é apresentado por Ansiliero e Paiva (2009, p. 34), ao analisar a desoneração da contribuição patronal sobre a folha de pagamentos buscando aumentar o emprego formal: “além de não resolver o 'problema' da geração de empregos formais, a desoneração muito provavelmente: a) aumentaria a regressividade do já regressivo sistema tributário brasileiro; b) faria com que os mais pobres participassem crescentemente do financiamento de um sistema previdenciário ao qual não estão filiados (e do qual não poderão obter benefícios); e c) contribuiria para corroer uma relação mais estreita entre contribuições e benefícios (elemento central para os sistemas previdenciários), na medida em que seu financiamento (com participação crescente dos impostos gerais) teria pouca ou nenhuma relação com seu sistema de benefícios (que é *earnings-related*).”



réus, partindo-se do paradigma da teoria da escolha racional³³, modelo segundo o qual uma pessoa age racionalmente quando escolhe o melhor meio disponível para alcançar os fins por ela almejados (POSNER, 2011), é possível prever que os acusados serão estimulados a adotar expedientes protelatórios para postergar ao máximo o processo e, assim, serem beneficiados com a extinção de punibilidade, que desempenha o papel de consequência reforçadora.

É sempre oportuno rememorar que o processo penal assume uma importância política que outras modalidades de processo, como o processo civil, não possuem³⁴, de modo que naquele ramo há maior extensão das posições jurídicas de vantagens (opções estratégicas) que o contraditório e ampla defesa permitem (CABRAL, 2013).

Enquanto no processo civil há destacada preocupação no sentido de impedir a atuação processual voltada à procrastinação³⁵, no processo penal, a referida extensão das posições de vantagens que o devido processo legal assegura restringe o controle judicial sobre as estratégias protelatórias, para cuja prática a prescrição

³³ Mesmo a despeito das críticas, a relevância do modelo teórico da escolha racional para as ciências sociais, em especial o direito, evidencia-se a partir da possibilidade do desenvolvimento de método de previsão das ações que os sujeitos racionais adotam em situações de escolha, instrumento imprescindível não apenas para explicar fenômenos sociais, mas para definir contingências jurídicas que visam a induzir comportamentos. No tocante ao sistema jurídico, entendido como um sistema de contingências sociais que busca obter comportamentos desejáveis, a tentativa de criar uma vida pública através do desenho de instituições e normas, ou seja, instituição de contingências jurídicas, pressupõe a capacidade das pessoas de responder de forma minimamente previsível – racional, portanto – a suas diretrizes, o que não implica, é claro, que as pessoas reais sejam perfeitamente racionais (FEREJOHN; PASQUINO, 2001).

³⁴ Cabral (2013, p. 432) faz uma pertinente observação: “se este é o pano de fundo dentro do qual o processo criminal deve ser analisado, é igualmente importante ressaltar que não é correto apartar o processo civil do processo penal utilizando-se do argumento simplista e reducionista de que o processo criminal, porque interfere potencialmente na liberdade do indivíduo, trata de bens ou direitos mais relevantes do que aqueles disputados no processo civil ou trabalhista, p. ex. Ora, um rápido inventário de algumas demandas na litigância civil atual permitirá verificar que também o processo civil lida com inúmeros bens e interesses cuja importância é inquestionável: as ações coletivas talvez sejam o maior exemplo, onde questões que tocam direitos de milhões de pessoas em matéria de meio ambiente, saúde, consumo, previdência, patrimônio público, etc. Isso sem contar as demandas individuais que buscam a internações hospitalares recusadas por planos de saúde ou a entrega de medicamentos pelo poder público. Alguém dirá aos requerentes que seus interesses não são relevantes?”

³⁵ Conferir, a respeito, Barbosa Moreira (1998, p. 16): “Já não se pretende do juiz que assista, como espectador frio e distante, ao ‘duelo’ das partes; ao contrário, dele se espera atividade eficiente no sentido de que a justiça seja feita. Para tanto, procura a lei ministrar-lhe, entre outros, meios enérgicos de combate à má-fé, à improbidade, à chicana, em suas multiformes manifestações”.



cumprir o papel de destacada fonte de incentivos, funcionando como espécie de “âncora de salvação” (GREVI, 2012, p. 42).

Acerca da opção política de fixar-se prazos diminutos para a prescrição, Chiavario (2012) afirma que, além do efeito positivo de contribuir para a estimular a condução célere da investigação e processo, tal estratégia possui dois efeitos negativos: a distorção nos objetivos do princípio da duração razoável do processo, princípio esse que não visa a tornar inútil o trabalho de verificação de crimes e, ainda, o recurso a expedientes dilatórios pela parte, com o objetivo de alcançar a prescrição. É nesse sentido que Cabral (2013, p. 361) pondera que:

É triste constatar que o processo penal vem se transformando, nas últimas décadas, num jogo desleal em que a defesa tenta de qualquer maneira anular o processo ou algum ato específico, ávida para que o trâmite do procedimento retorne a fases anteriores. A explicação para tanto é óbvia: a prescrição intercorrente ou retroativa, aplicada seja pela pena em abstrato prevista para o delito, seja pela pena em concreto imposta pela sentença. Talvez a Lei n. 12.223/2010 seja uma esperança de vermos outro panorama. [...] Em nosso sentir, trata-se de inovação louvável, que, somada ao novo procedimento criminal, com concentração de atos processual numa audiência única, **desestimula a procrastinação como estratégia para beneficiar-se da prescrição.** (grifo nosso).

Além do estímulo à adoção de posturas procrastinatórias pelos acusados, a prescrição retroativa gera incentivos não negligenciáveis para que os magistrados fixem sanções em patamares superiores aos devidos com o objetivo deliberado de escapar da extinção da punibilidade, contingência essencialmente aversiva³⁶ por sinalizar a desídia na condução do caso penal e tornar inútil toda a atividade jurisdicional levada a efeito.

Como o processo de dosimetria, por não resultar de simples operação matemática, envolve um espaço amplo de avaliação subjetiva (SCHMITT, 2012), é possível que as penas sejam fixadas de forma a impedir a decretação da extinção da

³⁶ Parte-se da premissa de que a extinção da punibilidade é percebida pela média dos juízes como aversiva, a ponto de diminuir a frequência do comportamento que a provoque. Embora não se desconheça a possibilidade, menos frequente, de a prescrição ter a natureza reforçadora para alguns magistrados, o modelo analítico proposto, tal qual o faz a maior parte da doutrina especializada, levará em consideração a natureza punitiva do instituto.



punibilidade a partir da avaliação e prognósticos acerca dos efeitos da prescrição nos períodos já decorridos.³⁷ Trata-se de provável consequência não desejada da norma, consequência esta que, além de deturpar a meta social imediata do instituto, corrompe a própria ideia de individualização da pena.

Tendo em vista que a meta social da prescrição retroativa é precisamente promover a celeridade da persecução penal, inescapável a conclusão de que, ao estimular a procrastinação e o aumento indevido das penas, o instituto gera consequências diametralmente opostas às desejadas. Como é ilógico pensar que os instituidores da regra da prescrição retroativa buscaram deliberadamente incentivar estratégias protelatórias ou influenciar negativamente o processo de dosimetria, tais consequências indesejáveis devem ser identificadas e devidamente levadas em consideração para orientar a reavaliação da utilidade social do instituto.

4.3 PRESCRIÇÃO COMO PRÊMIO: A FALTA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA SANCIONADA E A META SOCIAL MEDIATA

É frequentemente defendida a ideia de que, se o cálculo da prescrição é feito com base na gravidade do delito, a pena concretamente aplicada, por ser uma expressão do grau de culpabilidade do autor e a reprovabilidade do comportamento, deve definir os novos prazos prescricionais cujos efeitos retroagirão (BOTTINI, 2010; BITENCOURT, 2010). A prescrição retroativa, nesse cenário, refletiria a real proporcionalidade entre a gravidade concreta e específica de infração penal certa e determinada e o lapso de tempo legalmente considerado suficiente para a realização do poder punitivo do Estado (SCHOLZ, 2010).

O magistério de Nelson Hungria, pela importância histórica no estabelecimento jurisprudencial da prescrição retroativa, foi decisivo para a consolidação do entendimento referido. No julgamento do paradigmático Habeas

³⁷O Tribunal de Justiça do Maranhão, ao julgar a Apelação Criminal 70722000, reformou a decisão por entender que o magistrado fixou a pena em patamar excessivo para escapar da prescrição: “Restando evidente a pretensão do magistrado de fugir da prescrição retroativa, ao fixar um quantum excessivo de pena, impõe-se sua correção e consequente decretação da extinção da punibilidade”.



Corpus de nº 38.186/GB, afirmou que:

Concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que *ab initio* era justa. A pena cominada *in abstracto*, a que se refere a denúncia, revelou-se, na espécie, demasiada. A pena adequada, a pena que realmente deveria ter sido solicitada pelo M.P., era a que veio a ser imposta pelo Juiz. Assim, a prescrição deve ser entendida como relacionada, desde princípio, à pena aplicada in concreto.

Em que pese a coerência dos argumentos, partimos de premissas diversas: a nosso sentir, a justiça da pena fixada relaciona-se com a necessidade de reprimenda penal socialmente requerida com base na avaliação das circunstâncias do caso concreto, e não com o lapso temporal máximo de que dispõe o Estado para exercer o poder-dever punitivo.

Não sem razão, diversos sistemas jurídicos mundiais³⁸, ao disciplinar o instituto da prescrição, optaram por se afastar do tormentoso critério da pena justa, escolhendo a pena abstratamente cominada para servir como parâmetro de definição dos prazos para o exercício do *jus puniendi*.

Não se deve olvidar que a prescrição, como sanção jurídica contra a inércia e desídia na condução de processos e investigações pelas autoridades judiciárias, tem a ver com o incentivo à adoção de comportamentos processuais socialmente desejáveis. É instituto voltado, portanto, à indução de comportamentos estatais no curso da persecução criminal, não se relacionando com a postura que adota o acusado após a prática do delito.

A etapa judicial da dosimetria, por sua vez, é processo que se volta ao comportamento do réu, tanto aquele manifestado no momento da prática do delito, como o adotado no curso da persecução criminal. Com efeito, é o momento em que o magistrado valora o fato criminoso e todas as circunstâncias que norteiam a pessoa do réu, tornando-o único no decorrer da aplicação da sanção penal e fazendo-a

³⁸ Após proceder à análise comparativa do instituto da prescrição em diversos ordenamentos jurídicos, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, no voto proferido no Habeas Corpus nº 122.694, conclui que “em todas essas legislações estrangeiras a prescrição da pretensão punitiva (ora denominada de ‘prescrição da ação penal’, ora de ‘prescrição do procedimento criminal’), regula-se, invariavelmente, pela pena máxima abstratamente cominada ao crime, e nunca pela pena aplicada na sentença, a qual regula, tão somente, a prescrição da pretensão executória”



específica do fato-crime e do homem-autor (SCHMITT,2012).

Logo, o que se busca demonstrar em primeiro lugar é que, diferentemente do que defende Nelson Hungria, a justiça da pena aplicada nem sempre está relacionada à gravidade da infração penal cometida. Em outros termos, a justiça da pena não necessariamente reflete a gravidade do delito praticado. Em segundo lugar, o patamar de pena fixado concretamente não guarda relação com o prazo prescricional, ou seja, o prazo dentro do qual o Estado poderá legitimamente perseguir e punir os acusados.

Um exemplo seve para ilustrar o raciocínio. Imagine-se que um participante de um grupo criminoso voltado à divulgação e compartilhamento de materiais pornográficos envolvendo crianças e adolescentes³⁹, no curso do processo, opte por celebrar um acordo de colaboração premiada em razão do qual obtenha a redução de pena no patamar de 2/3 (dois terços). Suponha-se que a colaboração permita a identificação dos coautores e interrupção das atividades de extensa rede de pedofilia e que favoráveis todas as circunstâncias, sendo concretamente fixada a pena de 01 (um) ano.

No exemplo mencionado, a sanção fixada, embora justa, uma vez que a redução de pena decorreu de contribuição premiada nos termos e limites da lei, não reflete a acentuada gravidade do delito praticado contra a dignidade de crianças e adolescentes. Dito de outro modo, apesar da justiça da pena, em hipótese alguma é possível defender a ausência de gravidade do crime.

Ademais, diante da complexidade e da natureza do delito praticado no exemplo narrado, o lapso prescricional fixado de acordo com a pena concretamente aplicada tampouco traduz o tempo necessário e adequado para os órgãos estatais conduzirem a persecução. Vê-se, assim, que não há vinculação causal entre a postura processual adotada pelo réu e a estipulação retrospectiva de prazo sensivelmente menor para o Estado punir as infrações. Não é porque o réu optou por firmar colaboração premiada em estágio avançado do procedimento penal que o Estado

³⁹ Art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”



deve suportar o ônus de ter o prazo para conduzir a persecução criminal reduzido retroativamente de forma tão significativa.

No mesmo sentido, diversas posturas processuais, tais como a reparação do dano antes do julgamento, podem influenciar consideravelmente o processo de dosimetria, levando a pena a patamares mais reduzidos. O fato de o réu ter reparado o dano provocado pela sua conduta merece, naturalmente, por razões de política criminal, ser levado em consideração no momento da fixação da sua reprimenda penal. Ocorre que a gravidade do fato e a dificuldade de demonstrá-lo por meio de elementos de provas não se modificam por conta da reparação do dano, o que reforça a demonstração da mencionada ausência de vinculação entre a pena concretamente aplicada e a redução retrospectiva dos prazos prescricionais.

Diante desse cenário, a prescrição retroativa, em vez de funcionar como contingência punitiva que busca acelerar o comportamento dos atores processuais estatais, desempenha o único papel de premiar os acusados com a extinção da punibilidade. Em termos analítico-comportamentais, isso significa que a instituição da contingência não está relacionada à meta social, de modo que se torna forçosa a conclusão de que a regra não serve à função social do direito.

Com isso não se quer afirmar que ao sistema jurídico é interdito premiar pessoas a partir da avaliação, em termos de política criminal, de circunstâncias que envolvem a prática da conduta delituosa ou a pessoa do réu. O que se defende é que não é dado aos instituidores das regras jurídicas valer-se, para atingir tal desiderato, de instituto que possui finalidade completamente distinta. Caso se pretenda premiar, que sejam utilizados institutos próprios voltados a esse fim, como a dosimetria ou substituição de penas. A imposição retrospectiva do dever de o Estado agir com maior celeridade, diante da demonstrada ausência de vinculação causal, gera apenas disfunção ao sistema que se propõe coerente e coeso⁴⁰.

⁴⁰ Não concordamos com a posição defendida por Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.655), ao sugerir que a prescrição retroativa deve servir ao propósito de restringir o poder-dever de punir, representando o “triunfo do direito humano de liberdade sobre a deficitária e ineficiente máquina repressiva do Estado”. Como tivemos oportunidade de discutir, a prescrição tem a meta social de estimular a celeridade na condução de casos penais por meio do controle coercitivo, sendo a limitação ao poder punitivo uma consequência, e não o fim do instituto.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício do poder de instituir normas jurídicas, além de observar as limitações impostas pelo próprio Direito, não pode, sob pena de redundar em inocuidade, afastar-se das premissas que norteiam o comportamento humano, objeto cujo controle coercitivo é a forma de que dispõe o sistema para atingir os fins socialmente desejáveis.

Com os olhos nessa constatação, e sem olvidar o fato de que essa perspectiva vem sendo negligenciada pelas análises jurídicas tradicionais, o presente artigo pretendeu contribuir para o debate acerca do controverso instituto da prescrição da pretensão retroativa, com base no instrumental teórico do método analítico-comportamental do direito.

Demonstrou-se, inicialmente, que a prescrição retroativa não possui aptidão para modificar os comportamentos no sentido desejado pelos instituidores das normas jurídicas, qual seja, imprimir maior cuidado e celeridade na condução dos casos penais. Ao revés, evidenciou-se que a regra cria campo de incentivos para a adoção de comportamentos diametralmente opostos aos pretendidos, tendo potencial para aumentar a frequência de estratégias protelatórias e ocasionando disfunções no processo de dosimetria da sentença penal condenatória. Ademais, a análise comportamental da norma mostrou que a diminuição retrospectiva do prazo que o Estado possui para atuar não guarda relação com a sua meta social, de modo que a prescrição retroativa acaba desempenhando o único papel de premiar os acusados com a extinção da punibilidade.

Diante desse cenário, como a obstaculização do dever de o Estado promover a responsabilização criminal é uma consequência, e não o fim da prescrição retroativa, forçoso concluir que o instituto, da forma como foi desenhado, não serve aos fins sociais do sistema jurídico, fazendo-se necessário reavaliar a conveniência de sua manutenção no ordenamento legal e o modo como vem sendo aplicado pelas autoridades jurídicas.



REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar. O direito como sistema de contingências sociais. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, volume 37, número 2, 2013, pp. 164-193.

AGUIAR, Julio Cesar. **Teoria Analítico-Comportamental do Direito**: Para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado. Porto Alegre: Núria Fabris, 2017.

AILES, Edgar H. *Limitation of Actions and the Conflict of Laws*. **The Michingan Law Review Association**, 1933, vol. 31, n. 4, p. 474-502. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1281153?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 01 out. 2017

ANSILIERO, G.; PAIVA, L. H. **A desoneração da contribuição patronal sobre a folha de pagamentos**: uma solução à procura de problemas. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 32, p. 9-36, 2009

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro**. Temas de direito processual – Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988

BAUM, William. **Compreender o behaviorismo**: comportamento, cultura e evolução. 2ª edição revisada e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BITENCOURT, Cézar Roberto. Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 18, nº 87, nov-dez, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOLES, Jeffrey R. *Easing the Tension Between Statutes of Limitations and the Continuing Offense Doctrine*. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**. 2012, vol 7, n. 2. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=njls>. Acesso em 01 out. 2017

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Novas Regras sobre Prescrição Retroativa: Comentários Breves à Lei 12.234/2010. **Boletim IBCCRIM**. Ano 18, nº 211 – Junho de 2010.

BRASIL. **Decreto 2.848**, de 07 de setembro de 1940. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em: 05 out. 2017.



BRASIL. **Decreto nº 4.780**, de 27 de dezembro de 1923. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 30 dez. 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>>. Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 1383**, de 2003, que altera os arts. 109 e 110 do Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. – Código Penal. Parecer de 2017. Autor: Antonio Carlos Biscaia. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>. Acesso em set. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 19**, de 2017, que altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Parecer de 2017. Relator: Demóstenes Torres. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3523038&disposition=inline>. Acesso em set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 122694**. Paciente: Bruno Leite Papa. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071>. Acesso em: 29 set. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 38.186**. Paciente: Mariah Rosa Costa Pereira Gomes e outro. Relator Ministro Nelson Hungria. Brasília, 30 de janeiro de 1961. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=55973>. Acesso em: 29 set. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 42.618**. Paciente: Agenor de Faria. Relator Ministro Hermes Lima. Brasília, 29 de novembro de 1965. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=55973>>. Acesso em: 29 set. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 42.618**. Paciente: Agenor de Faria. Relator Ministro Hermes Lima. Brasília, 29 de novembro de 1965. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=55973>. Acesso em: 29 set. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em Habeas Corpus n. 14.165**. Recorrente: Nélio Roberto Seidl Machado . Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 20 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=14165+&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 29 set. 2017



CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno** – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Antônio do Passo. Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: A validade prima facie dos atos processuais. In: CALABRICH, Bruno; Fischer, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.) **Garantismo Penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013

CATANIA, A. C. **Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale – profilo istituzionale**. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: **Jus Podivm**, vol. 1, 17ªed., 2015

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 16, n. 45, p. 05-24. 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092001000100001>. Acesso em: 09 jun. 2017.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000

HAHNEMANN, Gustavo. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva,



2014

JESUS, Damásio Evangelista de. Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição retroativa – a favor ou contra?** 28 jan. 2008. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI53012,51045-Prescricao+retroativa+a+favor+ou+contra>. Acesso em 30 set. 2017

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, N., BEDNARZ, J. J., & BAECKER, D. *Social systems*. Stanford, CA: **Stanford University Press**, 1995.

MALOTT, R. W. **Principles of behavior**. 6 ed. *Upper Saddle River: Pearson Education*, 2009.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 70722000**. Apelante: José Gomes da Silva Filho. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Des. Josefa Ribeiro da Costa. São Luís, 30 out. 2000. Disponível em http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNotyksOgjAQXDDQu3CBmSmUFlxcuvAC7k07HyUhQGhrPL4ufOtXZur93LEIZyzBx8wYmKwf0ZwPaD4ODscpipqMqgHFMommgUZWFutCJ_qdos-2yX47UwPet9LWmh5Hy-vCCcrK9-XYgaB-6vWV3goBg3OICLlu1_8_gbrLF5OCLj0. Acesso em: 05 out. 2017

MOORE, J. **Conceptual foundations of radical behaviorism**. *Cornwall-onHudson, NY: Sloan*, 2008.

MUNZER, Stephen R. *A Theory of Retroactive Legislation*. **Texas Law Review**, 1982, vol. 61, n. 3, p. 425. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr61&div=29&id=&page=.> Acesso em: 24 set. 2017

NAVES, Nilson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. *Justitia*, São Paulo, ano 37, nº 88, 1º trimestre/1975, p. 285-293.

OCHOA, Tyler T.; WISTRICH, Andrew. *The Puzzling Purposes of Statutes of Limitation*. **Santa Clara Law Digital Commons**, 1997, 28 Pac. L. J. 453. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=facpubs>. Acesso em 01 out. 2017

PORFÍRIO, Geórgia. 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. 5. Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROMÃO, Cesar Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual**: uma realidade no direito penal brasileiro. 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

DELMANTO JR, Roberto. Inatividade no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004

SANTOS, Christiano. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015

SILVA, Ariovaldo Perrone da. Dos efeitos da prescrição retroativa. **Revista Ministério Público Nova Fase**, Porto Alegre, vol. 1, número 18, 1985, p. 81-89

SKINNER, B. F. **Science and human behavior**. New York: The Free Press, 1953. Disponível em: https://social.stoa.usp.br/articles/0016/2393/Skinner_1953_-_SCIENCE_AND_HUMAN_BEHAVIOR_-_Livro_Completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2017.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal. V. 1: parte geral. 9ª Ed. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2011.

