



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Lei n. 12.234/10: a inconstitucionalidade da extinção parcial da prescrição retroativa

Marcela Garcia Homem

Rio de Janeiro
2012

MARCELA GARCIA HOMEM

Lei n. 12.234/10: a inconstitucionalidade da extinção parcial da prescrição retroativa

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
2012

LEI N. 12.234/10: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTINÇÃO PARCIAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Marcela Garcia Homem

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Com a alteração do artigo 110 do Código Penal, pelo advento da Lei n. 12.234/10, a prescrição retroativa foi parcialmente extinta do ordenamento jurídico, já que hoje não é mais possível reconhecê-la entre a prática do delito e o recebimento da denúncia ou queixa, mas tão-somente entre este e a sentença condenatória. O presente trabalho pretende, então, contribuir com a discussão travada por parcela da doutrina que constata flagrante inconstitucionalidade nessa alteração legislativa, porque violaria princípios constitucionalmente assegurados, tais como a proporcionalidade, a isonomia e a duração razoável do processo. Para tanto, inicialmente, será feita uma síntese das teorias que fundamentam o instituto da prescrição, explicitando-se, ainda, a origem da prescrição retroativa. Após, será apresentado o novo cenário da prescrição penal, alterado pela Lei n. 12.234/10, e sua incompatibilidade com princípios basilares do direito penal, também presentes na Constituição Federal.

Palavras-chave: Prescrição Retroativa. Alteração Legislativa. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Isonomia. Princípio da Duração Razoável do Processo.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos políticos da prescrição penal e a origem da prescrição retroativa. 1.1 Prescrição retroativa. 2. As alterações introduzidas pela Lei n. 12.234/10. 3. A inconstitucionalidade da extinção parcial da prescrição retroativa. 3.1 Princípio da proporcionalidade. 3.2 Princípio da isonomia. 3.3 Princípio da duração razoável do processo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado versa sobre a temática da prescrição retroativa, modalidade de prescrição da pretensão punitiva reconhecida após a prolação de uma sentença penal condenatória em que houve trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso.

Inserida no ordenamento pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal de 1940, mas já consagrada desde o ano de 1961 pela Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, a prescrição retroativa se presta, como qualquer modalidade de prescrição, a inúmeras finalidades, dentre as quais a de evitar a eternização da persecução penal, a de garantir a duração razoável do processo e a utilidade da pena e a de impedir o perecimento da prova pelo decurso do tempo.

Em 05 de maio de 2010, porém, foi editada a Lei n. 12.234, que, sob o equivocado discurso da necessidade de enrijecimento do sistema punitivo como solução para a redução da criminalidade, alterou os parágrafos do artigo 110 do Código Penal para limitar o reconhecimento da prescrição retroativa a partir da denúncia. Em outros termos, o legislador extinguiu parcialmente o instituto, uma vez que atualmente não é mais possível o reconhecimento da prescrição pela pena em concreto entre a prática do fato delituoso e o recebimento da denúncia, mas tão-só a partir deste.

A supressão parcial da prescrição retroativa, operada recentemente pela Lei n. 12.234/10, começa, todavia, a suscitar críticas de parcela da doutrina especializada, por supostamente ofender princípios e garantias constitucionais, que se prestam à importante função de limitação ao *jus puniendi* estatal, tais como a proporcionalidade, a isonomia e a duração razoável do processo.

Nesse sentido, o estudo visa demonstrar que a citada modificação legislativa viola flagrantemente o princípio da proporcionalidade e o da culpabilidade, haja vista que a prescrição pela pena em concreto tem justamente como um de seus objetivos a compatibilização da extinção da punibilidade com a reprovabilidade do comportamento do indivíduo.

O estudo pretende comprovar, também, que a possibilidade de se estabelecer, de um lado, prazos prescricionais idênticos para crimes distintos e, por outro lado, prazos

prescricionais distintos para o mesmo crime afronta diretamente o princípio da isonomia, em seu aspecto material.

Ademais, busca-se demonstrar que o retardamento da investigação criminal, do início da ação penal e do processo, pela Polícia e pelo Ministério Público, é outro dos problemas decorrentes da Lei n. 12.234/10, porque, além de colidir com as próprias teorias fundamentadoras da prescrição, fere, não só o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, como o princípio da duração razoável do processo.

Assim, o trabalho seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica para, em um primeiro momento, abordar as teorias fundamentadoras da prescrição penal e a origem da prescrição retroativa; em um segundo momento, tratar da alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.234/10; e, em um terceiro momento, evidenciar a incompatibilidade dessa lei com a Constituição Federal, a fim de que o discurso de combate à criminalidade, mediante o recrudescimento do sistema punitivo, tão amplamente utilizado pelo legislador, não sirva para legitimar a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, historicamente conquistados.

1. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA PRESCRIÇÃO PENAL E A ORIGEM DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Perpetrado o crime, nasce para o Estado o direito de punir – *jus puniendi* – o autor do fato, denominado de pretensão punitiva. Esse direito, porém, não é eterno; a persecução penal não pode durar indefinidamente, razão pela qual o próprio Estado, considerando a gravidade da conduta praticada e sua sanção respectiva, estabelece lapso temporal dentro do qual deverá agir para aplicar a sanção penal.

O não exercício do direito de punir dentro do prazo fixado pela lei, observadas as causas suspensivas e interruptivas, acarreta a perda, a prescrição, do direito pelo Estado, que não poderá mais aplicar qualquer punição ao transgressor da norma. Por isso é que a prescrição é tida como causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107, IV, 1ª figura do Código Penal.

O instituto da prescrição, admitido desde o ano 18 a.C. pelo direito romano (*Lex Julia*)¹, possui diversos fundamentos políticos, dentre os quais passa-se a destacar os mais importantes.

O primeiro deles é o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato), pelo qual o Estado perde o direito de punir o autor de um fato ocorrido há muitos anos, já caído no esquecimento, em razão da perda da eficácia da resposta penal. Assim, eventual imposição de pena seria desnecessária, inútil, porque incapaz de atingir o fim da jurisdição, qual seja, a justiça, tornando-se, conseqüentemente, arbitrária.

O segundo fundamento é a correção do condenado (teoria da emenda), segundo a qual o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, indica sua reintegração no meio social e o desaparecimento da razão para punição da infração penal, tendo em vista que o fim da pena foi alcançado. Depois de um longo período de tempo, a sanção seria aplicada a um agente com espírito e caráter completamente distintos daqueles que possuía quando da data do crime.

Por outro lado, a prática de um novo delito demonstra que o réu não foi capaz de se recuperar e de se ressocializar. Não por outro motivo, o Código Penal prevê a reincidência como causa interruptiva da prescrição da pretensão executória, consoante artigo 117, VI, evitando, com isso, a extinção da punibilidade do fato.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 773.

O terceiro fundamento é a inércia da autoridade pública (teoria da negligência da autoridade), que entende ser a prescrição uma punição, um castigo, ao Estado negligente, que deixa de realizar a persecução penal do autor do fato em tempo hábil. Da mesma forma que as causas interruptivas da prescrição premiam o Estado diligente, o transcurso do prazo prescricional sanciona o Estado negligente.

O quarto fundamento é o enfraquecimento do suporte probatório (teoria da dispersão das provas), pelo qual o decurso temporal cria enorme dificuldade na colheita de provas que possibilitem a apuração do delito, bem como gera alta probabilidade de erro judiciário, pois o magistrado julgará o fato com base em provas já fragilizadas pelo tempo. Desse modo, a investigação criminal e a defesa do réu tornam-se mais dificultosas, não só porque os bens tendem a perecer e a colheita de novas provas torna-se inviável, mas também porque a mente humana é falível e os detalhes, as minúcias, de cada acontecimento, por vezes tão relevantes na apuração dos fatos, tendem, com o tempo, a caírem no esquecimento.

O quinto e último fundamento é a expiação da culpa (teoria da expiação moral), que considera que o sofrimento do agente com a expectativa da pena ao longo do tempo é uma verdadeira sanção, pelo que a resposta penal não mais tem razão de ser.

Uma vez expostas as principais teorias que legitimam o reconhecimento do instituto, é preciso, antes de se adentrar a análise da prescrição retroativa, distinguir rapidamente as duas espécies de prescrição existentes, quais sejam, a da pretensão punitiva e a da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação penal é aquela que se opera antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado; tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime; e possui como termo inicial a data da consumação do delito ou o dia em que cessou a atividade criminosa, apresentando causas suspensivas e

interruptivas. Subdivide-se em prescrição abstrata, prescrição intercorrente e prescrição retroativa, esta última objeto do presente estudo.

A prescrição da pretensão executória ou prescrição da pena, por sua vez, é aquela que se opera após a sentença penal condenatória transitar em julgado, tanto para a acusação quanto para a defesa, regulando-se pela pena aplicada; tem como consequência somente a extinção da pena, permanecendo intocáveis todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais; e possui como termo inicial o trânsito em julgado para a acusação.

1.1 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa é, como visto, espécie de prescrição da pretensão punitiva e ocorre com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão penal condenatório para a acusação, regulando-se pela pena concretizada. Em razão da vedação a *reformatio in pejus*, com o trânsito para a acusação e a pendência de recurso defensivo, a pena só poderá ser mantida ou diminuída, nunca aumentada, pelo tribunal. A pena máxima deixa de ser, então, aquela abstratamente cominada pelo tipo penal e passa a ser a fixada pela sentença ou acórdão que transitou em julgado para a acusação.

Na lição de Damásio de Jesus², o fundamento político da prescrição retroativa é a chamada “pena justa”, pois, diante da ausência de recurso da acusação ou de seu improvimento, a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e a suficiente para aquele determinado caso concreto, devendo, então, servir como parâmetro para o cálculo da prescrição desde a consumação do fato.

² JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 642.

Nesse mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini³ ensina que o fundamento da medida é “compatibilizar o cálculo da extinção da punibilidade com o grau de culpabilidade do autor e de reprovabilidade do comportamento reconhecidos concretamente”. Assim, como o magistrado ou o tribunal entendeu que o agente faz jus a uma pena menor que o máximo previsto no tipo penal e a acusação concordou, o tempo de prescrição deve ser menor, calculado pelo novo patamar máximo possível da pena.

O debate sobre a possibilidade de a pena fixada na sentença ou no acórdão penal condenatório, com trânsito em julgado para a acusação, servir para regular o prazo prescricional anterior à data de sua publicação, não é novo. A esse respeito, o Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, já previa, em seu artigo 35, o cálculo da prescrição 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”⁴.

Na jurisprudência, a discussão acerca da retroatividade da pena concreta acirrou-se no Supremo Tribunal Federal a partir de 1951, gerada pela divergência de interpretações dadas à redação original do artigo 110, parágrafo único, do Código Penal⁵. De um lado, a corrente capitaneada pelo Ministro Nelson Hungria⁶ e, de outro, a corrente liderada pelo Ministro Luiz Gallotti⁷.

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei n. 12.234/10. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 06, jun. 2010.

⁴ BRASIL. Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacao-original-92160-pl.html>>. Acesso em: 11 out. 2011.

⁵ Dispunha o artigo 110 do Código Penal, em sua redação original: Artigo 110 (...) Parágrafo único - A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos. (COSTA, Aldo de Campos. Breves considerações sobre a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 50, p. 65, jul./set. 2010)

⁶ A esse respeito, vide inteiro teor da decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 38.186, da Guanabara, de relatoria do Ministro Nelson Hungria. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 38.186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+38186.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+38186.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 out. 2011)

⁷ Ibid.

Segundo Nelson Hungria⁸, a prescrição se regulava pela pena imposta, desde que não interposta apelação pelo Ministério Público, dada a impossibilidade de *reformatio in pejus*, e deveria ser declarada entre o recebimento da denúncia e a própria sentença condenatória. Dizia que, concretizada a pena, com a qual concordou a acusação, a sanção cominada em abstrato pelo tipo penal se revelaria, na espécie, demasiada, ao passo que a pena fixada pelo magistrado seria *ab initio* justa e adequada.

Logo, para Hungria⁹, o artigo 110, parágrafo único, deveria ser entendido da seguinte forma: se o tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória fosse suficiente para o reconhecimento da prescrição da pena em concreto, esta deveria ser reconhecida e a sentença condenatória deixaria de ser causa interruptiva, tendo em vista a impossibilidade de se interromper algo que já se consumou.

O Ministro Luiz Gallotti¹⁰ fazia, todavia, uma interpretação literal do dispositivo, de maneira que, de acordo com ele, se a acusação não recorresse, a prescrição se contava pela pena em concreto, mas somente após a sentença, nunca antes dela. Sustentava que a fluência do prazo anterior ao decreto condenatório teria sido inutilizada pela própria lei, que atribuiu efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (artigo 117, IV do Código Penal) e estabeleceu que a prescrição interrompida recomeçasse a correr por inteiro (artigo 117, §2º do Código Penal).

Tornou-se vencedor, por maioria, o posicionamento defendido pelo Ministro Luiz Gallotti¹¹. Dessa forma, para a Suprema Corte, a pena imposta na sentença, com recurso exclusivo da defesa, passava a reger o prazo prescricional a partir da data de sua publicação, não tendo efeito retroativo.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

A partir de 1960, porém, com a modificação na composição dos membros da Corte, a corrente favorável à retroatividade passou a prevalecer, o que culminou na edição da Súmula 146¹², em 1964, consagradora da prescrição retroativa, ao estabelecer: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Em um primeiro momento, ao aplicar a Súmula, o Supremo Tribunal Federal¹³ dava largo alcance a ela, permitindo a contagem do prazo prescricional entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, não exigindo recurso defensivo e a aplicando em caso de condenação em segundo grau.

No entanto, a partir de 1970, restringiu-se o alcance da prescrição retroativa, passando-se a exigir, para o seu reconhecimento, os seguintes requisitos: contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, existência de recurso da defesa e ausência de recurso da acusação e sentença condenatória de primeiro grau¹⁴. Por essa orientação, então, a prescrição retroativa não poderia ser aplicada entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia.

Esse posicionamento restritivo¹⁵ vigorou até o final de 1974, quando uma nova mudança na composição dos membros da Corte fez reacender os debates sobre o assunto, inclinando-se o Supremo Tribunal Federal, a partir daí, pelo sentido liberal, de modo a permitir a retroatividade da pena em concreto antes do recebimento da inicial acusatória.

No âmbito legislativo, em maio de 1977, foi publicada a Lei n. 6.416, que alterou a redação original do artigo 110 do Código Penal para consagrar a prescrição retroativa, mas limitar sua incidência a partir do recebimento da denúncia¹⁶.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 146. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 11 out. 2011.

¹³ JESUS, Damásio de. *Prescrição penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ O artigo 110 do Código Penal, com a alteração introduzida pela Lei n. 6.416/77, passou a dispor: Art. 110 (...) §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.

Posteriormente, a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que vigorou até 2010, reformou a parte geral do Código Penal e passou a autorizar a contagem da prescrição retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia¹⁷.

Entretanto, cabe ressaltar que, após a edição da recente Lei n. 12.234/10, o cenário novamente se modificou, pois atualmente só é possível o reconhecimento da prescrição retroativa a partir da denúncia ou queixa, conforme se verá no capítulo que segue.

2. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.234/10

Em 06 de maio de 2010, foi publicada a Lei n. 12.234, que introduziu duas alterações importantes no ordenamento jurídico-penal, em dois dispositivos que tratam especificamente sobre prescrição penal.

A primeira é relativa ao aumento de 02 (dois) para 03 (três) anos do prazo prescricional para os crimes cuja pena é inferior a 01 (um) ano, consoante artigo 109, VI do Código Penal.

A segunda, objeto do presente trabalho, refere-se à polêmica extinção parcial do instituto da prescrição retroativa, mediante a alteração da redação do §1º e a revogação do §2º, ambos do artigo 110 do Código Penal¹⁸.

§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*. (grifo nosso) (BRASIL. Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012)

¹⁷ Diante do advento da Lei n. 7.209/84, o artigo 110 do Código Penal passou a ter a seguinte redação:

Art. 110 (...) §1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, *pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*. (grifo nosso) (BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art109>. Acesso em: 11 abr. 2012)

¹⁸ Com a Lei n. 12.234/10, o artigo 110 do Código Penal foi assim alterado:

Art. 110 – (...) §1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, *não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*.

§2º (Revogado) (grifo nosso) (BRASIL. Lei n. 12.234, de 05 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112234.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012)

Com a mudança inserida no artigo 110 do Código Penal, é de se perceber que a prescrição retroativa sofreu significativa e perceptível limitação, porque hoje não se mostra mais possível o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa (em caso de ação penal privada). Em outras palavras, a prescrição retroativa não mais incide entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia ou da queixa, mas tão-somente a partir deste.

Atualmente, portanto, considerando as causas de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, enumeradas no artigo 117 do Código Penal, a prescrição retroativa só pode ser aplicada nos seguintes lapsos temporais: a) do recebimento da denúncia até a pronúncia, nos processos de competência do tribunal do júri; b) do recebimento da denúncia ou da queixa até a publicação da sentença condenatória de primeira instância, nos processos comuns; c) do recebimento da denúncia ou da queixa até a condenação pelo tribunal, na hipótese de absolvição em primeira instância e condenação em segunda instância; d) da pronúncia até a decisão confirmatória da pronúncia; e) da pronúncia até a publicação da sentença condenatória recorrível, caso inexista decisão confirmatória de pronúncia; e, finalmente, f) da decisão confirmatória da pronúncia até a publicação da sentença condenatória recorrível.

A consequência imediata e óbvia gerada pela supressão parcial da prescrição retroativa é o aumento dos prazos prescricionais, o que, na prática, dá à Polícia prazo maior para investigar os crimes e, ainda, ao Ministério Público e ao particular, prazo maior para o oferecimento de denúncia e de queixa, respectivamente.

Esse aumento dos prazos prescricionais decorre do fato de que, com a entrada em vigor da nova lei e a desconsideração do lapso temporal entre a data da prática do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa para fins de aplicação da prescrição retroativa, só se

verificará agora a ocorrência de prescrição nessa fase pré-processual na hipótese de prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito.

Com efeito, se Polícia e Ministério Público não precisam mais observar os prazos prescricionais determinados pela pena em concreto na fase pré-processual, até que ponto essa dilação de prazos é benéfica e não acarreta efeito contrário, qual seja, a morosidade do procedimento, violando, com isso, o princípio da duração razoável do processo?

E, mais, até que ponto a proibição da retroatividade da pena em concreto para antes do recebimento da inicial acusatória não ofende, além da duração razoável do processo, outros princípios constitucionalmente assegurados, como a igualdade, a culpabilidade e a proporcionalidade? Retornar com a sistemática outrora adotada pela já comentada Lei n. 6.416/77 não seria provocar um verdadeiro retrocesso do ordenamento penal?

Essas questões serão oportunamente discutidas mais adiante, no terceiro capítulo. Por ora, é possível afirmar apenas que a redação da Lei n. 12.234/10 apresenta sérios problemas, para os quais o legislador não se atentou, mas que originaram relevantes discussões doutrinárias, discussões estas ainda sem solução, por não terem ainda chegado ao exame dos tribunais superiores.

O Projeto de Lei n. 1.383/03, que deu origem a Lei n. 12.234/10, em sua redação original, previa, efetivamente, o fim da prescrição retroativa, pois a prescrição pela pena aplicada não poderia, de acordo com o projeto, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão¹⁹.

¹⁹ O texto original do Projeto de Lei n. 1.383/03 oferecia a seguinte redação ao artigo 110, §1º do Código Penal: “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 publicação da sentença ou do acórdão*”. (grifo nosso) (BRASIL. Projeto de Lei n. 1.383, de 02 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>>. Acesso em: 11 abr. 2012)

No entanto, a intenção do projeto de lei de fulminar, por completo, essa espécie de prescrição não saiu vencedora e, assim, o texto de lei aprovado manteve a prescrição retroativa na legislação, embora restringindo o seu termo inicial à data da denúncia ou queixa.

Em que pese à manutenção do instituto com a limitação de seu alcance, a Lei n. 12.234/10 foi publicada com um grande equívoco em seu artigo 1º, que dispõe que a lei altera o Código Penal para, frise-se, excluir a prescrição retroativa. Logo, a nova lei contém uma flagrante contradição: suprime parcialmente a prescrição pela pena em concreto no momento anterior à denúncia ou queixa ao mesmo tempo em que afirma tê-la excluído totalmente do ordenamento.

A contradição criada pelo artigo 1º serve, inclusive, como um dos fundamentos para a posição de parcela da doutrina defensora da tese de que a Lei n. 12.234/10 teria declarado a extinção integral da prescrição retroativa. Nesse sentido, Damásio de Jesus²⁰, que entende ser cristalina a vontade da lei de expulsar a retroatividade da prescrição pela pena em concreto da legislação.

Não obstante o respeitável posicionamento, o melhor entendimento parece ser mesmo o de que a nova lei, após as mudanças sofridas pelo projeto que lhe deu origem, buscou tão-somente limitar a extensão da prescrição pela pena em concreto, e não a sua abolição. Note-se que, ao vedar o reconhecimento da prescrição no período anterior à denúncia ou queixa, a nova lei acaba por impor, *a contrario sensu*, o reconhecimento da prescrição nos demais períodos.

Com isso, torna-se forçosa a conclusão de que o artigo 1º foi fruto, na realidade, de um grave erro do legislador, que se olvidou de suprimi-lo, após a mudança no texto original do projeto de lei.

²⁰ JESUS, Damásio de. Extinção da Prescrição Retroativa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 37, ago./set. 2010, p. 12-14.

Além da divergência acerca da supressão parcial ou total da prescrição retroativa, a Lei n. 12.234/10 trouxe à baila, também, uma outra importante discussão: o novo §1º do artigo 110 do Código Penal proíbe a contagem da prescrição retroativa anterior ao oferecimento ou ao recebimento da denúncia ou queixa?

O debate nasce da imprecisa redação do dispositivo, que afirma que a prescrição pela pena aplicada não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, deixando, pois, de mencionar como termo *a quo* da contagem o recebimento da inicial acusatória.

Registre-se que como o oferecimento e o recebimento da denúncia ou queixa, em regra, costumam ocorrer em datas próximas, essa discussão torna-se mais relevante nos procedimentos em que o recebimento da inicial não é o primeiro ato praticado após a instauração da ação penal, como na hipótese do rito dos Juizados Especiais Criminais.

Por conta dessa imprecisão, a doutrina, nesse ponto, igualmente se dividiu. De um lado, uma primeira corrente defende o recebimento da denúncia como termo inicial da contagem da prescrição pela pena em concreto. Essa posição parece se firmar como majoritária, tendo a adesão de autores como Rogério Greco²¹, Pierpaolo Cruz Bottini²² e Cezar Roberto Bitencourt²³.

Por outro lado, há uma segunda corrente, para a qual o termo inicial da contagem seria o oferecimento da denúncia ou queixa, e não seu recebimento. Em outros termos, seria possível o reconhecimento da prescrição retroativa antes do recebimento da peça acusatória, a partir da data do seu oferecimento. Nessa linha, por todos, Vicente Greco Filho²⁴.

²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 711.

²² BOTTINI, op. cit., p. 06.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 40-41, nov.-dez. 2010.

²⁴ FILHO, Vicente Greco. A morte da prescrição retroativa virtual. *Boletim IBCrim*, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 08, jun. 2010.

A segunda corrente fundamenta-se basicamente em dois principais argumentos. O primeiro, relativo à impossibilidade de se fazer interpretação extensiva *in mala partem* no direito penal. O segundo, no sentido de que, se o legislador realmente desejasse, teria colocado expressamente o recebimento como termo inicial da contagem do prazo prescricional, assim como fez na Lei n. 6.416/77, de modo que a omissão teria sido, por esse motivo, proposital; silêncio eloquente do legislador.

Muito embora os argumentos sejam sedutores, essa não parece ser a melhor interpretação do §1º do artigo 110 do Código Penal, diante da sua incompatibilidade com o artigo 117, I do mesmo diploma, que prevê expressamente o recebimento da denúncia ou queixa como marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva, devendo, assim, servir, também, como termo inicial da contagem da prescrição retroativa.

Por último, cumpre ressaltar que, independentemente da posição que se adote, por veicular norma de direito material claramente mais gravosa, a Lei n. 12.234/10, nesse aspecto, sujeita-se ao princípio da irretroatividade da *novatio legis in pejus*, previsto no artigo 5º, XL da CRFB, só podendo ser aplicada, conseqüentemente, aos delitos praticados após sua entrada em vigor, em 06 de maio de 2010.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTINÇÃO PARCIAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

O Projeto de Lei n. 1.383/03, que deu origem a Lei n. 12.234/10, embora sem êxito, pretendeu extirpar a prescrição retroativa do ordenamento jurídico-penal. A justificativa apresentada para embasar o projeto se fundou no fato de que essa espécie de prescrição teria

se revelado um “competentíssimo instrumento de impunidade”, bem como uma “potencial causa geradora de corrupção”²⁵.

Nada mais equivocado. Não obstante ninguém duvide da necessidade de se combater à impunidade e à corrupção, o que deve se refletir, inclusive, na produção legislativa, o combate dessas odiosas práticas, tão arraigadas na sociedade brasileira, não deve passar pela extinção, parcial ou total, da prescrição retroativa.

Em verdade, o combate a tais problemas deveria ser buscado mediante um melhor aparelhamento policial, com a realização de investimentos, por exemplo, em tecnologia e treinamento pessoal, a fim de que delitos mais complexos, que demandam uma apuração mais detalhada e dificultosa, sejam adequadamente solucionados.

Assim, a impunidade e a corrupção não são geradas, e nem potencializadas, pela aplicação da prescrição retroativa, mas pela própria ineficiência do Estado, detentor do *jus puniendi*, que não consegue, com os instrumentos de que dispõe, oferecer uma resposta penal ao autor do crime em prazo razoável.

E, especificamente no que toca à corrupção, não há como deixar de reconhecer que ela pode vir sempre a existir, na fase pré-processual ou na fase processual, por diversos motivos, como a própria morosidade do procedimento, o que comprova a ausência de relação causa-efeito com o instituto da prescrição retroativa.

É de se notar que o legislador, mais uma vez, sob o falso pretexto de combate à impunidade e visando dar uma resposta aos reclamos sociais, reclamos estes muitas vezes alimentados pelo sensacionalismo da imprensa, editou a Lei n. 12.234/10, recrudescendo o sistema punitivo. O recrudescimento punitivo se insere em uma lógica equivocada, a de que a suposta flexibilidade das leis penais seria a grande vilã da não responsabilização do autor do fato delituoso.

²⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 1.383, de 02 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

Contudo, o que o legislador não percebe, ou finge não perceber, é que a mazela da impunidade está ligada umbilicalmente à atuação ineficiente ou, até mesmo, à inércia do Estado, e não ao instituto penal da prescrição. A mudança deve se dar, portanto, não no ordenamento jurídico-penal, mas na forma de atuação do Estado.

A prescrição retroativa, assim como o instituto da prescrição como um todo, ao contrário do que se pensa, não gera impunidade, prestando-se, dentre outros objetivos relevantes, a trazer segurança jurídica ao indivíduo, já que serve como limitadora ao *jus puniendi* estatal. Dessa forma, a prescrição, que acarreta a extinção da punibilidade, é uma garantia que o jurisdicionado possui contra o Estado que realiza a persecução penal a destempo.

Com base, então, em argumentos equivocados, é que foi promulgada a Lei n. 12.234/10, extinguindo parcialmente a prescrição retroativa. Em prol desse objetivo, tão comum atualmente, de enrijecer a todo custo o sistema punitivo para supostamente se combater à impunidade, o legislador abriu mão, como de costume, do rigor técnico-científico indispensável, violando direitos constitucionalmente assegurados, como será a partir de agora demonstrado.

3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade “consustancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”²⁶. Possui papel condicionante de toda a positivação jurídica e, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

No âmbito do direito penal, a busca da pena justa, adequada, proporcional, não representa um novo desafio. Pelo contrário, a discussão sobre a proporcionalidade da pena é antiga e remonta ao século XVIII, tendo sido o Código de Hamurabi o primeiro a fornecer uma noção inaugural de proporcionalidade, com a lei de talião, “olho por olho, dente por dente”²⁷.

A ideia de proporcionalidade pode ser identificada, no direito penal, em dois principais momentos. Em um primeiro plano, nas penas cominadas em abstrato. Quando da criação das figuras típicas, cabe ao legislador sopesar a importância do bem jurídico que pretende tutelar, o desvalor social do comportamento do agente e a intensidade da lesão ou do perigo causado, indicando a pena mais proporcional possível, capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após estabelecer a pena adequada, o legislador deve, ainda, cuidar para que a pena cominada guarde relação de proporcionalidade com o restante do ordenamento, com as penas abstratamente previstas para os outros tipos penais.

A proporcionalidade incide, igualmente, em um segundo plano, na aplicação concreta da pena, uma vez que cabe ao magistrado impor uma sanção proporcional à gravidade do delito, considerando a lesão ou o perigo a que foi exposto o bem jurídico, bem como o elemento subjetivo da conduta do sujeito. No cálculo da pena, o juiz deverá fazer uso do critério trifásico do artigo 68 do Código Penal.

Na sistemática do direito penal brasileiro, os prazos prescricionais guardam relação direta com as penas, sejam as cominadas abstratamente pelo legislador, sejam as aplicadas pelo magistrado na sentença ou no acórdão condenatório. Desse modo, existe aqui uma clara relação de proporcionalidade, identificada entre a duração das penas e os prazos prescricionais, porque quanto maior a pena cominada ou concretizada, maior será o lapso

²⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 96.

prescricional respectivo, o que se extrai da leitura do artigo 109 e do artigo 110, ambos do Código Penal.

Se a pena prevista abstratamente e a pena aplicada são fixadas com observância do princípio da proporcionalidade, visto que estabelecidas de acordo com o comportamento do agente e com o dano causado, não é difícil se concluir que quanto mais gravoso o comportamento do agente e quanto pior o resultado danoso de sua conduta, maior será a pena e, conseqüentemente, maior será o prazo prescricional.

Essa relação direta entre a duração das penas e a prescrição conduz a outra conclusão inevitável: os prazos prescricionais mantêm relação de proporcionalidade não só com as penas, como também com a culpabilidade do agente.

No momento de aplicação da pena, o magistrado deve valorar o grau de reprovabilidade da conduta delituosa, por meio da culpabilidade do agente. O juízo de culpabilidade repercutirá diretamente na concreção da pena, de maneira que os comportamentos mais reprováveis serão penalizados com sanções maiores, ao passo que os comportamentos menos censuráveis serão penalizados com sanções menores.

Se uma maior culpabilidade implica uma pena maior e se uma pena maior implica um prazo prescricional mais elevado, fica fácil notar a íntima relação que se estabelece entre culpabilidade, pena e prescrição. Por esse motivo, o professor Hermann Herschander²⁸ afirma que há no direito penal vigente uma busca de proporcionalidade entre esses três elementos, de forma que “a culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição”.

Da vinculação entre culpabilidade, pena e prescrição é que é possível vislumbrar que, ao impor explicitamente, como garantia fundamental, a individualização da pena (artigo 5º,

²⁸ HERSCHANDER, Hermann. Lei 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 212, p. 06, jul. 2010.

XLVI da CRFB²⁹), a Constituição Federal está impondo, também, a individualização da prescrição.

A individualização da pena obriga o magistrado, no caso concreto, a encontrar a pena justa e adequada ao autor do fato, devendo, para tanto, obedecer ao critério trifásico, isto é, fixar primeiro a pena-base, para, na sequência, considerar as atenuantes e/ou agravantes e as causas de diminuição e/ou aumento de pena. Não se admite a fixação de uma pena única para todos os delitos; a sanção deve ser particularizada, estabelecida de acordo com as peculiaridades do caso concreto, sob pena de ofensa à Constituição Federal.

Da mesma forma que seria inconstitucional a fixação de uma pena única, que desconsiderasse as peculiaridades de cada delito e de cada agente, a fixação de um lapso prescricional único igualmente violaria a Constituição, uma vez que “configuraria resposta desproporcional e não individualizada, equiparando infrações leves e graves”³⁰.

A individualização da prescrição ocorre notadamente com a prescrição pela pena em concreto, porque somente ela trabalha com a pena real, que é aquela pena concretizada na sentença ou acórdão condenatório, que foi dosada pelo magistrado, a partir do critério trifásico, tendo-se em conta as especificidades da hipótese, e que, por isso, representa uma pena individualizada.

Na prescrição em abstrato, ao contrário, ante a ausência de uma decisão condenatória com trânsito em julgado ao menos para a acusação, o cálculo do prazo prescricional é realizado com base em uma pena hipotética, consubstanciada na pena máxima abstratamente cominada pelo legislador ao delito. Essa sanção hipotética, por óbvio, não é a pena justa, já que não é individualizada. E justamente por essa razão é que só faz sentido que ela seja usada

²⁹ Artigo 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012)

³⁰ HERSCHANDER, op. cit., p. 06.

enquanto não houver uma pena aplicada, enquanto houver ainda a possibilidade que a pena seja fixada no patamar máximo legal.

Uma vez concretizada a condenação, com o trânsito em julgado para a acusação, a pena hipotética é posta de lado, deixando de produzir qualquer efeito sobre o condenado e cedendo espaço à prescrição pela pena em concreto. Surge a prescrição retroativa, essa sim calculada com base na pena justa que era, desde a prática do fato, necessária e suficiente à espécie.

Portanto, a Lei n. 12.234/10, ao suprimir parcialmente a prescrição retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, viola flagrantemente os princípios da proporcionalidade, da culpabilidade e da individualização da pena, porque embora já haja uma pena concreta, individualizada e, por isso, proporcional à conduta do agente, o legislador impõe a utilização da pena em abstrato, hipotética, não individualizada e, por conseguinte, desproporcional, não condizente com a reprovabilidade da conduta do indivíduo.

3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Lei n. 12.234/10 ofende não só os princípios da proporcionalidade, da culpabilidade e da individualização da pena, mas também o princípio da isonomia, estampado no artigo 5º, *caput* da CRFB³¹. E é assim porque, com o advento da lei, o legislador criou a seguinte situação: a pena concretizada na sentença poderá retroagir para ser utilizada no cálculo da prescrição entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, mas não entre a prática do fato e o recebimento da denúncia.

³¹ Artigo 5º, *caput* - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012)

Essa desigualdade de tratamento entre a fase pré-processual e a fase processual não encontra justificativas plausíveis. Não se trata aqui de oferecer tratamento diferenciado a situações distintas, de forma a efetivar o princípio da igualdade, no seu viés material, mas, ao contrário, de oferecer tratamento diferenciado a situações idênticas, pois, pelo menos quanto ao cálculo do prazo prescricional, não há nenhuma particularidade da fase pré-processual que justifique essa diferença de tratamento pelo legislador.

E, mais, a ofensa ao princípio da isonomia decorre não apenas do fato de agora existirem dois prazos prescricionais diferentes para o mesmo delito, um anterior ao recebimento da denúncia e outro posterior ao recebimento da denúncia, mas, ainda, do fato de se equiparar o prazo prescricional de crimes praticados por agentes distintos, com culpabilidade diferenciada, em circunstâncias também diversas.

Explique-se: com o advento da Lei n. 12.234/10, como a prescrição retroativa não pode mais atingir data anterior a do recebimento da denúncia ou queixa, todos os indivíduos que praticaram um mesmo crime, independentemente da reprovabilidade da conduta de cada um deles e das circunstâncias em que os delitos foram perpetrados, estarão sujeitos ao mesmo prazo prescricional, calculado pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito. Com isso, equiparam-se situações que, na prática, podem ser completamente diferentes, o que, por óbvio, viola o princípio da isonomia.

Nesse sentido, oportuna e relevante a crítica do professor Pierpaolo Cruz Bottini³²:

O que se discute, em verdade, é a racionalidade de estabelecer prazos prescricionais distintos para situações factualmente idênticas – o mesmo crime antes e depois do recebimento da denúncia – e de estabelecer prazos idênticos para situações factualmente distintas – crimes diferentes, praticados por agentes distintos, com culpabilidade e reprovabilidade em graus diferenciados terão o mesmo prazo prescricional regulado pelo máximo da pena em abstrato.

³² BOTTINI, op. cit., p. 07.

Em suma, de um lado, o legislador concedeu tratamento diferenciado a situações que, para fins de prescrição, são idênticas – fase pré-processual e fase processual – e, de outro, concedeu tratamento igualitário a situações distintas – o mesmo crime praticado por agentes diferentes –, ofendendo, por conseguinte, duplamente o princípio da isonomia, no seu aspecto material.

3.3 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da duração razoável do processo foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/04, que incluiu o inciso LXXVIII em seu artigo 5º³³. Extrai-se desse princípio, como regra geral, que o processo penal está sujeito a um marco temporal, a um prazo razoável, que não pode ser ultrapassado e que é fixado de acordo com o caso concreto, considerando a gravidade do delito objeto da persecução penal e a sanção a ele correspondente³⁴.

Para fins de prescrição, esse marco temporal razoável para a duração do processo pode ser aferido objetivamente, estando previsto no artigo 109 e no artigo 110, ambos do Código Penal³⁵. Assim, só se torna possível realizar a persecução penal dentro desse lapso temporal, dentro do qual o Estado estará legitimado a atuar, no exercício do seu *jus puniendi*.

O processo penal, então, não possui prazo fixo para a sua duração; o prazo é estabelecido com base nas especificidades da espécie, variando dentro dos limites impostos pelos referidos dispositivos que, por sua vez, relacionam-se diretamente com a gravidade do crime e com a sua sanção respectiva.

³³ Artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012)

³⁴ BITENCOURT, op. cit., 2010, p. 53.

³⁵ Ibid.

A observância desse lapso temporal é obrigatória, porque a excessiva demora do processo penal ofende não só o princípio da duração razoável do processo, como também vulnera o devido processo legal e a segurança jurídica, violando, por consequência, a própria dignidade da pessoa humana³⁶.

O processo penal já traz, em regra, graves prejuízos ao acusado, prejuízos estes que se tornam ainda mais nefastos diante da sua demora desarrazoada. A honra e a dignidade do acusado são maculadas, além do que a deflagração de uma ação penal pode gerar várias limitações aos seus direitos individuais, como a necessidade de comparecer aos atos do processo e a própria restrição à sua liberdade de locomoção.

Vale lembrar que a excessiva demora do processo não traz apenas malefícios ao acusado, mas igualmente à atividade jurisdicional, que passa a ser objeto de descrédito e passa a despertar um verdadeiro sentimento de injustiça na sociedade. Ademais, à medida que o tempo passa, a produção de provas se torna mais precária, gerando insegurança jurídica, e, por consequência, as chances de erro judiciário aumentam.

O processo penal deve ser encarado mais do que como um meio de efetivação do poder de punir estatal, mas, sobretudo, como um instrumento de garantia do indivíduo contra os abusos do Estado, contra a persecução penal intempestiva. Logo, a excessiva demora impõe que o Estado reconheça a prescrição do crime e “abra mão” do seu direito de punir o agente³⁷.

A extinção da prescrição retroativa anterior ao recebimento da denúncia, com a Lei n. 12.234/10, desrespeita flagrantemente o princípio da duração razoável do processo, uma vez que as autoridades policiais não se vinculam mais, em sua atuação, ao prazo prescricional individualizado, razoável e proporcional, calculado com base na pena aplicada, mas tão-somente ao prazo prescricional fixado pelo máximo da pena cominada ao crime.

³⁶ Ibid., p. 55.

³⁷ Ibid., p. 52-53.

Consequentemente, não é difícil imaginar que a tendência é que os inquéritos policiais se arrastem ao longo do tempo, causando efeito bastante nocivo, qual seja, a morosidade do procedimento, que, por seu turno, acarreta graves prejuízos ao acusado, à sociedade e à prestação jurisdicional como um todo.

CONCLUSÃO

Em 06 de maio de 2010, foi publicada a Lei n. 12.234, que, ao alterar a redação do §1º e revogar o §2º, ambos do artigo 110 do Código Penal, introduziu importante modificação na sistemática da prescrição penal, tendo em vista que, com o advento da nova lei, a prescrição retroativa foi extinta parcialmente do ordenamento jurídico, de modo que hoje ela não pode mais ser reconhecida entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa, mas tão-somente a partir desta.

Como consequência imediata da supressão parcial da prescrição retroativa, os prazos prescricionais sofreram significativo aumento, uma vez que, com a citada alteração, a prescrição na fase pré-processual agora só se verifica na hipótese de prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito. Logo, a Polícia hoje dispõe de mais tempo para investigar e o Ministério Público e o particular, no caso de ação penal privada, dispõem de mais tempo para oferecer denúncia e queixa, respectivamente.

Ocorre, porém, que a extinção parcial da prescrição retroativa, inserida dentro de uma lógica equivocada de recrudescimento do sistema punitivo, que atrela o combate a impunidade, não a uma modificação na forma de atuação do Estado que, ineficiente, realiza a persecução penal a destempo, mas a extinção do instituto da prescrição, ofende flagrantemente princípios e garantias constitucionalmente assegurados, como a proporcionalidade, a isonomia e a duração razoável do processo.

O princípio da proporcionalidade é violado porque só a prescrição pela pena em concreto faz uso da pena real, concretizada, individualizada e, por essa razão, proporcional a conduta do agente. A Lei n. 12.234/10, ao suprimir parcela da prescrição retroativa, provoca um inaceitável rompimento da correlação que necessariamente deve existir entre o cálculo da extinção da punibilidade, a pena aplicada ao agente e a reprovabilidade de sua conduta reconhecida concretamente pelo magistrado.

A alteração legislativa vulnera igualmente o princípio da isonomia, em seu aspecto material, porque concede tratamento diferenciado a situações idênticas – fase pré-processual e fase processual – e, ainda, porque concede tratamento igualitário a situações distintas – o mesmo crime praticado por agentes diferentes.

Por fim, também é notável a ofensa ao princípio da duração razoável do processo, visto que, ao impor que a prescrição na fase pré-processual seja calculada com base na pena máxima abstratamente cominada, o legislador acabou por legalizar a morosidade do procedimento. E essa excessiva demora do procedimento, por óbvio, não se coaduna com o discurso de combate a impunidade que serviu de fundamento para a modificação legislativa, além de trazer sérias consequências, não só ao acusado, mas à sociedade e a própria qualidade da prestação jurisdicional.

Portanto, conclui-se que a Lei n. 12.234/10, a pretexto da necessidade de enrijecimento do sistema punitivo, extinguiu parcialmente um instituto de suma importância, a prescrição retroativa, que se presta, em verdade, a um nobre objetivo, o de trazer segurança jurídica ao indivíduo, protegendo-o do Estado que realiza a persecução penal a destempo. E, pior, ao suprimir o instituto, a lei ofende claramente princípios elementares, constitucionalmente assegurados, ofensa essa que o poder judiciário não pode chancelar, cabendo-lhe, por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade da norma.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 38-56, nov.-dez. 2010.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 06-07, jun. 2010.

_____. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 267-296, jul.-ago. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2012.

_____. Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art109>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____. Projeto de Lei n. 1.383, de 02 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 38.186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+38186.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+38186.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 146. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 11 out. 2011.

COSTA, Aldo de Campos. Breves considerações sobre a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 50, p. 62-66, jul.-set. 2010.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Primeiras observações sobre a Lei 12.234/2010 e a Súmula 438 do STJ. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 08-09, jun. 2010.

FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 212, p. 04-05, jul. 2010.

FILHO, Vicente Greco. A morte da prescrição retroativa virtual. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 08, jun. 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HERSCHANDER, Hermann. Lei 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 212, p. 06-07, jul. 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Extinção da Prescrição Retroativa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 37, p. 10-17, ago.-set. 2010.

_____. *Prescrição penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prescrição Retroativa Residual. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 37, p. 18-20, ago.-set. 2010.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Extinção da prescrição retroativa anterior ao recebimento da denúncia. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 10-11, jun. 2010.

SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.234/2010 que altera a prescrição no Código Penal. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 83, p. 84-93, abr.-jun. 2010.

SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. A Lei 12.234/2010 e a nova regulação da prescrição penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 213, p. 11-12, ago. 2010.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 214, p. 10-11, set. 2010.