

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010

Aldo de Campos Costa

Com a edição da Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, desaparece de nosso ordenamento o controvertido instituto da prescrição retroativa no interregno que vai da data do fato até “a denúncia ou queixa”, que, até então, tinha seu fundamento legal na remissão do art. 109, caput, combinado com os §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal. Esse cálculo prescricional para o passado, apontado pela Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 como uma teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto (FRAGOSO, 1995, p. 408), tem sua origem em uma intrincada construção jurisprudencial, que faz retroagir a sentença condenatória transitada em julgado, ou de que somente o acusado tenha recorrido, ao tempo anterior a qualquer dos marcos divisórios previstos no art. 117 do Código Penal para o efeito de aproveitamento dos lapsos temporais do art. 109, caso suficiente à pena concretizada.

Ninguém, até hoje, foi capaz de explicar de maneira convincente, as razões pelas quais deveria admitir-se que, depois da sentença condenatória, fosse possível fazer a revivescência do tempo anteriormente decorrido para aproveitá-lo, em razão da pena em concreto, de sorte a considerá-la prescrita, pois, como afirmou Nelson Hungria décadas atrás, querer utilizar o tempo anterior à última causa interruptiva, vale o mesmo que pretender ressuscitar um defunto ou extrair substância do vácuo.

O insigne Ministro, no entanto, viria a modificar o seu posicionamento com a promulgação do Código que ficara incumbido de revisar, oportunidade em que passou a afirmar que o parágrafo único do art. 110, constante da redação original daquele diploma legal, havia sido redigido dessa maneira para que a prescrição nele determinada retroagisse à data da última causa interruptiva, sendo inadmissível que o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da denúncia, a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis, o início ou continuação do cumprimento da pena ou a reincidência tivessem o condão de interromper uma prescrição que, relacionada à pena imposta, já tivesse se consumado. Em outros dizeres, todas essas causas só interromperiam efetivamente a prescrição quando o período transcorrido fosse insuficiente para a prescrição relacionada à pena in concreto (PINTO, 1978, p. 370). Sendo suficiente o tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória, não haveria o que interromper (BRASIL, STF, MC 38.186).

A envolvente tese de Hungria, embora lhe tenha garantido opinião vencedora no Supremo Tribunal Federal, sempre esteve em franca antinomia com o conceito mesmo de interrupção, pois, como é sabido, antes da sentença final, a única prescrição que está a correr é a relacionada à pena cominada em abstrato, e, sobrevindo a causa interruptiva, o tempo anterior passa a ser um nada jurídico, recomeçando a prescrição a correr integralmente. Com o advento da sentença condenatória, ou o tempo decorrido do dia da última causa interruptiva é suficiente à prescrição da pena concretizada, ou é insuficiente; no primeiro caso, a prescrição deve ser declarada; no segundo, a prescrição, já então referida à pena em concreto, começa *ex novo et ex integro*, da data da sentença condenatória recorrível.

Ora, se a ação penal, antes de sua propositura não está prescrita, e se a denúncia interrompe a prescrição, obviamente, só daí por diante há de se contar a prescrição, em face da pena em concreto. É denotar-se, portanto, que jamais se poderia reconhecer como consumada anteriormente uma prescrição que foi interrompida (BRASIL, STF, RE 104.500), pois se a publicação da sentença recorrível é uma das causas interruptivas da prescrição, é lógico e evidente que, verificada a interrupção por esta última, todo o tempo anterior à sentença torna-se inaproveitável (BRASIL, STF, RE 9.809).

A propósito do tema, o ministro Luiz Gallotti acresceu as seguintes ponderações durante o julgamento do MC 42.618: o art. 117 n. IV, do Código Penal diz que a prescrição se interrompe pela sentença condenatória recorrível. Sentença condenatória recorrível é uma coisa que existe antes de se saber se defesa e acusação vão apelar. Assim, quando a defesa e quando o promotor deixa de apelar no prazo legal a prescrição já se interrompeu, conforme disposto no citado art. 117 n. IV. Interrompida, isso significa, como é elementar, que o prazo prescricional recomeça; que o prazo decorrido antes da sentença condenatória deixou de existir para efeito de prescrição, passou a ser um edifício completamente demolido, um nada, um vácuo, como demonstram, com imagens da maior eloquência que tenho como desnecessário reproduzir Manzini e Nelson Hungria (este, em conferência publicada em livro e feita logo após a promulgação do vigente código Penal de que foi o principal autor, quando sustentava a mesma opinião que defendo). Anos depois, ao julgar habeas corpus como desembargador, adotou a opinião oposta e a sustentou no Supremo Tribunal, nas longas discussões que tivemos. Nota-se que, num ramo do direito (o penal), em que a tendência natural de todos nós, seus discípulos, é concordar com o insigne Hungria, todos os mestres que escreveram livros sobre a matéria depois da nossa discussão, ficaram comigo. (BRASIL, STF, MC 42.618).

Seja como for, o fato é que o Congresso Nacional, no anseio de extirpar a prescrição retroativa de nosso ordenamento nos moldes propostos pelo PLC 1.383/2003, não se atentou para o fato de que o limite temporal da prescrição não se operava do oferecimento da denúncia, ou da queixa à data da consumação do crime, e sim de seu recebimento até aquele marco divisório, e, por conta disso, acabou estabelecendo, na nova redação do §1º do art. 110, uma causa interruptiva que, por inexistir no rol taxativo do art. 117 do Código Penal, pode acabar resultando ineficaz para os seus próprios propósitos. Outro não tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: o art. 110 do Código Penal não desconsidera o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa como causa interruptiva da prescrição (art. 117, I), de sorte que o prazo prescricional, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido; não pode iniciar-se antes da indicada causa interruptiva (BRASIL, STF, RE 99.797).

O descuido em questão, que permite que o prazo prescricional em tela corra a partir da data em que o representante do Ministério Público deveria apresentar a denúncia, e não da data em que esta foi efetivamente recebida, além de não encontrar amparo na lei, na doutrina e na jurisprudência, conflita com a literalidade do art. 117 do Código Penal, que, ao exprimir o seu comando, não faz alusão alguma à *atividade mais ou menos presta do órgão do Ministério Público ou do ofendido* (BRASIL, STF, RE 100.448), como causa interruptiva do lapso prescricional.

Na forma como se encontra redigido, o §1º do art. 110 pode, de fato, representar um óbice para que o cálculo da prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso tenha, por termo inicial, data anterior à da própria denúncia ou queixa, mas não impedirá que a jurisprudência continue se valendo do critério da contagem retroativa para seguir reconhecendo a prescrição pela pena concretizada na sentença, tomando como limites temporais os lapsos, que correm: a) da publicação da sentença condenatória de primeira instância até o recebimento da denúncia ou da queixa, nos casos de processo comum, e com sentença condenatória de primeira instância; b) da data da condenação pelo tribunal até a data do recebimento da denúncia ou da queixa, nos casos de absolvição em primeira instância e condenação no segundo grau de jurisdição; c) da data da publicação da sentença até a data da decisão confirmatória da pronúncia, nos processos de competência do júri, sendo a sentença deste condenatória; d) da publicação da sentença até a pronúncia, inexistindo decisão confirmatória de pronúncia; e, finalmente, e) da pronúncia ao recebimento da denúncia ou da queixa. Isso porque, diferentemente do que se vê consignado em sua ementa, a Lei n. 12.234, de 2010, não extinguiu totalmente a prescrição retroativa, mas tão somente a possibilidade de que esta seja operada entre a data do fato e a do, *rectius*, recebimento da denúncia ou queixa.

Com efeito, a redação original do PLC 1383/2003, de autoria do deputado federal Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), deslocava o termo inicial da contagem do prazo prescricional da data do fato para a data da publicação da sentença passada em julgado, erradicando por completo o cálculo retroativo da prescrição de nosso ordenamento. No entanto, uma emenda ao substitutivo do projeto de lei em questão, assinada pelo deputado federal Fernando Coruja (PPS-SC), fez ponderar se a inovação não faria com que o Estado; a despeito de sua ineficiência para o julgamento dos réus que processa, retirasse o benefício da prescrição da defesa; apoderando-se dela como dono do réu, não obstante a proposição modificada tivesse tido o cuidado de eliminar apenas a contagem retroativa do prazo prescricional preconizada por Nelson Hungria, tese esta que o Ministro Victor Nunes, nos autos do RHC 40.003, julgado aos 19 de julho de 1963, ampliou consideravelmente, a ponto de abranger também o lapso de tempo decorrido entre o dia em que o crime se consumou e o recebimento da denúncia ou queixa, e isso, muitos anos antes que o § 2º do art. 110 do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, dispusesse que a prescrição a que se refere o § 1º daquele dispositivo podia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Registre-se, a título de informação, que foi precisamente por causa dessa modificação que o legislador entendeu necessário operar a alteração que agora se vê no texto do inc. VI do art. 109, fixando, adicionalmente, o prazo de três anos como o mínimo para a ocorrência da prescrição, para fins de ampliar a eficácia da lei.

Nesse encadeamento, cumpre também assinalar que as modificações trazidas pela Lei n. 12.234/10 só deverão ser consideradas para os casos futuros, nos quais a fonte da extinta prescrição retroativa pela pena concretizada, vale dizer, o trânsito em julgado, para a acusação, da sentença condenatória, se der em sua vigência, excetuando-se desse regime, naturalmente, os crimes de caráter permanente que porventura tenham sido parcialmente praticados sob a égide da nova legislação, mais severa. Essa é a orientação de longa data da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também não admitia que se aplicasse a fatos pretéritos — e

em prejuízo do acusado — os §§ 1º e 2º, introduzidos pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, ao art. 110 do Código Penal, de modo a limitar o alcance da extinção da punibilidade, restringindo seu alcance tão somente à renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal. De fato, se o parágrafo único do art. 110 do Código Penal, com a redação anterior à mencionada Lei n. 6.416/77, autorizava o reconhecimento da prescrição da ação penal, não seria lícito que se operasse a retroação do § 2º do referido artigo — com a redação da época — visto que o diploma subsequente havia limitado — exatamente como agora o faz a Lei n. 12.234/10 — o alcance da extinção da punibilidade.

Por último, a alteração legislativa surge como uma boa oportunidade para que se possa rebater entendimento atualmente sufragado pela doutrina e jurisprudência, no sentido de que a prescrição retroativa é inerente à pretensão punitiva (BRASIL, STF, EXT 731), haja vista que a prescrição da pretensão executória também pode ser retroativamente apurada, como ocorre, exemplificativamente, nos casos em que o apelo da defesa versa, tão somente, sobre o quantitativo da pena. Inexistindo trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa justifica-se o entendimento de ocorrer, aí sim, a prescrição da pretensão punitiva, sendo despiciendo afirmar o contrário quando a apelação versa sobre o mérito da condenação (BRASIL, STF, RE 104.500).

Outrossim, resulta desprovido de sentido afirmar-se que a prescrição pela pena em concreto, seja ou não retroativa, só pode ser prescrição da pretensão punitiva (FRAGOSO, 1995, p. 409). Vejamos, senão, o que dispõe a primeira parte do § 1º do art. 110 do Código Penal, inalterada pela Lei n. 12.234/10: *A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.* Ora, parece-nos evidente que, depois de passado em julgado o mérito da sentença condenatória — e não o montante da pena — não seja mais possível atacar a pretensão punitiva — porque esta já terá, por imperativo lógico, ocorrido — mas tão somente a pretensão executória da pena. Nesse diapasão, percebe-se, claramente que não se pode reconhecer como consumada anteriormente uma prescrição que já foi interrompida.

Em suma: a prescrição a que se refere o § 1º do art. 110 do Código Penal, com a redação da Lei n. 12.234/10, dirá respeito à prescrição da pretensão punitiva quando a apelação do acusado versar sobre o mérito propriamente dito da condenação; dar-se-á, entretanto, a prescrição da pretensão executória do Estado nos casos em que o apelo da defesa versar tão somente, sobre o montante da pena, ou, ainda, restar improvido o seu recurso. Os efeitos de uma e de outra serão significativamente sentidos: enquanto a primeira não implica responsabilidade ou culpabilidade do agente, antecedentes, nem gera eventual reincidência; a segunda, diferentemente, faz persistir os efeitos acessórios da decisão infligida ao condenado: obrigação de reparar o dano, interdição de direitos, reincidência, dentre outros. Desnecessário dizer que, em ambos os casos, pressupõe-se a impossibilidade de *reformatio in pejus*, isto é, o trânsito em julgado para o órgão acusador.

#### Evolução da prescrição retroativa na legislação brasileira

Decreto-lei n. 2.848, de 1940	Lei n. 6.416, de 1977	Lei n. 7.209, de 1984	Lei n. 12.234, de 2010
-------------------------------	-----------------------	-----------------------	------------------------

<p>Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.</p>	<p>Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente,</p>	<p>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 n. 7209, de 11.7.1984)</p>	<p>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.</p>
<p>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.</p>	<p>§ 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. (Renumerado do parágrafo único pela Lei n. 6.416, de 1977)</p>	<p>§ 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 n. 7.209, de 11.7.1984)</p>	<p>§ 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 5.5.2010)</p>
	<p>§ 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. (Incluído pela Lei n. 6.416, de 1977)</p>	<p>§ 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 n. 7.209, de 11.7.1984)</p>	<p>§ 2º (Revogado).</p>

