



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Prescrição penal e segurança jurídica

Denise Coutinho Valente

Rio de Janeiro

2011

DENISE COUTINHO VALENTE

Prescrição penal e segurança jurídica

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2011

PRESCRIÇÃO PENAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Denise Coutinho Valente

Graduada pelo Centro Universitário da
Cidade – UNIVERCIDADE. Advogada.

Resumo: O presente trabalho visa a focar a inconstitucionalidade da Lei n. 12.234/10, legislação que alterou algumas regras sobre a prescrição penal. Não pretende esgotar a matéria, mas, sim demonstrar que essa lei viola princípios constitucionais básicos. O trabalho pretende evidenciar também que o diploma legal em comento não acabou com a prescrição da pretensão punitiva retroativa Assim, sendo, o trabalho aborda conceito de prescrição penal e sua natureza jurídica, apresenta as espécies e as modalidades de prescrição penal dando enfoque à prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Palavras-chave: Prescrição. Penal. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1. Prescrição Penal e Segurança Jurídica. 2. Princípios Relacionados à Prescrição Penal. 3. Espécies de Prescrição Penal. 4. Da Inconstitucionalidade da Lei 12.234/2010. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A prescrição penal é um instituto atrelado ao valor segurança jurídica.

Da interpretação do texto constitucional, infere-se que a prescrição penal é um direito fundamental, e como tal não poder ser restringido ou suprido.

O presente trabalho aborda o tema prescrição penal e as modificações trazidas pela Lei. 12.234/10, que alterou algumas regras sobre prescrição penal.

Um dos objetivos do presente estudo é evidenciar que o diploma legal em comento não acabou com a prescrição da pretensão punitiva retroativa, bem como demonstrar a inconstitucionalidade da Lei 12.234/10 por violação a inúmeros princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o da presunção de inocência, o da duração razoável do processo e o da vedação ao retrocesso.

Assim, sendo, o trabalho aborda conceito de prescrição penal e sua natureza jurídica, apresenta as espécies de prescrição penal dando enfoque à prescrição da pretensão punitiva retroativa, e demonstra que a Lei n. 12.234/10 deve ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pois padece do vício da inconstitucionalidade material.

1. PRESCRIÇÃO PENAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Antes de iniciar o estudo da prescrição penal, é necessária uma análise do instituto da prescrição, no que diz respeito a sua origem, conceito, natureza jurídica e princípios. Nesse passo, não se pode começar a discorrer sobre o tema sem antes definir prescrição.

O vocábulo prescrição advém do latim *praescriptio*, do verbo *praescribere*, que significa prescrever, escrever antes. Como expressão jurídica, em suas origens significava exceção. Os romanos entendiam que *exceptio* e *praescriptio* possuíam o mesmo significado.

Tanto o autor como o réu poderiam alegá-la. O interesse do autor em alegar *praescriptio* advinha da intenção de expor suas razões e protestos contra as consequências nocivas que poderiam decorrer da ação, ou para determinar, de forma precisa, os fatos sobre os quais a demanda estaria fundada. De outro giro, o réu poderia alegar a prescrição como matéria de defesa para excluir o autor de sua pretensão.¹

No sentido jurídico atual, a prescrição exprime a forma pela qual o direito se extingue em razão do não exercício, por certo lapso de tempo. A prescrição pressupõe a existência de um direito anterior. Revela, pois, a “negligência ou a inércia na defesa desse direito pelo respectivo titular, dentro de um prazo, assinalado em Lei, cuja defesa é necessária para que não o perca ou ele não se extinga.”²

No âmbito do Direito Penal, a prescrição também traduz a noção de extinção de um direito, subdividindo-se em extinção do direito de processar uma pessoa que cometeu um delito ou uma infração e em extinção do direito de aplicar a pena ao condenado. Nesse passo, em relação à prescrição penal, também chamada de prescrição criminal, fala-se em prescrição da ação, quando se extingue o direito de processar e em prescrição da pena, quando se extingue o direito de se impor o cumprimento da pena.³ Tratam-se, respectivamente, de duas modalidades de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

No âmbito do Direito Público, tem-se que as primeiras manifestações do instituto surgem no Direito Romano, com a *Lex Julia de Adulteriis*. Essa lei fixava o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes de estupro, lenocínio e adultério. Todos esses, eram crimes de ação pública.⁴ Esse prazo refere-se ao *lustrum* romano⁵, que eram tradicionais e sucessivos

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.1.086.

² *Ibidem.*, p.1.086.

³ SILVA, op. cit. p.1.087.

⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Traduzido da última edição e comentado por JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA. Rio de Janeiro: F.Briguiet & c.- Editores, 1899, p.478.

banhos lustrais, nos quais eram simbolicamente lavadas as culpas religiosas dos indivíduos e das cidades. Já com relação ao crime de adultério, o prazo era de seis meses para que se iniciasse a ação.⁶ Assim, percebe-se que no Direito Romano a prescrição associava-se à ideia de perdão.

Outrossim, os crimes de maior potencial ofensivo, tais como a concussão, a heresia, a suposição de parto, a apostasia e o parricídio, para o Direito Romano eram imprescritíveis, para os romanos, imperdoáveis.⁷

Segundo Franz Von Liszt, a literatura do período Filosófico, desde Cocceji e Beccaria até Feurbach e Hencke, pronunciou-se contra a prescrição criminal, instituto rechaçado por esses autores por entenderem estranho ao moderno direito anglo americano, inexplicável.⁸

A noção, oriunda do Direito Romano, de que os crimes mais graves não devem ser beneficiados com a prescrição, também defendida por Beccaria e Garofalo na restrição oposta ao instituto, permanece até hoje no ordenamento jurídico brasileiro.⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao eleger, no artigo 5º, incisos XLII e XLIV como imprescritíveis os crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, traduz essa ideia. Logo, verifica-se que a prescrição penal, além de uma causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, do Código penal, traduz-se em uma regra e consubstancia-se um direito fundamental, tendo em vista que encontra-se prevista no art. 5º da CRFB/88, não podendo ser restringido ou suprimido, por norma inconstitucional.

Felipe Caldeira¹⁰, de forma clara e objetiva conceitua prescrição penal

⁵ GARRAUD *apud* CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1958, p. 225.

⁶ BENEDETTI, CARLA Rahal. *Prescrição Penal Antecipada*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43

⁷ TRIPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 32

⁸ LISZT *op. cit.*, p. 478

⁹ BENEDETTI, *op. cit.*, p. 44

¹⁰ CALDEIRA, Felipe. *A conformação do Estatuto de Roma com a Constituição de 1988*

A prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em razão de sua inércia e pelo decurso do tempo, funcionando como uma causa de extinção da punibilidade de um crime ou contravenção (artigo 107, inciso IV, do Código Penal), portanto, instituto de ordem pública e de natureza material, uma vez que afeta o valor constitucional da liberdade. Revela, desta forma, um duplo aspecto: ao passo que a incidência da prescrição limita o Estado no exercício do seu direito de punir, também incide sobre os direitos individuais, uma vez que preserva, consolida e amplia o exercício pleno do direito decorrente do valor constitucional da liberdade.

A prescrição penal nada mais é do que é um instituto que reforça o Estado Democrático de Direito e por essas razões é amparada por inúmeros princípios fundamentais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRESCRIÇÃO PENAL

Os princípios são a base estrutural do ordenamento jurídico e não se confundem com as regras, muito embora ambos sejam normas. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra e partindo dessa ideia jamais uma norma-regra poderá macular um a norma-princípio.

Robert Alexy¹¹, em sua obra traduzida para o português sob o título Teoria dos Direitos Fundamentais, distingue regras e princípios:

Tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que de ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas do mandado, a permissão. Os princípios, do mesmo modo que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. Os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, conteúdo, grau relativamente baixo de generalidade.

Segundo Ana Paula de Barcellos¹², os princípios, assim como as regras, espécies de normas jurídicas que são, pretendem produzir efeitos sobre o mundo dos fatos, ou seja,

Disponível em <<http://profeduardoviana.wordpress.com/2010/01/27/a-conformacao-do-estatuto-de-roma-com-a-constituicao-de-1-988/>> Acesso em: 06 dez. 2011

¹¹ ALEXY *apud* SIQUEIRA CASTRO, p.167

pretendem que a realidade assuma uma forma específica. A autora propõe uma distinção entre regras e princípios:

Os princípios diferenciam-se das regras porque (i) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque (ii) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹³ afirma que “princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico, são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos”

O primeiro documento que positivou alguns princípios foi a Magna Carta de 1215, cujo objetivo específico era a proteção da nobreza inglesa. Foi escrita em latim com o objetivo de dificultar seu acesso aos plebeus ingleses. Já a declaração francesa de 1789 foi o primeiro documento universal a outorgar direitos, tendo por base princípios.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹⁴, fazendo referência à Constituição Federal, destaca a importância dos princípios:

A Constituição brasileira é uma carta de princípios por meio da qual o povo assumiu um compromisso, um ideário político que amolda, tange, direciona toda a atividade do País, delimitando as atividades estatais e particulares, em busca de um fim comum; e é esse ideário que deve circunscrever o intérprete de suas disposições e de todas as outras leis.

Assim, há necessidade de conhecer os princípios do Direito Penal que ganharam sede constitucional e status de direitos fundamentais com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O mais importante de todos os princípios é o da dignidade da pessoa humana. O Iluminismo ou Época das Luzes, nos Séculos XVII e XVIII consolidou a dignidade da pessoa humana como um valor essencial e torna-se um grande desafio determinar o significado de

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro:Renovar, 2002, p. 51.

¹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.5.

¹⁴ *Ibidem.*, p.3.

dignidade da pessoa humana em razão de seu conteúdo extremamente vago, de um conceito aberto, não podendo, de forma alguma, ser engessado por muralhas doutrinárias.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, tendo por base a diversidade cultural dos povos que aquilo que em uma determinada cultura caracteriza-se como grave violação à dignidade da pessoa humana, em outra, pode ser valorada como louvável.

No ordenamento pátrio, o art. 1º, III da Constituição Federal evoca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores.¹⁵

A noção de dignidade da pessoa humana relaciona-se com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Malgrado haja na doutrina quem diferencie direitos fundamentais de direitos humanos, os dois termos, no presente trabalho, serão utilizados indistintamente, conforme o posicionamento de Ana Paula de Barcellos¹⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana serviu de alicerce doutrinário para a construção de outros princípios do Direito Penal contemporâneo como , por exemplo, o princípio da legalidade.

Assim, uma breve nota hermenêutica se faz necessária: o princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.

Quando um princípio colide com outro é preciso que haja uma escolha fundamentada sobre qual dos dois deve prevalecer, por meio de uma ponderação.¹⁷

¹⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 5. ed. Rio Impetus, 2010. p. 59.

¹⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 175.

¹⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 120.

Francisco de Assis Toledo¹⁸ lembra que o crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. A dignidade da pessoa humana integra a própria condição humana e deve ser avaliada e ponderada no caso concreto.

O princípio da legalidade está relacionado com a conhecida expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* formulada por Feuerbach, no início do Século XIX.

Entretanto, esse princípio já constava na *Magna Charta Libertatum* do Século XIII, no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte e na *Déclaration des Drois de l'Homme et du Citoyen* da Revolução Francesa¹⁹

O princípio da legalidade determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Trata-se de norma de caráter impositivo com previsão no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal.

O princípio da legalidade se desdobra em quatro outros princípios. Nesse passo, são corolários da legalidade: a *Lex praevia*, a *Lex scripta*, a *Lex stricta* e a *Lex certa*.

A *Lex praevia* ou lei prévia significa a vedação de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. Trata-se do princípio da anterioridade, pelo qual a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir.²⁰

A *Lex scripta* ou lei escrita significa a inadmissibilidade dos costumes para criar crimes ou cominar penas. Assim, afasta-se o direito consuetudinário²¹ para a fundamentação ou a agravação da pena.²²

Pela *Lex stricta* ou lei estrita é vedada a analogia no Direito Penal para fundamentar ou agravar a pena. Em outras palavras, é a proibição à analogia *in malam partem* que veda a

¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 79.

¹⁹ Ibidem., p.21-22.

²⁰ TOLEDO, op. cit., p. 22-23.

²¹ Direito consuetudinário é o direito que surge dos costumes de uma certa sociedade, não passa por um processo de criação de leis como no Brasil onde o legislativo cria leis, emendas constitucionais, medidas provisórias etc. No direito consuetudinário, as leis não precisam necessariamente estar num papel ou serem sancionadas ou promulgadas. Os costumes transformam-se nas leis.

Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_consuetudin%C3%A1rio. Acesso em: 16 abr. 2011.

²² TOLEDO, op. cit. p.29.

adequação típica *por semelhança* entre fatos.²³ De outro giro, a analogia *in bonam partem* é admitida tendo em vista que não prejudica o agente.

A *Lex certa* ou lei certa veda tipos incriminadores genéricos, vazios. A lei penal deve ser clara, não deve deixar margens a dúvidas.²⁴ Trata-se do princípio da taxatividade.

Em termos de prescrição penal, sustentam o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal que, em razão do princípio da legalidade, seria inadmissível a prescrição pela pena ideal por ausência de previsão legal.

A Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal.

Trata-se da garantia constitucional da duração razoável do processo que embora não estivesse prevista expressamente no texto constitucional era considerada como uma garantia implícita.

Gilmar Ferreira Mendes²⁵, Ministro do Supremo Tribunal Federal, traz a seguinte lição:

Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana. A duração do indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como também compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.

Nagib Slaibi Filho²⁶, no mesmo sentido, ressalta que o dispositivo declarou o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. O Desembargador do TJ/RJ afirma que não se trata de "direito novo", mas de direito já

²³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 1. –Parte Geral. 27. ed. São Paulo, Saraiva. 2003. p.9.

²⁴ TOLEDO, op. cit. p.29.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à razoável duração do processo*.

Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3348/direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo/1>
Acesso em: 16 abr. 2011

reconhecido pela Constituição e pelas leis e agora declarado, como reforço normativo, em texto específico, assim a afastar os entraves hoje existentes à sua concretização.

Percebe-se que o Estado, que deveria zelar pela observância da dignidade da pessoa humana, muitas vezes é o primeiro a feri-la em sua essência. O sistema penitenciário brasileiro, por exemplo é um exemplo do descaso Estatal.

Da mesma forma, o alongamento injustificado da persecução penal afronta a dignidade da pessoa humana. O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os ombros do cidadão acusado, preso ou solto.²⁷

Quanto ao princípio da proporcionalidade, tem-se que o Código de Hamurabi foi o primeiro a fornecer a noção de proporcionalidade ao evocar o tão conhecido “olho por olho e o dente por dente”²⁸ podendo ser interpretado como uma típica relação de proporcionalidade.

As penas, nos termos do art. 59 do Código Penal devem ser adequadas e suficientes para a reprovação e a prevenção do crime. Verifica-se, pois, o caráter preventivo e retributivo da pena.

Infere-se da leitura do art. 109, do Código Penal que, no sistema penal brasileiro, os prazos prescricionais estão diretamente relacionados à quantidade de pena, ou seja, são proporcionais à quantidade de pena. Quanto maior a pena (máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime), maior será o prazo prescricional.

A prescrição da pretensão punitiva regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, nos termos do art. 109, caput, do Código Penal.

Assim, analisando os incisos do art. 109, do Código Penal, verifica-se: se o máximo da pena é inferior a 1 ano, o prazo prescricional irá depender da data da ocorrência do fato: será de 2 anos, para os fatos ocorridos até 06/05/2010 e de 3 anos para os fatos ocorridos após

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.827

²⁸ GRECO, op cit. p. 99.

06/05/2010, data da entrada em vigor da lei 12.234/2010, que alterou a redação do inciso VI, do art. 109, do Código Penal ²⁹ ; se o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é igual a 1 ano ou , sendo superior, não excede a 2 anos, o prazo prescricional será de 4 anos; se o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é superior a 2 anos e não excede a 4 anos, o prazo prescricional será de 8 anos; se o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é superior a 4 anos e não excede a 8 anos, o prazo prescricional será de 12 anos; se o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é superior a 8 anos e não excede a 12 anos, o prazo prescricional será de 16 anos; se o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é superior a 12 anos, o prazo prescricional será de 20 anos.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não é apenas um instrumento destinado apenas à efetivação do poder de punir mas também meio de garantia contra os excessos do poder repressivo estatal. ³⁰

3. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL

Com a prática de um crime, surge para o *ius puniendi*, ou seja, o direito abstrato de punir, que se consubstancia por meio da pretensão punitiva. Se esse direito não for exercido em tempo hábil, ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva. De outro giro, a prescrição da pretensão executória somente ocorrerá após trânsito em julgado da sentença condenatória e regula-se pela pena aplicada, nos termos do art. 110, *caput*, do Código Penal. Assim,

²⁹ A Lei 12.234/2010 alterou o inciso VI do art.109, do Código Penal. A redação anterior do art. 109, VI, CP estabelecia o prazo prescricional de 2 (dois) anos , se o máximo da pena fosse inferior a 1 (um) ano. Percebe-se, pois que a lei 12. 234/2010 é *Lex gravior* e somente poderá ser aplicada para os fatos ocorridos após 06/05/2010, data da entrada em vigor da referida lei.

³⁰ BITENCOURT, op. cit.,p. 828.

transitada em julgado a decisão condenatória a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória, isto é, em *ius punitiois*.

A prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição da pretensão punitiva abstrata, prescrição da pretensão punitiva retroativa e prescrição intercorrente. Bitencourt³¹ ilustra que “a prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido”.

A prescrição da pretensão punitiva abstrata regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Assim, ocorrido um furto simples, por exemplo, que possui pena de reclusão de uma a 4 anos e multa, como o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é de 4 anos, segundo o art. 109, IV, do CP ocorrerá a prescrição em 8 anos.

Já a prescrição da pretensão punitiva retroativa originou-se de construção pretoriana, ou seja, criação jurisprudencial. Após a Reforma Penal de 1984, a prescrição retroativa passou a resultar da combinação do art. 110, §§ 1º e 2º e do art. 109, ambos do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 7.209/84. Assim, pela sistemática anterior, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regulava-se pela pena aplicada e poderia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa, por expressa autorização legal do art. 110, § 2º, do Código Penal.

³¹ BITENCOURT, op. cit., p. 814.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt³² esclarece a prescrição retroativa poderia ser considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia ou queixa ou entre o recebimento da denúncia ou queixa e a sentença penal condenatória. Atualmente, não é mais possível o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia por expressa vedação legal do art. 110, § 1º, do Código Penal, com redação determinada pela Lei. n. 1.234/10. Essa supressão de parte da prescrição da pretensão punitiva retroativa é inconstitucional, injustificável e um verdadeiro retrocesso, conforme será demonstrado a seguir.

Com o advento da Lei n. 1.234/10, que alterou a redação art. 110, § 1º e revogou o art. 110, § 2º do Código Penal, verifica-se não mais ser possível o reconhecimento da prescrição retroativa tendo por termo inicial data anterior á da denúncia ou queixa. Entretanto, deve ficar muito claro que a prescrição retroativa não foi extinta, que a prescrição retroativa não acabou. Ainda é possível o reconhecimento do prescrição retroativa entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a sentença penal condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva intercorrente também regula-se pela pena aplicada na sentença penal condenatória. O termo inicial do da prescrição intercorrente começa a fluir da sentença penal condenatória até o trânsito em julgado para a acusação e defesa.

Juarez Cirino dos Santos³³, ao tratar da prescrição da pretensão punitiva intercorrente ratifica que “a hipótese de pena aplicada sem trânsito em julgado da sentença condenatória fundamenta a prescrição intercorrente, regida pela pena concretizada na sentença criminal”.

Muito embora tenham pontos em comum, a prescrição da pretensão punitiva retroativa não se confunde com a prescrição da pretensão punitiva intercorrente.

³² BITENCOURT, op. cit., p. 816.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 404.

Bitencourt³⁴ diferencia, de forma simples e eficiente, a prescrição retroativa da prescrição intercorrente:

As prescrições retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível.

Com o trânsito em julgado da decisão condenatória a pretensão punitiva estatal convola-se em pretensão executória, ou seja, surge para o Estado o direito de executar essa decisão. Se este direito não for exercido em tempo hábil, ocorrerá a prescrição da pretensão executória. Esta espécie de prescrição penal regula-se pela pena aplicada, nos termos do art. 110, *caput*, do Código Penal e verifica-se nos prazos estabelecidos no art. 109, do Código Penal.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.12.234/2010

A lei n. 12.234/2010 trouxe alterações substanciais na prescrição penal. Em primeiro lugar, a referida lei alterou a redação do artigo 109, *caput*, e inciso VI, do Código Penal, dispositivo que trata da prescrição da pretensão punitiva ou prescrição antes de transitar em julgado a sentença. O artigo 110, § 1º, do Código Penal também foi modificado e seu § 2º, revogado.

A prescrição da pretensão executória, que se regula pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, ou seja, pena máxima em abstrato e, nos termos do artigo 109, do Código Penal, hoje possui os seguintes prazos: 1) vinte anos, se o máximo da pena é

³⁴ BITENCOURT, op. cit, p. 832.

superior a doze anos; 2) dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; 3) doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; 4) oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; em quatro anos, 5) quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois ; 6) três anos se o máximo da pena é inferior a um ano.

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

~~Art. 109 — A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)~~

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

~~VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.~~

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Verifica-se, pois, um aumento do prazo prescricional de dois para três anos na hipótese prevista no artigo 109, VI, do Código Penal. Assim, a Lei n. 12.234/2010 é uma lei mais gravosa, devendo ser observado o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Duas consequências lógicas, referentes à aplicação das regras de direito intertemporal, devem ser vislumbradas. Para os fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 12.234/10, que ocorreu em 06 de maio de 2010, opera-se o prazo prescricional de 2 anos, se o máximo da pena é inferior a um ano. De outro giro, para os fatos ocorridos após a vigência da lei em comento, opera-se o prazo prescricional de 3 anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

A outra modificação trazida pela lei refere-se à prescrição da pretensão punitiva retroativa. A atual redação do artigo 110, § 1º, do Código Penal, veda expressamente que a prescrição tenha por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Isso significa que, o que antes era expressamente autorizado pelo artigo, 110, § 2º, do Código Penal, em sua antiga redação, hoje, é expressamente vedado pela atual redação do artigo 110, § 1º, do Código Penal.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

~~§ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)~~

~~§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)~~

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

§ 2º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.234, de 2010).

Ressalte-se que, em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa consubstanciado no art. 5º, XL, da CRFB/88, a Lei n. 12.234/2010 jamais poderá retroagir para alcançar os fatos ocorridos antes de sua vigência, que ocorreu em 06 de maio de 2010. Logo, em relação aos fatos ocorridos até o dia 05 de maio de 2010, incide a antiga redação do art. 110, §§1º e 2º, do Código Penal, que admitia a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa.

Em primeiro lugar é preciso ter em mente que a regra é a prescritibilidade, ou seja, em regra, os crimes prescrevem. O art. 5º, XLII e XLIV, da CRFB/88 estabelece que o crime de racismo e os crimes oriundos de ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito são imprescritíveis. Trata-se de norma excepcional, que pela hermenêutica jurídica interpreta-se restritivamente. Assim, a

Constituição Federal, ao trazer as hipóteses excepcionais de imprescritibilidade penal, ratifica a regra da prescritibilidade, como um direito fundamental.

A Lei n. 12.234/10, passou a vedar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia. Torna-se, pois um grande desafio compreender o real alcance da norma, compreender o fundamento jurídico de tal vedação, se é que é possível justificar o injustificável.

Para Bitencourt³⁵ a resposta é óbvia:

[...] a lei 12.234/2010 passou a proibir o reconhecimento dessa prescrição entre a prática do fato delituoso e o recebimento da denúncia, permitindo, dessa forma, que polícia e Ministério Público possam retardar, impunemente as investigações criminais bem como o início da ação penal [...]

A Lei n. 12.234/10 padece do vício da inconstitucionalidade material, pois afronta princípios constitucionais básicos que são como estrelas norteadoras do ordenamento jurídico.

Essa Lei, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, o da presunção de inocência, o da duração razoável do processo o da proporcionalidade, o da vedação ao retrocesso, dentre outros.

A supressão do lapso prescricional ocorrido entre a data do fato e a data do recebimento da denuncia alonga, de forma injustificável a persecução penal, o que viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quando um princípio constitucional colide com outro é preciso fazer uma ponderação de interesses. De um lado, pelo princípio da legalidade, em nenhuma hipótese, a prescrição penal ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, de outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana que veda uma persecução penal alongada e injustificável. Não resta dúvidas, que nesta hipótese, deve prevalecer a dignidade da pessoa

³⁵ BITENCOURT, op. cit, p. 818-819.

humana, o que torna o art. 110, § 1º da Constituição Federal norma inconstitucional, devendo, mediante provocação, ser declarada inconstitucional pelo Supremo tribunal Federal, tendo em vista que as normas constitucionais gozam de presunção de constitucionalidade.

Pelo princípio da presunção e inocência, ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, atual redação do art. 110, §1º, do Código Penal, ao fomentar o retardo da persecução penal afronta o art. 5º, LVII, CRFB/88, na medida em que retira do acusado a possibilidade de comprovar sua inocência em tempo razoável.

De acordo com o que estabelece o art. 109, do Código penal, a prescrição deve guardar proporção com a pena aplicada. Assim, a supressão do lapso prescricional entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da denúncia ou queixa viola o princípio da proporcionalidade, gerando insegurança jurídica.

Ademais, o Estado não pode, punir duas vezes uma pessoa que cometeu um crime, sob pena de violação do princípio do *ne bis in idem*. Esse retardo injustificado na pretensão punitiva estatal, fomentado pela Lei n. 12.234/10, representa dupla punição. Aquele que cometeu um crime de tem o direito de ser julgado em tempo razoável, direito este que decorre do art. 5º, LXXVIII , da CRFB/88.

Nesse sentido, Roberto Delmanto Junior³⁶ deixa sua lição:

Lamentamos que, sob o discurso de evitar a impunidade, em vez de se aparelhar a polícia e dela exigir eficiência, se tenha concedido verdadeiro estímulo à letargia policial, somado ao excesso de poder no tempo. O mesmo se aplica ao Ministério Público que, a partir de agora, poderá demorar 12, 16 ou até 20 anos para oferecer uma denúncia! É a inversão de tudo, e como ofensa ao direito dos cidadãos presumidos inocentes, de serem julgados com prazo razoável como manda a Constituição.

Afigura-se, ainda, um enorme retrocesso, a supressão feita pela Lei n. 12.234/10. Não é possível compreender, sob o ponto de vista jurídico a atual redação do art. 110, § 1º, do

³⁶ DELMANTO JUNIOR *apud* BITENCOURT, p. 819.

Código Penal. Juarez Cirino do Santos³⁷ critica, com toda razão, a mudança da disciplina legal no tocante à prescrição da pretensão executória retroativa:

A mudança da disciplina legal da prescrição retroativa é criticável: se a pena concretizada na sentença (com trânsito em julgado para a acusação) pode prescrever retroativamente no período entre a data do recebimento da denúncia e a da sentença condenatória, então a exclusão da prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da denúncia parece inexplicável, porque as situações são idênticas. Afinal, em ambos os casos a prescrição pela pena concretizada na sentença ocorre antes do evento processual interruptor do prazo prescricional (no caso, ou a sentença, ou a denúncia) - logo se a sentença não pode interromper a prescrição consumada segundo a pena concretizada, então a denúncia não pode produzir esse efeito.

Por essas razões a Lei n. 12.234/10 deve ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

A prescrição penal é um instituto atrelado à segurança jurídica. Todavia, a Lei n. 12.234/10, que alterou algumas regras sobre a prescrição penal, contrariando a própria natureza do instituto, fomenta a insegurança jurídica.

Trata-se de lei mais gravosa, que somente poderá ser aplicada para os fatos ocorridos após sua vigência, que ocorreu em 06 de maio de 2010 e em razão do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa não poderá ser aplicada para os fatos ocorridos até 05 de maio de 2010.

A Lei n. 12.234/10, fruto do lamentável despreparo do Legislador é inconstitucional, pois ao suprimir o lapso prescricional entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da denúncia, sem qualquer justificativa jurídica plausível, viola princípios constitucionais básicos como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 405.

presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade, o princípio da duração razoável do processo e o princípio da vedação ao retrocesso.

Assim, com a leis gozam de presunção de constitucionalidade, será necessário o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade para extirpar, de vez, do ordenamento jurídico brasileiro a Lei. 12.234/10.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENEDETTI, CARLA Rahal. *Prescrição Penal Antecipada*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm > Acesso em: 04 dez. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 04 dez. 2011.

BRASIL. Lei n. 1.234, de 05 mai. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm>. Acesso em: 04 dez. 2011.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DELMANTO JUNIOR *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARRAUD *apud* CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 5. ed. Rio Impetus, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 1. –Parte Geral. 27. ed. São Paulo, Saraiva. 2003

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I*. Traduzido da última edição e comentado por JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA. Rio de Janeiro: F.Briguiet & c.-Editores, 1899.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais*. Artigo publicado em *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à razoável duração do processo*. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3348/direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo/> Acesso em: 16 abr. 2011

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*.5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira , 2004.