

Nova lei 12.234/2010 - A morte da prescrição penal retroativa.



Juscelino Lemos Santos Júnior. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (Unifacs). Especialista em Ciências Criminais pelo Jus Podivm. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim). Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Bahia e do Comitê Estadual para prevenção e enfrentamento à Tortura – CEPET. Professor de Processo Penal.

O aumento desenfreado da criminalidade, invariavelmente, por razões óbvias, faz, via de regra, seja aumentado o número de inquéritos policiais bem como processos judiciais de natureza criminal. Por outro lado, os órgãos do Estado não acompanham a evolução da criminalidade imprimindo velocidade compatível de evolução no que tange ao aparelhamento estatal encarregado de punir, em tempo hábil, aqueles que vivem à margem da legislação penal. Eis o motivo maior da grande incidência do instituto da prescrição.

Veremos nas linhas abaixo que, mais uma vez, o legislador deu preferência à normas penais paliativas de emergência, quiçá eleitoreiras, não se preocupando com o(s) principal(is) motivo(s) que dão causa à impunidade, mas sim, com a pressão do clamor público em virtude da sensação de impunidade que pela mídia é imposta.

Muito recentemente foi sancionada a Lei federal 12.234/10. O referido diploma legal veio alterar significativamente os art. 109 e 110 do Código Penal.

Inicialmente alterou-se o inc. VI do art. 109 do CP, a fim de elevar de dois para três anos o prazo prescricional¹ decorrente de pena máxima inferior a um ano. Ademais, revogou-se o § 2º do art. 110, modificando, por fim, o § 1º do mesmo artigo acrescentando que a prescrição retroativa não pode *em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à data da denúncia ou queixa*.

Em que pese, por lealdade acadêmica, citar a alteração do inc. VI do art. 109 do CP, debruçaremos sobre os principais liames da alteração legislativa no tocante ao tema prescrição em sua modalidade retroativa.

Anteriormente à edição desta lei, vigia-se, de forma plena, no ordenamento jurídico penal o entendimento sumulado pelo STF² em que a pena efetivamente imposta em sentença penal condenatória, sem recurso para acusação, regulava a prescrição da ação penal. Após, tal entendimento foi acolhido e sedimentado pelo legislador que reformou o CP de 1984. Tratava-se da ampla e irrestrita aplicação da prescrição retroativa.

Neste momento, como sempre o foi, a prescrição era tida como uma justa punição aos entes do Estado em face da inércia oriunda da perda do *jus puniendi*.

Desta forma, a prescrição retroativa significava que, antes mesmo do oferecimento da denúncia, tendo como início da contagem do prazo, a data do fato supostamente criminoso, poderia haver, de logo, a decretação da prescrição, observando-se a pena concretamente aplicada e os prazos elencados no art. 109 do código repressivo.

De outro lado, ainda vale a pena lembrar que a própria jurisprudência, admitia a aplicação da prescrição (retroativa) virtual, com a possibilidade de aplicação deste instituto, tomando-se como base uma pena hipotética futura a ser aplicada com base no “achismo” de aplicação da pena.

¹ Tal modificação encaixa no tema prescrição pela pena máxima em abstrato ou prescrição penal propriamente dita.

² Súmula 146

De fato, data vênia, acertado foi o entendimento do STJ que recentemente sumulou (438) entendimento no sentido da impossibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (prescrição virtual) com base em pena hipoteticamente aplicada.

De qualquer sorte, ainda que não houvesse este entendimento sumulado pelo STJ, restaria acanhada a aplicação da prescrição virtual com o advento da Lei 12.234/10.

Pois bem. O que não poderia a *novel legis* limitar, e foi feito, é a aplicação do instituto da prescrição retroativa por se tratar de genuína garantia do acusado no processo penal.

A começar, pode-se observar impropriedade técnico-jurídica no bojo do novo diploma, isto porque, “a inserção, ao fim do § 1º do art. 110, da oração adversativa ‘não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa’, assim como a revogação do seu § 2º - que contempla, exatamente, a possibilidade eliminada por sobredita, e portanto, redundante ressalva -, compreendem apenas um do ‘termos’ da denominada prescrição retroativa, o da data da infração penal, consoantes os critérios elencados pelo art. 111”³, não podendo assim, o legislador afirmar que a lei extingue, definitivamente, a prescrição penal retroativa.

Desta forma, continua sendo possível a aplicação da prescrição em sua modalidade retroativa quando se tratar de contagem de prazo a partir do recebimento da denúncia ou queixa, até a prolação da sentença penal condenatória recorrível.

Antes de adentrarmos aos tópicos de análises mais importantes do referido diploma, mister fazer rápida digressão em alguns conceitos básicos das entrelinhas do instituto da prescrição.

A prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do transcurso de certo espaço de tempo, perde o *ius puniendi*. Rogério Greco⁴ conceitua a prescrição como “o instituto jurídico mediante o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo, crime previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”, desta forma, ao final, reconhecida a prescrição, é como se o agente não

³ RIBEIRO. Leônida. In Boletim IBCCRIM. Ano 18 – nº 211 – Junho/2010, p. 10-11

⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2005, p. 812.

tivesse cometido crime, estando livre de qualquer das amarras sancionatórias decorrentes do cometimento do delito, gozando, por exemplo, do *status* de réu primário.

Assim, como fundamento do instituto da prescrição tem-se que é possível observar além da segurança jurídica ao responsável pela infração penal, também a incessante luta contra a ineficiência do Estado bem como a impertinência de aplicação da sanção penal, em outras palavras, como explica Schultz, citado por Zafaronni⁵, o fundamento da prescrição está em “não ser o homem que está diante do tribunal aquele praticou o delito”, devendo o mesmo ser perdoado.

Como a lei 12.234/10, regula, ainda que de forma atabalhoada, o instituto da prescrição da pretensão punitiva, não fazendo, as novas alterações, qualquer menção à prescrição da pretensão executória, não trataremos deste tema.

O Código Penal adotou como gênero dois grandes grupos de prescrição, quais sejam, **a prescrição da pretensão executória** e **prescrição da pretensão punitiva**, devendo, neste momento darmos especial atenção a este.

Cinco são as modalidades de prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro: Como já dito, tem-se; a) **prescrição penal pela pena máxima em abstrato**; b) **Prescrição superveniente ou intercorrente**; c) **prescrição retroativa**; d) **prescrição virtual ou antecipada ou em perspectiva**; e) **prescrição da pretensão executória**.

Contudo, é na prescrição em sua modalidade retroativa que devemos orientar as principais mudanças e críticas com a nova roupagem dada pela lei 12.234/10.

PRESCRIÇÃO RETROATIVA: Trata-se de uma prescrição contada para trás, após a prolação da sentença condenatória com trânsito em julgado para a condenação. A prescrição retroativa era fundamentada pelo § 2º do art. 110 do CP. Tal dispositivo, hoje revogado, rezava que *a prescrição, de que*

⁵ ZAFARONNI, Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 3ª Ed., RT, São Paulo, 2001, p. 753

trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Assim, arrematando a via de entendimento desta modalidade de prescrição, “diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é feito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a data do fato”⁶

Aqui, vale lembrar que dois são os momentos de análise da incidência da prescrição retroativa, quais sejam, **da prática do fato** até o despacho em que o juiz **recebe a denúncia** – hipótese esta erradicada com a aplicação da nova lei 12.234/10 – e, em seguida, da **data do recebimento da denúncia ou queixa**, até o momento da **prolação da sentença penal condenatória recorrível**.

Com o advento desta nova lei ficou absolutamente impossível computar qualquer tempo – para fins de incidência da prescrição retroativa – antes do recebimento da denúncia ou queixa, assim, entre a data do fato e a primeira causa interruptiva, qual seja, o recebimento da denúncia ou queixa, não se contará mais a prescrição retroativa.⁷

A partir deste momento podemos iniciar algumas críticas com o objetivo de reflexão.

A nova lei, data vênha entendimentos contrários, fere de morte princípios constitucionais tais como o da individualização das penas, da culpabilidade, da proporcionalidade e da razoável duração do processo.

O nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, consagrou o princípio da individualização das penas que nos informa que “se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas dos seus comportamentos”⁸, desta forma cabe asseverar que o princípio da

⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. 5ª edição, Rio de Janeiro, Impetus, pag. 818.

⁷ Importante ressaltar que a única modalidade de prescrição admitida neste momento é a prescrição penal propriamente dita, ou seja, aquela fundada na pena máxima abstratamente cominada.

⁸ MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquemático 2ª edição. Rio de Janeiro, Método, p. 29.

individualização da prescrição penal quedou-se de forma implícita em nossa Constituição Federal.

Assim, observa-se quando do cometimento de um crime que a lei determina abstratamente uma pena máxima e mínima, que, somente após o devido processo legal, restará aplicada de forma concreta mediante a prolação de um decreto condenatório, assim, aquele cidadão que poderia ser punido com uma pena de reclusão máxima de 4 anos, acabou, ao final, com decisão que não caiba mais recurso para a acusação, sendo condenado a uma pena de 2 anos.

Neste momento não é válida, para fins de prescrição, a utilização de prazo prescricional baseado na pena máxima, mas sim, na pena concretamente aplicada, isto porque, deve ser festejado o princípio da culpabilidade que no caso foi aplicado. Logo, com esta interpretação, observa-se o art. 109 do CP, para que possamos medir com precisão e justiça o prazo prescricional, que antes da aplicação concreta da pena, poderia ser mais dilatado.

Como já observado, é neste momento que o ordenamento prevê a modalidade de prescrição retroativa.

Desta forma, a primeira crítica material que é possível elaborar diante do texto da nova lei é que independente do desvalor da ação do agente ou do seu grau de culpabilidade, no período entre a data do fato e recebimento da denúncia, o prazo prescricional é igual para todos os autores de delitos, situação esta, absolutamente incômoda aos amantes da aplicação do princípio individualização dos prazos prescricionais.

Verificamos assim, um desvirtuamento da necessária sintonia que deve ser observada entre culpabilidade, pena concreta e prescrição real.

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

seja, a polícia, somente passa a se preocupar com o prazo prescricional referente à pena máxima cominada ao crime.

Em via contrária, a atividade jurisdicional, muitas vezes por sua natureza mais abalizada com os princípios constitucionais, necessitando, em tese, de mais tempo para ir em busca da “verdade real”⁹, continua pressionada pela incidência de prescrição em sua modalidade retroativa em caso de eventual inércia durante o momento do recebimento da denúncia e condenação de primeiro grau.

Tendo em vista a existência de críticas tão severas à nova redação dada pela lei 12.234/2010, não é possível deixar de expor os argumentos que justificaram a lei sancionada.

De acordo com a justificativa apresentada no PLC nº 1.383/2003¹⁰, que originou a lei aqui discutida, a prática da prescrição retroativa “tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade”, além de ser “potencial causa geradora de corrupção”.

Conforme explica Eduardo Reale Ferrari e Heidi Rosa Florêncio em recente artigo¹¹, “a impunidade deve ser sim causa de preocupação do legislador. Todavia, não é extinguindo a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia que se afastará a impunidade, mas sim se investindo em aparato policial, por via de uma estrutura ágil e eficiente, e que, concomitante, respeite os preceitos constitucionais durante a investigação, a fim de minimizar a impunidade”.

É bem verdade, que conforme afirma o deputado em sua justificativa, não há precedentes deste tipo de prescrição, podendo sim questionarmos tal instituto, todavia, “é mais uma falácia demagógica a afirmação de que a

⁹ A 'verdade' de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a 'verdade' de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que dela possuímos. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 2ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53**)

¹⁰ Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia, em 2 de julho de 2003. Conferir em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/144916.pdf> (acesso em 08 de agosto de 2010).

¹¹ In. Boletim IBCCRIM, ano 18 – nº 212 – Julho/2010, p. 4-5

extinção da prescrição retroativa entre o fato e o recebimento da denúncia se justifica em face de uma causa de impunidade”¹².

Como consectário lógico destas argumentações vazias, as mesmas resvalam-se ainda em outros argumentos, isto porque, no PLC, o eminente Deputado ainda afirma que justifica-se tal medida em razão do fato de os crimes de maior complexidade necessitarem de maior tempo para serem investigados, garantindo de certa forma, a não extinção da punibilidade.

Tal argumento deve ser rechaçado tendo em vista que quando há a ocorrência de extinção de punibilidade em virtude da aplicação da prescrição em sua modalidade retroativa antes do recebimento da denúncia, constata-se como causa da impunidade, não a falta de tempo hábil para investigações complexas, mas sim, a inoperabilidade pontual do Estado, permitindo que durante anos os autos de inquérito policial empoeirassem nas precárias estantes de ferro das delegacias de polícia, seja por falta de pessoal, seja por falta de aparato técnico.

Caminhando para a conclusão, a lei 12.234/10 forneceu, de forma eficaz, uma potente ferramenta ao órgão estatal de investigação que neutralizará o princípio da razoável duração do processo. Já observava-se, antes da lei entrar em vigor, constantes violações ao art. 10 do CPP¹³, que disciplina o prazo de conclusão do IP.

Agora, tendo prazo dilatado para a não incidência de eventual prescrição, é possível aqui utilizarmos do ditado popular que informa que “o tiro saiu pela culatra”, tendo em vista que não existirá mais, em certos casos, a preocupação constante da polícia e do MP, no sentido de elucidação do crime, ficando ao final, impune o agente pela incidência da prescrição penal pela pena máxima em abstrato.

Enfim, jamais podemos desconsiderar questionamentos acerca do instituto da prescrição, da morosidade da justiça e a sua relação com a impunidade.

¹² Idem

¹³ Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Todavia o que não podemos admitir é a atuação do Estado em desconformidade com a aplicação de princípios constitucionais. Não podemos ainda nos calar diante de situações em que é visível a preguiça e inércia do Estado, que sob o argumento de combate à impunidade, autoriza setores do próprio Estado a atuarem de forma desvirtuada, comprometendo, neste caso específico, o princípio da proporcionalidade, fazendo incidir de forma idêntica a norma penal sobre comportamentos ontologicamente diferentes.

Compromete-se, assim, a isonomia e o princípio da culpabilidade tendo em vista que o tempo da prescrição deixa de ter relação com o contexto do crime concreto passando a ser pautado apenas pela pena genérica e abstrata, mesmo após a individualização do tamanho da resposta penal.

Vale a pena ressaltar que, com base no princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, esta lei só será aplicada aos fatos praticados após a entrada de sua vigência.

A lei 12.234/10 define o seguinte comando à polícia, ao Ministério Público e ao Judiciário:

“Te dou mais tempo para investigar, oferecer denúncia, processar, julgar e condenar, independentemente do crime cometido, aqueles que são clientes da Justiça Penal, ao arrepio de princípios constitucionais. Trata-se de um paliativo para vencermos a impunidade mostrada pela mídia, ainda que para tanto, atuemos de forma tão retrógrada”.