

Breves considerações sobre a Lei 12.234, de 5 de maio de 2010

Aldo de Campos Costa*

Com a edição da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, desaparece de nosso ordenamento o controverso 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*, combinada 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*¹ 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 suficientes 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*². 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 condenatórios 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*³. Sendo suficiente o tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória, não haveria o que interromper⁴.

A envolvente tese de Hungria, embora tenha lhe 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, sobrevivendo a causa interruptiva, o tempo anterior passa a ser um nada jurídico, recomeçando a prescrição a correr integralmente⁵. 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 que se contar a prescrição, em face da pena em concreto. É de notar-se, portanto, que jamais se poderia reconhecer como consumada anteriormente uma prescrição que foi interrompida⁶,

*Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha), graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, e pós-graduado em Direito Penal pelas Universidades de Buenos Aires (Argentina) e Valência (Espanha). Foi pesquisador visitante no "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" em Freiburg im Breisgau (Alemanha).

¹FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, 15ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 408, 1995.

²Revista Forense, v. 78, p. 589.

³PINTO, Aloysio de Carvalho Pinto. *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 4, p. 370, 1978.

⁴STF HC 38.186, Nelson Hungria, DJ 30/01/1961.

⁵Nesse sentido, o Ministro Rodrigues Alckmin: "Se a prescrição é a perda da pretensão, como iria o juiz satisfazer previamente a pretensão punitiva e fixar uma pena; como iria declarar que o réu é culpado e impor ao réu uma condenação, e depois de atender a essa pretensão punitiva, dizer que, porque atendeu à pretensão punitiva e porque, em a atendendo, fixou uma pena, o Estado não tinha a pretensão punitiva, e a ação estava prescrita? Foi o que eu disse que parecia o *simul esse et non esse*: ao mesmo tempo em que o juiz, na sentença, satisfaz a pretensão punitiva; com base na satisfação da pretensão que, portanto, reconhece válida e procedente, declara que a pretensão não existia, por causa do tempo decorrido (RTJ 81/36).

⁶STF RE 104.500, Néri da Silveira, DJ. 23/03/1985.

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 inaproveitável⁷.

A propósito do tema, o Ministro Luiz Gallotti acresceu as seguintes ponderações durante o julgamento do HC 42.618:

o art. 117, 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 deixam de apelar no prazo legal, a prescrição já se interrompeu, conforme disposto no citado art. 117, 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.

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 recebimento⁸ 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 (RE 99.797, Soares Muñoz, DJ 06.05.1983).

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 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”⁹ 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 queixa¹⁰. Isso porque, diferentemente

⁷ STF RE 9.809, Goulart de Oliveira, julgado em 20/11/1945.

⁸ Nesse sentido: STF HC 68.259, Marco Aurélio, DJ 05/10/1990. Quanto à problemática do momento em que se dá o recebimento da denúncia a partir da Lei 11.719/2009, vide o STJ HC 119.226, Felix Fischer, DJ 28/09/2009: “A Lei 11.719/08, como consabido, reformou o CPP, mas também instaurou, na doutrina, polêmica a respeito do momento em que se dá o recebimento da denúncia oferecida pelo MP, isso porque tanto o art. 396 quanto o art. 399 daquele *codex* fazem menção àquele ato processual. Contudo, melhor se mostra a corrente doutrinária majoritária no sentido de considerar como adequado ao recebimento da denúncia o momento previsto no citado art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado”.

⁹ STF RE 100.448, Decio Miranda, DJ 25/11/1983.

¹⁰ O acórdão confirmatório de condenação, conquanto constitua hoje marco interruptivo da prescrição, não só em virtude da Lei 11.596/2007, como consoante entendimento que já vinha sendo esposado pelos Tribunais Superiores, só atua assim quando se contrapõe a uma sentença absolutória de primeiro grau, ou

do que se vê consignado em sua ementa, a Lei 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, retir[asse] o benefício da prescrição da defesa, apoderando-se dela como dono do réu*¹¹, 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, mandado acrescentar pela Lei 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 modificação 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 lei¹².

Nesse encadeamento, cumpre também assinalar que as modificações trazidas pela Lei 12.234/2010 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 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*¹³. De fato, se o parágrafo único do art. 110 do Código Penal, com a redação anterior à mencionada Lei 6.416/1977 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 – posto que o diploma subsequente havia limitado – exatamente como agora o faz a Lei 12.234/2010 – 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* (STF EXT 731, Marco Aurélio, DJ 23/04/1999), 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 despicando afirmar o contrário quando a apelação versa sobre o mérito da condenação (STF RE 104.500, Néri da Silveira, 23/05/1985). 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*¹⁴. Vejamos, senão, o que dispõe a primeira parte do § 1º do art. 110 do Código Penal, inalterada pela Lei 12.234/2010: *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,

quando modifica o título da condenação alterando a pena de modo considerável. Se tão somente confirmar a condenação, sem alterá-la, não constitui novo marco condenatório interruptivo da prescrição. Nesse sentido o STJ HC 111.502, Jane Silva, DJ 10/11/2008.

¹¹ Emenda de Plenário 4 ao Substitutivo do PLC 1.383, de 2004.

¹² Emenda de Plenário 6 ao Substitutivo do PLC 1.383, de 2004.

¹³ Nesse sentido o STF RE 101.560, Soares Muñoz, DJ 30/03/1984, e, *mutatis mutandis*, o STF RE 101.980, Alfredo Buzaid, DJ 18.05.1984.

¹⁴ Fragoso, *Lições*, p. 409.

Tópicos Jurídicos – Aldo de Campos Costa

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 12.234/2010, 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.

Decreto-Lei 2.848, de 1940	Lei 6.416, de 1977	Lei 7.209, de 1984	Lei 12.234, de 2010
Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena <i>imposta</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena <i>imposta</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena <i>aplicada</i> 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 7.209, de 11.07.1984)	Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena <i>aplicada</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória <i>de que somente o réu tenha recorrido</i> , regula-se também pela pena <i>imposta</i> e verifica-se nos mesmos prazos.	§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória <i>com trânsito em julgado para a acusação</i> , regula-se, também, pela pena <i>aplicada</i> e verifica-se nos mesmos prazos. (Renumerado do parágrafo único pela Lei 6.416, de 1977)	§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória <i>com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso</i> , regula-se pela pena <i>aplicada</i> . (Redação dada pela Lei 7.209, de 11/7/1984)	§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória <i>com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso</i> , regula-se pela pena <i>aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa</i> (Redação dada pela Lei 12.234, de 05/05/2010)
	§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, <i>não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia</i> . (Incluído pela Lei 6.416, de 1977)	§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, <i>pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa</i> . (Redação dada pela Lei 7.209, de 11/07/1984)	§ 2º (Revogado).