

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PENAL E DECADÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

SUMÁRIO: a) Distinção entre: (1) ação penal; (2) direito de acusar (pretensão punitiva); e (3) direito de punir. B) Punibilidade — Prescrição prospectiva e retrospectiva — Decadência.

a) Distinção entre: (1) ação penal; (2) direito de acusar (pretensão punitiva); e (3) direito de punir.

1. O crime é fato jurídico, dele se irradiando, em razão da incidência da regra penal, efeitos no mundo do Direito.

Descrita no preceito normativo, a conduta criminosa é típica, antijurídica e culpável, isto é, tem, para ser jurígena, de corresponder ao previsto “in abstracto” pela lei; de ser contrária ao direito (não haver pré-excludente de ilicitude); e de poder dar lugar à imputabilidade, à possibilidade de atribuição a título de dolo ou de culpa.

Trata-se de espécie do gênero delito, que atinge lesivamente ou põe em risco direito absoluto (v.g., vida, liberdade, honra, propriedade) ou interesse legítimo juridicamente protegido (p. ex., a fé, a saúde pública), oponíveis “erga omnes”, e que são os bens (objetos) tutelados pelo Direito.

A lei contrapõe, ao crime, a pena, como sanção específica, ônus cominado ao criminalmente responsabilizável.

A chamada punibilidade, isto é, a imponibilidade, a aplicabilidade da pena, para a sua ulterior execução, é um efeito jurídico do crime, ou, como se costuma referir, uma consequência, e não um elemento integrante desse.

2. É que, praticado o crime, nasce o direito de punir, o “ius puniendi”, que tem, em seu objeto, a determinação qualitativa da pena (quando há alter-

nativa de escolha da espécie de sanção, inclusive por substituição; cf. art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal); sua fixação quantitativa, dentro dos limites legais, com aferição das circunstâncias judiciais, chegando-se a uma primeira pena-base; o cômputo das agravantes e atenuantes, alcançando-se uma segunda pena-base; e atingindo-se o cálculo final da pena, mediante a consideração das majorantes e minorantes.

São momentos da aplicação da pena, que compreende o conjunto das operações de individualização, de concretização da sanção criminal, legalmente cominada, sanção aplicada essa, a ser subseqüentemente executada.

2.1. Superada a fase da vingança privada, o Estado concentrou em si, na área criminal, o “ius puniendi”, tornando-se seu titular único.

Esse direito público subjetivo estatal, de ordem material, tem por objeto, como salientado, a aplicação, para ulterior execução, da sanção penal, o que se dá, a primeira, pelo Judiciário; e a segunda, pela participação deste e de outros órgãos estatais.

O direito de punir é direito material, é direito-poder de Direito Substantivo; no caso, de Direito Penal.

Assim, o direito de imposição da “poena” criminal, legalmente cominada, é estatal, público, e diz respeito à posição do Estado-juiz em face do acusado.

2.1.1. Em suma: a regra de Direito Penal tem por conteúdo, em seu preceito, a descrição de um fato jurídico que, concretizado, é gerador, para o Estado, do direito de punir, que, uma vez reconhecido pelo juiz, na sentença condenatória, é exercido mediante a aplicação, para ulterior execução, da pena cominada na sanção contida na regra penal.

2.2. Prevalece o princípio do “nulla poena sine iudicio”. Assinala, a propósito, FREDERICO MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal, São Paulo, Forense, 1961, I: 310) que “a regra do “nulla poena sine iudicio” foi acolhida pelo legislador constitucional, quando estabeleceu a necessidade de processo e sentença judiciais para a condenação penal”.

2.3. Para que o juiz exerça o “ius puniendi”, em relação a alguém, é mister, todavia, que a atuação jurisdicional seja exigida, isto é, que aquele legalmente legitimado exerça a pretensão correspondente em face do juiz, e que é a pretensão punitiva.

É a consequência da adoção do princípio “ne procedat iudex ex officio”, absoluto em sede criminal, no vigente regime constitucional, com afastamento da atuação inquisitorial.

Mais do que provocado, é exigido do juiz, por titulares do direito de ação processual penal, isto é, do direito de exigir a prestação jurisdicional, o tornar

efetiva a tutela da justiça na área criminal, monopolizada pelo Estado, através do Judiciário.

2.4. Com o cometimento do crime, surge, portanto, o direito de punir, cujo exercício, pelo juiz, depende, porém, da fruição, pelos legitimados, e atendidos os pressupostos e condições pertinentes, do direito à “ação” processual penal, que é o instrumento de veiculação da pretensão punitiva, isto é, da exigência de efetivação do exercício daquele poder punitivo.

Assim, o juiz, ao condenar o réu, declara, preliminarmente, pelo reconhecimento da ocorrência do crime e da identificação de sua autoria, a existência do direito de punir, de punir aquele réu, naquele caso; e, em seguida, impõe a pena a ser executada pelo Estado e cumprida pelo condenado, que passa a ter a obrigação de a ela se submeter.

2.5. Fixemos que cognato com o “ius puniendi”, condição mesma de seu exercício, identifica-se o “ius persequendi”, o poder de persecução penal, também monopolizado pelo Estado, “atividade estatal” segundo ERNST BEL-LING (Derecho Procesal Penal, trad. esp. de MIGUEL FENECH, 1939, p. 61), e que compreende a fase de investigação pré-processual (como a desenvolvida no inquérito policial) e a fase em juízo.

2.6. Sabemos que, prevalecente o princípio do “ne procedat iudex ex officio”, e superada a fase inquisitorial, se tornou necessário, para que o Estado, através do juiz, possa exercer seu direito de punir, que se atribua a determinados titulares a legitimidade para a iniciativa da ação penal processual, instrumentalizadora da acusação.

Neste ponto, inexiste monopólio estatal, mas predominância governamental, sendo limitada e taxativa, quanto às hipóteses, à oportunidade, à função e à extensão de poderes, a atuação do particular, restrita, a legitimidade desse, à figura do ofendido (por si ou seu representante legal) e de seus sucessores enumerados no art. 31 do CPP.

ALCALÁ-ZAMORA (Derecho Procesal Criminal, 1940, p. 77) explica que “o direito de punir pertence, de modo absoluto, ao Estado”, sem que sejam “exceção a essa regra os delitos passíveis de persecução com queixa da parte, uma vez que neles o Estado não transmite ao ofendido ou seus representantes legais o direito de punir, mas apenas lhes confere o direito de acusação”, a par, é claro, do direito processual de agir, para veiculação da mesma. Estamos no campo do “diritto di querela”.

3. O art. 100 do Código Penal estatui:

“A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.”

O art. 129, I, da Constituição Federal prescreve:

“São funções institucionais do Ministério Público:

I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Com efeito, o Código Penal, em seu citado art. 100, e seguintes; e o de Processo Penal, em seus arts. 24, 30 e 31, atribuem a titularidade da ação processual: (a) ao Ministério Público, instituição estatal, e, por isso, sua ação é dita ação pública; e (b) ao ofendido (pessoalmente ou mediante representante) e sucessores, que têm a ação penal processual privada, o direito de queixa, de oferecer queixa (cf. CPP, arts. 31, 33 a 36 e 38) embora tal ação, assim como a anterior, seja, ontologicamente, de direito público, razão por que o Código Penal, pela redação introduzida pela Lei nº 7.209, de 11.07.84, passou a aludir a “ação de iniciativa privada”.

A preceituação de ser privativa a ação penal — se pública, do Ministério Público; se privada, do ofendido e sucessores — traz em si os significados seguintes: (a) a regra geral, no Direito Brasileiro, é que a ação penal seja pública, isto é, estatal, privativa do Estado, que detém, também privativamente, o poder de prestar justiça, o “ius persequendi” e o “ius puniendi”; (b) no exercício da ação penal pública, o Poder Público está presente pela instituição, estatal, do Ministério Público — e não por nenhum outro organismo governamental —, a ensejar a atuação do Judiciário, Poder do Estado, ao qual cabe punir, declarando a existência do “ius puniendi”, em consequência do reconhecimento da prática do crime e da identificação de seu autor, para chegar, finalmente, à condenação desse e à aplicação da pena, a ser executada igualmente pelo Estado; (c) mesmo se se trata de crime de ação pública, o juiz não pode, de ofício, sem a provocação-exigência do Ministério Público, exercer seu direito de punir.

4. Distinguem-se, nitidamente, a ação penal pública e a ação penal privada, não apenas por sua titularidade, legitimidade, mas por sua natureza e objeto.

4.1. Para o Ministério Público, a “ação” processual é um poder institucional, inerente a esta organização governamental, à qual compete exigir (exercício da pretensão primitiva) do juiz que, reconhecendo a existência do direito de punir, aplique a pena.

4.2. O ofendido tem o direito a provocar o Estado, para que desenvolva seu poder de persecução; e de exigir (exercício da pretensão punitiva) a punição.

A pretensão, do ofendido, a que o Estado exerça seu direito de punir, tem lugar através da propositura da ação processual penal privada, exercitação do direito de queixa, direito potestativo (formativo, gerador de obrigação do Es-

tado de prestar a jurisdição) e que nasce com a prática do delito, pois que este é que faz surgir a figura do ofendido, sujeito passivo da infração.

A ação penal privada subsidiária surge com a omissão do *Parquet*.

5. Os direitos do ofendido, em sede penal e processual penal, são específicos e limitados, eis que, não ocorre transferência dos direitos do Estado para aquele: o “*ius puniendi*”, e seus cognatos, o “*ius persequendi*” e o “*ius exequendi*” continuam públicos, não sendo o queixoso substituto processual do Poder Público.

5.1. Assim, na ação penal de iniciativa privada, o ofendido e equiparados só têm direito em relação ao Estado-juiz: o direito — e correspondente pretensão — de obter a declaração, por aquele, da existência, no caso, do direito estatal de punir, e obrigá-lo a exercê-lo.

6. A pretensão que cabe ao Ministério Público e ao ofendido é a pretensão punitiva, ou seja, a capacidade de exigir — como toda pretensão o é — quanto a ver realizada a persecução e a punição criminais, titularizadas pelo Estado.

É cognata com a “ação” processual penal, endereçando-se, pretensão e “ação”, ao juiz, em face de quem são exercidas.

Nunca se poderia dizer que a pretensão punitiva é ligada ao direito de punir judicial. Salientando, com propriedade, Afrânio Silva Jardim (Direito Processual Penal, Rio, Forense, 37ª ed., 1990) que urge que não se vinculem os dois institutos, os quais “são categorias autônomas e distintas”.

7. O delito põe, em consequência, o infrator sob a ameaça de inflicção de pena, o que está abrangido pela noção de punibilidade.

É na sentença ou decisão condenatória, que o juiz, mercê do reconhecimento da ocorrência do crime e da identificação de sua autoria, declara a existência do direito de punir aquele réu, por aquele fato, do qual decorre o “*ius*” em tela; e, em seguida, exerce tal direito, de natureza potestativa, pois ao aplicar, individualizadamente, a pena, cria, para o condenado, a obrigação de submeter-se à mesma; de cumpri-la.

7.1. Até a condenação, existem:

a) o “*ius accusationis*” do Ministério Público ou do ofendido, cujo exercício se dá através da “ação” processual penal, que só pode ser exercitada, se preenchidas as chamadas condições da ação, uma das quais, no Processo Penal, é não estar extinta a punibilidade, ou seja, haver, em tese, a possibilidade de o juiz vir a condenar o réu (CPP, art. 43, II);

b) a pretensão punitiva, que é o poder de exigir, do Estado-juiz, a persecução e a aplicação da pena: é, pois, a pretensão do “*ius accusationis*”; é a pretensão “a ver punido”;

c) o “*ius persequendi*”, que é estatal, e que compreende o poder de investigação, de instrução e de efetivação de medidas cautelares processuais penais;

d) o “*ius puniendi*”, ainda sem existência declarada e sem ter sido exercido, o que somente se dará com a condenação.

b) Punibilidade — Prescrição prospectiva e retrospectiva — Decadência

8. A punibilidade criminal, isto é, a aplicabilidade, pelo juiz, da sanção penal, extingue-se, dentre outras causas, pela prescrição e pela decadência: Código Penal, art. 107, IV. Ambas, fenômenos jurídicos vinculados ao transcurso do tempo.

A prescrição é a neutralização, ou, na linguagem ponteana, o encobrimento da pretensão.

A decadência, preclusão ou caducidade é a extinção do próprio direito: “preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico” (PONTES, Tratado de Direito Privado, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, VI: 135).

9. O direito de ação do Ministério Público indiretamente está sujeito a prazo prescricional, eis que a ação penal pública tem de ser promovida em tempo hábil, de modo que a “*persecutio criminis*” judicial, possa, antes de ocorrida a prescrição da pretensão punitiva, ser iniciada, com o recebimento da denúncia, que instaura o processo penal, em juízo.

9.1. O direito de queixa do ofendido está sujeito a prazo decadencial (art. 103 do CP), por ser direito potestativo, formativo da relação jurídica com o Estado, que passa a ter a obrigação, de cumprimento exigível, de exercer seu “*ius persequendi*”, de prestar a jurisdição, exercitando, se cabível, o “*ius puniendi*”.

9.2. A pretensão punitiva, vinculada ao “*ius accusationis*” do Ministério Público ou do querelante, está sujeita a prescrição, nos termos do disposto dos arts. 109 e III do CP.

É a prescrição que ocorre antes do trânsito em julgado da condenação (Súmula STF nº 146).

Como prescrição, está sujeita a causas impeditivas (CP, art. 116) e interruptivas (CP, art. 117).

9.3. Com a sentença condenatória, o juiz exerce seu “ius puniendi”, direito potestativo de formação da relação jurídica em face do réu, criando-lhe a obrigação de se submeter a pena, de cumpri-la, conforme gizado.

9.3.1. Se há prescrição da pretensão punitiva, o direito de punir não chega a ser validamente exercitável, e, daí, na ocorrência daquela prescrição, nenhum gravame resulta para o réu.

9.3.2. O “ius puniendi”, como direito potestativo, está sujeito a decadência, e tem de ser exercido no prazo preclusivo correspondente, sob pena de extinção, conforme analisaremos adiante.

9.4. A pretensão executória, que se irradia da condenação, está, como pretensão, sujeita a prescrição (prescrição depois do trânsito em julgado da mesma condenação), e tem, também, suas causas interruptivas (CP, arts. 110, 112 e 117).

Diferentemente da prescrição da pretensão punitiva, a prescrição da pretensão executória deixa seqüelas para o réu, eis que ela é projeção de uma condenação existente, válida e eficaz.

10. Como primeira modalidade prescricional, temos a prescrição prospectiva da pretensão punitiva, que flui, com eventuais impedimentos e interrupções, até o trânsito em julgado da sentença ou decisão, sendo que, antes da coisa julgada da condenação para a acusação, é calculada com base na pena em abstrato; e, a partir de então, pela pena em concreto.

Por esta também é computada a prescrição prospectiva da pretensão executória, segunda das espécies prescicioniais.

11. A par da prescrição prospectiva, existe a prescrição retroativa da pretensão punitiva, que, após tumultuado histórico, tem, hoje, amparo nos §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal:

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

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

Entende-se, em geral, que uma vez,

“transitada em julgado para a acusação ou improvido o seu recurso, verifica-se o *quantum* da pena imposta na sentença condenatória. A seguir, ajusta-se tal prazo num dos incisos do art. 109 do CP. Encontrado o respectivo período prescricional, procura-se encaixá-lo entre dois pólos: a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença condenatória. Se o prazo prescricional couber, contado retroativamente, entre a data em que a sentença condenatória foi publicada e a em que

houve o recebimento da denúncia, ou entre a desta e a da consumação do crime, caberá a extinção da punibilidade, nos termos do § 2º do art. 110 do CP.” (Damásio E. de Jesus, *Prescrição Penal*, p. 142/143)”

11.1. Os penalistas têm percebido que a *prescrição retroativa* encerra diferenças de conteúdo em relação à *prescrição prospectiva da pretensão punitiva* e da *pretensão executória*.

Damásio E. de Jesus (*Prescrição Penal*, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 1995, p. 137) vislumbrou, já na reforma legislativa de 1977, *três espécies de prescrição*: (a) a da *pretensão punitiva*; (b) a da *pretensão executória*; e (c) a da *pretensão retroativa*.

Mesmo atualmente, quando caracteriza a *prescrição retroativa* como sendo uma das modalidades de *prescrição da pretensão punitiva*, o Autor mantém, na estrutura de sua obra específica sobre o assunto, a tripartição, estudando cada uma das três formas, separadamente.

Aliás, é o que fazem os doutrinadores em geral.

11.2 Álvaro Mayrink da Costa (*Direito Penal*, Rio, Forense, 2ª ed., 1988, p. 1.199 e 1.203/1.204), Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, vai mais longe, ao sustentar diversidade profunda entre a *prescrição retroativa* e as demais.

Com efeito, coloca, com agudeza, que, “se a prescrição é *retroativa*, obviamente se conta de trás para frente”, sem causas interruptivas, pois que, “se fosse o recebimento da denúncia causa interruptiva nesta hipótese, não se poderia contar da sua data à data da consumação do fato, visto que se conta de trás para a frente (*retroatividade*). E conclui:

“Ora, se a prescrição é contada para trás (*retroativa*), pois é da pretensão punitiva e não executória, à *data do fato*, obviamente o legislador *excepcionou* o recebimento da denúncia como causa de interrupção.”

11.3. Este entendimento encontra respaldo na *Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal*, cujo Projeto, sobre o qual discorreu o Ministro da Justiça, mantinha a regra do § 2º do art. 110 do CP, na redação da Lei nº 6.416/77, que preceituava que a prescrição pela pena aplicada não pudesse ter termo inicial em data anterior ao do recebimento da denúncia. Justificando a manutenção, argumentava com o fato de que interrupção da prescrição, como a causada por aquele recebimento, é incompatível com o sistema da prescrição retroativa.

Considerando que o texto definitivo da Lei nº 7.209/84, ao eliminar o impedimento preconizado e vigorante até então, passou a admitir como limite temporal máximo, para a prescrição retroativa, a data da prática do delito, pode o seu termo ser qualquer momento, anterior ou posterior ao recebimento da

denúncia, desde que suficiente para, em uma contagem retrospectiva, caracterizar a consumação da extinção da punibilidade.

12. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, VI, p. 98 e s.) salienta que se tem desatendido à distinção entre *prescrição* e *decadência*, “encambulhando-se conceitos”, de tal sorte que o Código Civil, no art. 178, § 10, VII, coloca, como sublinha o Autor, a ação rescisória como se prescrevesse: trata-se, aí, de prazo decadencial.

12.1. Assim, como é comum no Direito Objetivo Brasileiro, o *Código Penal* não aprofundou, no capítulo da *extinção da punibilidade*, o instituto da *decadência*, a que se refere, genericamente, no art. 107, IV, sendo certo que os Autores, a propósito, tratam, apenas, da *decadência do direito de queixa e de representação* (art. 103).

12.2. As conseqüências da fixação, da pena *in concreto*, sobre os fatos processuais ocorridos, preteritamente, a partir da prática do delito, com atingimento da sua *punibilidade*, mas antes do trânsito em julgado da condenação, envolvem dois institutos diversos: a *prescrição da pretensão punitiva*, titularizada pelo *acusador*; e a *decadência do direito de punir*, privativo do *Estado-juíz*.

12.2.1. Na *prescrição retroativa da pretensão punitiva* a idéia de *retroatividade* traduz a adoção, *ab initio*, do *quantum* da pena em concreto (CP, art. 111), em substituição ao máximo da pena cominada (CP, art. 109); bem como a contagem retrospectiva.

12.2.2. Na *decadência do direito potestativo de punir*, o sentimento de *retroatividade* decorre do fato de que, tendo começado a fluir o prazo preclusivo, a contar do *tempo do crime* (CP, art. 4º), só pode, todavia, ser constatada a ocorrência da *extinção* do “*ius*”, a partir da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, e com base na pena por aquela fixada, embora possa ter ocorrido muito antes da *res judicata* acusatória.

12.3. O *trânsito em julgado* da condenação para a acusação significa a *cristalização* do objeto da *pretensão punitiva*.

A *condenação* corresponde à concretização do *direito de punir*, como *direito potestativo*, que, nesta qualidade, conforme salientado anteriormente, está sujeito a *decadência*.

12.3.1. Somente com a *sentença condenatória*, é que o juiz *reconhece a existência do direito de punir*, e, em seguida, o *exerce*, com a individualização da pena.

Com a *declaração* fica proclamada a *existência*, desde o momento do crime, do referido direito. Somente depois desta declaração, se poderá verificar

se está sendo ele tempestivamente exercido, para o que se considerará a pena em concreto, após o trânsito em julgado para a acusação.

12.3.2. Como se trata de *decadência*, o prazo preclusivo não sofre interrupção.

Pontes ensina (op. cit., p. 136):

“Se a técnica legislativa decide permitir a suspensão ou interrupção do prazo preclusivo, nada obsta a que o determine; mas é preciso que expressamente o diga, como a respeito dos dias feriados e das férias forenses. Na dúvida, tem-se por insusceptível e ininterruptível; nenhuma regra jurídica sobre prescrição se entende, *per analogiam*, abranger os prazos preclusivos.”

12.3.3. O *direito de punir* só tem *existência definitivamente proclamada*, quando, uma vez reconhecida a inocorrência da *preclusão*, tem lugar o *trânsito em julgado pleno*, em relação às partes e *erga omnes*, do que resulta a formação final do *título executivo penal*, criando, por si só, a obrigação, do condenado, de cumprir a pena que lhe foi aplicada; e, para o Estado a pretensão executória, que sucede à *pretensão punitiva*, a qual se exauriu com a *coisa julgada*.

12.4. Não pode causar perplexidade o reconhecimento da *coexistência* dos dois institutos — a *prescrição da pretensão punitiva* (quer *prospectiva*, quer *retroativa*) e a *decadência do direito de punir* —, eis que inteiramente *compossíveis*.

12.4.1. Com efeito, nascem, para o *Ministério Público* ou o *ofendido*, conforme a hipótese, com o *delito*, o *direito de acusar*; e, para o *Estado-juiz*, o *direito de punir*.

Pelos princípios do “*ne procedat iudex ex officio*” e do “*nulla poena sine iudicio*”, o exercício do *direito de punir* pressupõe o do *direito de acusar*, que se veicula pela promoção da “*ação*” penal, a gerar o *processo criminal*, com o desenvolvimento, também prévio, em relação à *punição*, da “*persecutio criminis*”, o que consubstancia o atendimento aos princípios do *devido processo legal* e do *contraditório* e da *ampla defesa*.

12.4.2. Sobrepara a noção de *punibilidade*, de se tratar de delito “*puni-vel*”, capaz de gerar a *aplicação de pena*.

Por isso, o que afeta o *direito de acusação* — como a *prescrição da pretensão* que lhe é cognata, a *pretensão punitiva*; ou a *decadência do direito de queixa* —, extinguindo a *punibilidade*, inviabiliza não só o *exercício*, mas como a própria *verificação* e, conseqüente *proclamação*, da *existência ou não*, do *direito de punir*.

Em decorrência, só se cogita e só se pode cogitar de *direito de punir* e de *decadência*, se a *pretensão punitiva* estiver incólume.

12.4.3. Lembremos que a *fluência simultânea* de *prazo prescricional* e de *prazo decadencial*, cada um relacionado com direitos e pretensões distintas, ocorre também no que tange, de uma lado com a decadência do direito de queixa ou de representação, ligados ao direito de ação processual; e de outro, com a prescrição da pretensão punitiva, vinculada ao “*ius accusationis*”.

12.5. Embora, o CP, no capítulo da *extinção da punibilidade*, não haja aprofundado o tratamento da *decadência do direito de punir*, esta se acha, no entanto, albergada no citado art. 107, IV — que não se dirige, necessária e exclusivamente, à decadência do direito de queixa e de representação —, e, em certa medida, no art. 110, § 1º, pois que a *verificação da decadência é retroativa*, porquanto — repetimos — somente com a declaração de existência do direito potestativo de punir e de seu efetivo exercício com a condenação, transitada em julgado para a acusação é que se pode efetuar tal verificação.

12.6. Os *prazos decadenciais* só podem ser os do art. 109 do CP — sempre, é claro, pelas razões já abundantemente apontadas, considerando-se a pena concretizada —, que se aplicam as várias hipóteses (cf. art. 110), salvo os de decadência do direito de queixa ou de representação e o de preempção, que são prazos, específicos, menores.

12.7. Havendo *recurso da defesa*, o exercício do *direito de punir* não se tornou *definitivo*, *não se aperfeiçoou*, portanto, porque, ou haverá a *absolvição* e ficará evidenciada sua *inexistência*; ou se *diminuirá a pena*, e tal afetará a *extensão do prazo preclusivo*; ou haverá necessidade de *confirmação da condenação*, o que corresponde a *igual exercício do mesmo direito de punir*.

Por isso, no *interregno* entre o *trânsito em julgado para a acusação* e a *coisa julgada plena*, poderá ter lugar a *extinção do direito de punir*, pela *decadência*, sempre considerado como termo *a quo* a data da prática do crime.