

# SOBRE A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO APÓS A LEI N. 12.234/2010

Raul Carneiro Nepomuceno<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata das alterações produzidas no Código Penal brasileiro pela Lei n. 12.234/2010, analisando especialmente a alegada exclusão da prescrição retroativa de nosso ordenamento jurídico. O art. 1º da referida lei declarou o fim da prescrição retroativa no Direito Penal brasileiro, o que causou certa euforia na imprensa e na comunidade em geral, no entanto este trabalho demonstra que houve apenas uma restrição ao referido instituto, sem a supressão total da possibilidade de aplicar um prazo prescricional retroativamente. Além de enfrentar essa questão principal, e tendo em vista que a prescrição penal é um tema considerado muito específico, praticamente desconhecido daqueles que não lidam com o Direito Penal no cotidiano, o texto também faz uma rápida explicação acerca das várias espécies de prescrição, para que o leitor possa se situar adequadamente no contexto da discussão proposta.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito penal; prescrição; prescrição retroativa.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 5 de maio de 2010 foi publicada a Lei n. 12.234, que alterou algumas regras do Código Penal concernentes à prescrição. E logo no seu artigo 1º, a referida lei anuncia:

Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **para excluir a prescrição retroativa.**” (grifo não consta no original)

O mencionado diploma legal foi recebido com alguma euforia por veículos de comunicação, que chegaram a anunciar o fim da prescrição retroativa.

Mas terá sido mesmo abolida a prescrição retroativa?

O que pode parecer uma pergunta sem qualquer fundamento, talvez leviana, diante da clareza do art. 1º da referida lei, torna-se uma questão problemática se analisarmos cuidadosamente a nova redação dada pela Lei n. 12.234/10 ao § 1º do art. 110 do Código Penal e estabelecermos uma comparação com a redação anterior.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Assistente de Direito Penal da Universidade Federal do Ceará (UFC). raulnepomuceno@ufc.br

Pois este é o objetivo do presente trabalho, a saber, analisar se a alteração produzida no Código Penal pela Lei n. 12.234/10 realmente excluiu do nosso ordenamento jurídico a prescrição retroativa.

No entanto, antes de tratar do assunto propriamente dito, faz-se necessária uma análise geral, embora resumida, acerca da prescrição penal e de suas espécies, para somente em seguida discorrer sobre a questão da prescrição retroativa e sua exclusão.

## 2 CONCEITO DE PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL

Na definição simples e impecável de Magalhães Noronha, prescrição penal é a “perda do direito de punir pelo decurso do tempo”<sup>2</sup>. Em palavras um pouco mais minuciosas, trata-se do desaparecimento da possibilidade jurídica de punir alguém que praticou um crime ou uma contravenção penal, seja pela demora na conclusão do processo, com trânsito em julgado da condenação, seja pela demora na execução da pena. Com a ocorrência da prescrição fica extinta a punibilidade (CP, art. 107, IV), o que significa que a infração penal não pode mais ser punida.

Não cabe aqui, neste trabalho, investigar os fundamentos da prescrição como causa extintiva da punibilidade, tampouco questionar se a prescrição é ou não é uma solução adequada para o problema da demora na prestação jurisdicional na esfera penal, inclusive em face do recém-surgido direito fundamental à razoável duração do processo, pois tal análise fugiria dos objetivos inicialmente traçados. Mas é suficiente e necessário lembrar que, em geral, os ordenamentos jurídicos contemporâneos determinam que a possibilidade de processar e punir alguém que praticou uma infração penal não pode ficar *ad eternum* pendente, sem ser resolvida, razão pela qual há que ser estabelecido um prazo para que o infrator seja processado e punido pelo ilícito cometido.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> NORONHA, Edgar Magalhães, Direito Penal, vol. I, 31. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 347.

<sup>3</sup> Ressalva-se apenas os crimes que o próprio ordenamento jurídico considera *imprescritíveis*, que no Brasil são: o racismo (art. 3º a art. 14 e art. 20 da Lei n. 7.7116/89) e as ações praticadas por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 17 e art. 18 da Lei n. 7. 710/83), conforme determinação do art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição da Repúbli-

### 3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL

Importa saber que há, em princípio, dois tipos de prescrição: (1) a prescrição da *pretensão punitiva* e (2) a prescrição da *pretensão executória*.

A prescrição da *pretensão punitiva* ocorre pela demora em concluir o processo, ou seja, pela demora em processar e condenar, com trânsito em julgado, o indivíduo que praticou uma infração penal. Pode também ser chamada de “prescrição do processo”. Já a prescrição da *pretensão executória* ocorre pela demora em fazer o indivíduo já definitivamente condenado cumprir a pena aplicada. É também conhecida como “prescrição da pena”.

Pode-se dizer, então, que o Estado tem *dois* prazos para punir um infrator da lei penal: um primeiro prazo para investigar a infração penal e processar o culpado, inclusive julgando todos os recursos (prazo para satisfazer a *pretensão punitiva*) e um segundo prazo para fazer com que a pena aplicada em sentença condenatória irrecorrível seja executada (prazo para satisfazer a *pretensão executória*). O prazo para satisfazer a pretensão punitiva normalmente começa a contar do dia em que o crime se consumou<sup>4</sup>, ao passo que o prazo para satisfazer a pretensão executória começa a contar do dia do trânsito em julgado da condenação.

Assim, se a demora na investigação e/ou no processo extrapolar o primeiro prazo, ocorre a prescrição da *pretensão punitiva* (ou “prescrição do processo”). Mas mesmo concluído o processo e condenado definitivamente o autor da infração penal dentro do primeiro prazo ainda pode ocorrer a prescrição, se houver demora na execução da pena aplicada; esta é a prescrição da *pretensão executória* (ou “prescrição da pena”). Com o trânsito em julgado da condenação, respeitado o primeiro prazo, está satisfeita a

---

ca. Mas não resta dúvida de que a regra é a sujeição a prazos prescricionais; a imprescritibilidade é exceção.

<sup>4</sup> Assim acontece mais frequentemente, mas há algumas situações em que o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva não é o dia da consumação do crime. No caso de um crime tentando, em que não há consumação, a prescrição começa a correr do dia da prática do último ato executório; nos crimes permanentes a prescrição da pretensão punitiva começa a contar do dia em que cessa a permanência; e nos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a prescrição do processo inicia a contar da data em que o fato se tornou conhecido (CP, art. 111).

pretensão punitiva, mas inicia a contagem do segundo prazo, para que seja satisfeita a pretensão executória.

Estes prazos variam, dependendo do crime praticado; há crimes que prescrevem em 20 anos, há crimes que prescrevem em 16 anos, há crimes que prescrevem em 12 anos, há crimes que prescrevem em 8 anos, há crimes que prescrevem em 4 anos e há crimes que prescrevem em 3 anos. No item seguinte trata-se de como se identifica o prazo prescricional de um ilícito penal.

É preciso lembrar, ainda, que estes dois prazos não transcorrem livremente, pois há várias causas de *interrupção* e *suspensão* dos prazos prescricionais (CP, art. 116 e art. 117). Enquanto uma causa suspensiva estiver configurada não transcorre nem o prazo da prescrição da pretensão punitiva nem o prazo da prescrição da pretensão executória. Ficam parados. E sempre que ocorrer uma das causas interruptivas o prazo é reiniciado do zero, o que pode ocorrer tanto no prazo da pretensão punitiva quanto no prazo da pretensão executória. Para a realização dos objetivos deste trabalho é importante indicar apenas as causas de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, a saber: (1') o recebimento da denúncia ou da queixa, (2') a pronúncia, (3') a decisão confirmatória da pronúncia e (4') a publicação de sentença ou acórdão condenatório recorríveis.

Conforme esclarecido anteriormente, o primeiro prazo (da prescrição da pretensão punitiva) começa a transcorrer do dia em que o crime se consumou e vai sendo interrompido, diante da ocorrência de um destes eventos, reiniciando em seguida do zero. Deste modo, recebida a denúncia, o tempo transcorrido entre o dia em que o crime se consumou e o recebimento da denúncia é desconsiderado. O prazo é interrompido (zerado) e reinicia no dia seguinte. O mesmo ocorre quando o réu é pronunciado; o tempo transcorrido entre o dia do recebimento da denúncia e o dia da pronúncia é desconsiderado. O prazo é novamente interrompido (zerado) e reinicia no dia seguinte. Semelhantemente, o prazo é interrompido (zerado) pela decisão que confirma a pronúncia (no caso de ter havido recurso da defesa contra a sentença de pronúncia) e por cada decisão condenatória recorrível, reiniciando a contagem no dia seguinte.

## 4 A IDENTIFICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PUNITIVA

Para saber se uma infração penal ainda não definitivamente julgada prescreveu (e se não prescreveu, quando vai prescrever) é necessário percorrer quatro passos. Vejamos.

### 4.1 Primeiro passo: identificar a pena máxima (abstrata) do crime

Todo crime tem uma pena mínima e uma pena máxima abstratamente cominadas. A base de cálculo para identificação do prazo prescricional é a *pena máxima* prevista para o respectivo crime.

Se estiver presente alguma circunstância qualificadora, deve ser considerada a pena máxima da forma qualificada. Só para ilustrar, a pena máxima do furto simples é de 4 (quatro) anos, ao passo que a pena máxima para o furto qualificado é de 8 (oito) anos. Assim, se o furto for praticado com o rompimento de obstáculo à subtração da coisa ou com a utilização de chave falsa, que são exemplos de furtos qualificados, a pena máxima a ser considerada é de 8 (oito) anos, e não de 4 (quatro) anos.

Também devem ser consideradas as circunstâncias majorantes (causas de aumento) e minorantes (causas de diminuição) presentes do caso concreto. Se houve majorante, deve-se considerar a pena máxima do crime e aumentar o *máximo possível* previsto pela majorante. Se o crime for de roubo com o emprego de arma, por exemplo, a pena máxima (10 anos, no roubo simples) deve ser aumentada da metade (máximo possível do aumento previsto pelo emprego de arma no art. 157, §2, I, CP, que é de um terço à metade). A pena máxima para o roubo com emprego de arma é, portanto, de 15 (quinze) anos (dez anos + metade de dez = quinze anos).

As atenuantes e agravantes devem ser desprezadas, primeiro porque não interferem nos limites mínimo e máximo da pena abstratamente considerada, segundo porque a lei não indica abstratamente o *quantum* a ser agravado ou atenuado.

Vale lembrar que no caso de concurso de crimes – seja o concurso formal, material ou continuidade delitiva – o cálculo da prescrição de cada crime deverá ser realizado separadamente (art. 119, CP). Não se considera,

portanto, a soma das penas (concurso material e concurso formal impróprio) nem se considera acréscimos de exasperação (concurso formal próprio ou continuidade delitiva), mas a pena máxima de cada crime isoladamente considerado.

#### 4.2 Segundo passo: a “tabela” do art. 109 do Código Penal

O art. 109 do Código Penal traz uma espécie tabela contendo os prazos prescricionais, indicados a partir da pena máxima dos crimes. Se a pena máxima for superior a doze anos, o crime prescreve em vinte anos (inciso I). Se a pena máxima for superior a oito anos, mas não ultrapassar doze anos, o crime prescreve em dezesseis anos (inciso II). Se a pena máxima for superior a quatro anos, mas não exceder a oito anos, o crime prescreve em doze anos (inciso III). Se a pena máxima for superior a dois anos, mas não ultrapassar quatro anos, o crime prescreve em oito anos (inciso IV). Se a pena máxima for superior a um ano, mas não exceder a dois anos, o crime prescreve em quatro anos (inciso V). Se a pena máxima for inferior a um ano, o crime prescreve em três anos (inciso VI)<sup>5</sup>.

Então, a tabela fica da seguinte forma:

<b>PENA MÁXIMA</b>	<b>PRAZO PRESCRICIONAL</b>
Pena máxima acima de 12 anos	20 anos
Pena máxima acima de 8 anos, até 12 anos	16 anos
Pena máxima acima de 4 anos, até 8 anos	12 anos
Pena máxima acima de 2 anos, até 4 anos	8 anos
Pena máxima acima de 1 ano, até 2 anos	4 anos
Pena máxima inferior a 1 ano	3 anos

#### 4.3 Terceiro passo: verificar a idade do agente

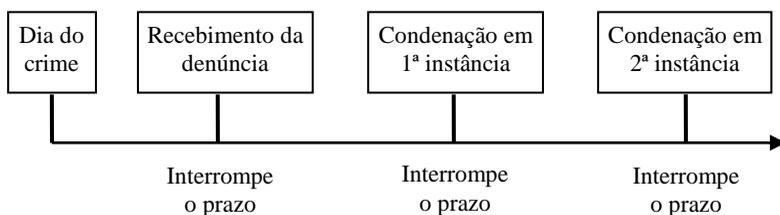
A lei penal determina que o prazo prescricional seja reduzido pela metade em dois casos: (1) quando o agente, na época do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos de idade e (2) quando o agente, na época da sentença, tem mais de 70 (setenta) anos de idade (art. 115, CP). Deste modo, caso o

<sup>5</sup> No texto original do Código Penal, o menor prazo prescricional era de *dois anos*, para crimes cuja pena máxima fosse inferior a um ano. No entanto, a Lei n. 12.234/2010 alterou o inciso VI do art. 109, estabelecendo prazo prescricional de *três anos* para crimes cuja pena máxima não ultrapassar um ano.

agente se encontre em qualquer uma das duas situações indicadas, o prazo prescricional identificado na tabela do art. 109 do Código Penal deve ser reduzido pela metade.

#### 4.4. Quarto passo: causas de interrupção e causas de suspensão

Por fim, faz-se necessário verificar se houve alguma causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva (art. 117, incisos I a IV, CP), pois se houve, a prescrição foi interrompida e seu prazo começou a contar do zero no dia seguinte. Também é preciso saber se o prazo prescricional não ficou suspenso durante algum período (art. 116, CP<sup>6</sup>).



Segue uma ilustração:

## 5 A IDENTIFICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

A prescrição, depois do trânsito em julgado da condenação, segue os mesmos passos acima referidos para a identificação do prazo prescricional da pretensão executória, com apenas duas diferenças:

---

<sup>6</sup> Além das causas de suspensão do prazo prescricional indicadas no art. 116 do Código Penal, há outras situações, encontradas em outros dispositivos do ordenamento jurídico, em que o referido prazo fica igualmente suspenso. É o caso do parcelamento do crédito tributário, nos crimes contra a ordem tributária, que ocasiona a suspensão do prazo prescricional enquanto o indivíduo estiver inscrito no programa de recuperação fiscal (Lei n. 10.684/03, art. 9º, §1º), bem como o caso do réu que, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, fazendo com que fiquem suspensos o processo e o prazo prescricional (art. 366, CPP) e, apenas para dar mais um exemplo, o caso do acusado que aceita a suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, fazendo com que não corra o prazo prescricional enquanto durar a suspensão do processo (art. 89, §6º, da Lei n. 9.099/95).

## **5.1 A base de cálculo é a pena aplicada na sentença, e não a pena máxima abstrata**

Em vez de ser considerada a pena máxima abstrata como referencial, aqui a base de cálculo da prescrição é a pena aplicada na sentença condenatória (pena concreta). De fato, não faz sentido nenhum calcular um prazo prescricional com base numa pena abstratamente cominada se há uma pena concreta e específica para um determinado crime.

Assim, no primeiro passo (3.1), deve ser considerada a pena aplicada, já incluídas as respectivas qualificadoras, atenuantes, agravantes, majorantes e minorantes, já consideradas na aplicação da pena. No caso de concurso de crimes, a prescrição de cada delito deve também ser calculada separadamente, desprezando-se o valor somado das penas no caso de concurso material e concurso formal impróprio e desprezando-se também acréscimos decorrentes de concurso formal próprio e de continuidade delitiva.

A mesma tabela do art. 109 serve para definir o prazo prescricional da pretensão executória, sendo necessário apenas substituir a expressão “pena máxima” por “pena aplicada”.

## **5.2 Acréscimo no prazo prescricional se o condenado for reincidente**

O prazo prescricional da pretensão executória deverá ser aumentado em um terço (1/3) caso o condenado seja considerado reincidente pela sentença condenatória transitada em julgado (art. 110, *caput*, parte final, CP). Esse acréscimo, no entanto, vale apenas para a prescrição da pretensão executória, e não interfere no prazo da prescrição da pretensão punitiva (súmula n. 220 do STJ).

## **6 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (OU SUPERVENIENTE)**

Nas duas espécies principais de prescrição acima mencionadas há duas situações distintas: (1) um caso em que ainda não houve sentença condenatória com trânsito em julgado e (2) um caso em que já houve sentença condenatória com trânsito em julgado. No primeiro caso, fala-se em prazo para a prescrição da pretensão punitiva, calculado com base na pena máxima

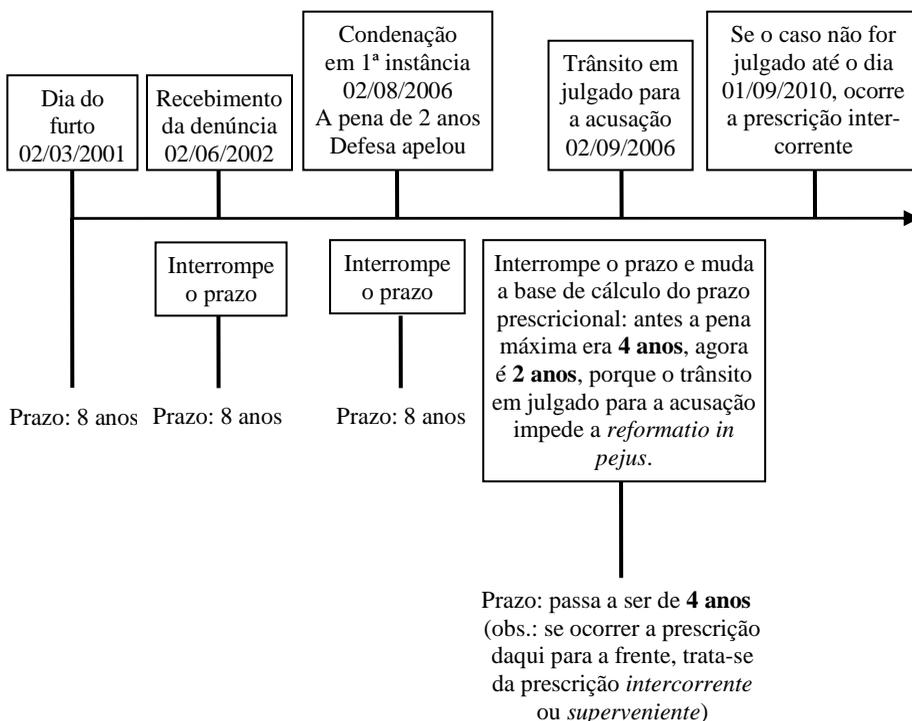
abstrata. No segundo caso, fala-se em prazo para a prescrição da pretensão executória, calculado com base na pena concretamente aplicada.

No entanto, há ainda outra possibilidade de prescrição e para compreendê-la faz-se necessário um pequeno exercício de abstração: imagine que o réu tenha sido condenado em primeira instância e imagine que apenas a defesa recorreu da condenação, ocorrendo o trânsito em julgado *para a acusação*. Diante dessa hipótese, pode-se dizer com segurança que a situação do réu não pode piorar. Em outras palavras, a vedação à *reformatio in pejus* faz com que a pena *aplicada* na sentença de primeira instância tenha se tornado, naquele caso, a pena *máxima*. Isto porque a referida pena não poderá ser aumentada, se apenas recurso da defesa está pendente de apreciação. Sendo assim, por que não se refaz o cálculo do prazo prescricional, utilizando como referencial a pena aplicada (embora não definitiva, mas que, naquele caso, tornou-se a pena máxima, pois não pode piorar), em vez de utilizar a pena máxima abstrata?

Um exemplo pode ser muito útil.

Digamos que um indivíduo de 30 anos de idade seja acusado de ter praticado um furto simples (art. 155, *caput*, CP) em março de 2001. Pena máxima do furto simples: 4 (quatro anos). Prazo da prescrição da pretensão punitiva, segundo o art. 109 do Código Penal: 8 (oito) anos. Se nada acontecesse no sentido de punir o crime de furto, esse delito prescreveria em março de 2009. Imagine, todavia, que houve inquérito policial e que o Ministério Público ofereceu denúncia, que foi recebida em junho de 2002. Quando a denúncia foi recebida já havia se passado mais de um ano, mas o crime não havia prescrito. E com o recebimento da denúncia o prazo foi interrompido (art. 117, I, CP). O prazo recomeçou a contar no dia seguinte ao recebimento da denúncia, do zero, de modo que, agora, com o recebimento da denúncia, o crime só prescreveria em junho de 2010. A instrução criminal seguiu seu curso normal e em agosto de 2006 o acusado foi condenado em primeira instância, sendo-lhe aplicada a pena de 2 (dois) anos de reclusão. O prazo prescricional foi novamente interrompido com a publicação da sentença condenatória recorrível (art. 117, IV, CP) e recomeçou do zero no dia seguinte. Agora o crime só prescreveria em agosto de 2014. Mas imagine

que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, seja porque não houve recuso da acusação em setembro de 2006, seja porque seu recurso já foi julgado improvido. Mesmo que a defesa tenha recorrido, impedindo o trânsito em julgado da condenação, a pena de 2 (dois) anos não poderá mais ser aumentada. A pena aplicada, neste caso, se tornou a pena máxima. Para o cálculo da prescrição, por que continuar trabalhando com a pena máxima abstrata (4 anos), em vez de utilizar como referencial a pena aplicada (2 anos), que é a pena máxima para este caso? Se assim for feito, o prazo prescricional que antes era de 8 (oito) anos cairá para 4 (quatro) anos,



de modo que o réu não terá mais que esperar até 2014 para que haja a prescrição do processo. O crime já prescreveu em setembro de 2010.

Eis uma representação gráfica do caso:

Esta é a prescrição chamada de *intercorrente* ou *superveniente*, calculada não com base na pena máxima abstrata, mas com base na pena *aplicada*, desde que tenha ocorrido trânsito em julgado para a acusação, que era (e continua sendo) prevista no art. 110, § 1º, do Código Penal, que tinha a seguinte redação até 5 de maio de 2010:

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.

É preciso esclarecer que o que importa para a verificação da prescrição intercorrente é que tenha havido o trânsito em julgado *para a acusação*, o que significa, em termos práticos, que a pena não poderá mais aumentar. Pouco importa se a defesa recorreu ou não; no exemplo fornecido acima a defesa recorreu, mas não é necessário que isso ocorra. Foi apenas para ficar mais fácil a compreensão.

## 7 A PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Prescrição retroativa é a prescrição ocorrida entre a data da consumação do crime e o trânsito em julgado para acusação, utilizando-se retroativamente o prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação.

No geral, a prescrição retroativa tem os mesmos pressupostos e as mesmas características da prescrição intercorrente; a diferença é que a *prescrição intercorrente* verifica-se do trânsito em julgado para a acusação *para a frente*, enquanto não há o julgamento do recurso da defesa, por exemplo, ao passo que a prescrição retroativa verifica-se do trânsito em julgado para a acusação *para trás*.

Sejamos mais claros.

Ocorre que até o trânsito em julgado para a acusação o cálculo da prescrição é realizado a partir da *pena máxima abstrata*, mas quando a sentença condenatória transita em julgado para a acusação a *pena aplicada* se torna a referência para o cálculo do prazo prescricional, uma vez que a pena aplicada tornou-se, para aquele caso, a pena máxima (por conta da vedação à *reformatio in pejus*). E, ao menos normalmente, a pena *aplicada* é inferior à pena *máxima*, razão pela qual o prazo prescricional depois do trânsito em

julgado para a acusação é normalmente menor que o prazo calculado com base na pena máxima abstrata. O prazo normalmente muda para menos, como no exemplo fornecido acima, em que, com o trânsito em julgado, o prazo prescricional caiu de 8 (oito) anos para 4 (quatro) anos.

Vimos no item anterior que esse novo prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação será o novo prazo dali em diante. E é aqui que entra a prescrição retroativa: por que não pegar esse novo prazo prescricional, que agora é o prazo prescricional daquele crime, concretamente, e fazer esse prazo retroagir, refazendo todo o caminho (do crime ao recebimento da denúncia, do recebimento da denúncia à sentença de pronúncia, da pronúncia à publicação da sentença condenatória de primeira instância etc.), mas agora tendo em vista o novo prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação? Pois esse regresso ao início, até o dia da consumação do crime, com a utilização do prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a condenação, é o que se chamava, pelo menos até maio de 2010, de *prescrição retroativa*.

Voltemos ao exemplo utilizado anteriormente.

O indivíduo cometeu o crime de furto simples em março de 2001. Pena máxima do furto simples: 4 (quatro anos). Prazo da prescrição da pretensão punitiva, segundo o art. 109 do Código Penal: 8 (oito) anos. A denúncia foi recebida em junho de 2002, e o processo seguiu seu curso normal, sem prescrição, até a sentença condenatória de primeira instância, publicada em agosto de 2006. O acusado foi condenado a uma pena de 2 (dois) anos de reclusão. Com o trânsito em julgado para acusação, vimos que o prazo prescricional, que inicialmente era de 8 (oito) anos, caiu para 4 (quatro) anos. Daquele ponto em diante trabalhamos com o novo prazo de 4 (quatro) anos, e concluímos que o crime prescreveu em agosto de 2010. Mas acontece que, antes de seguir adiante, utilizando o novo prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação, é preciso voltar no tempo, até o início de tudo, e refazer todo o caminho com o novo prazo prescricional (que, no exemplo, é de 4 anos). Se fizermos isso, se voltarmos ao dia da consumação do crime e começarmos tudo de novo, utilizando o prazo de 4 (quatro) anos, iremos verificar que o crime já prescreveu em junho de 2006, pois entre o

recebimento da denúncia (junho de 2002) e a sentença de primeira instância (agosto de 2006) se passaram mais de 4 (quatro) anos. Na primeira passagem por esses momentos processuais não ocorreu a prescrição porque o prazo prescricional era, inicialmente, 8 (oito) anos, pois era calculado com base na pena máxima abstrata. Mas agora, depois do trânsito em julgado para a acusação, a pena aplicada tornou-se o referencial e surgiu um novo prazo prescricional de 4 (quatro) anos. Quando reiniciamos o caminho, desde a consumação do crime, verificamos que entre o recebimento da denúncia e a condenação em primeira instância o crime prescreveu. Prescreveu retroativamente, pois tivemos que voltar no tempo. O acusado nem teria que esperar até agosto de 2010, pois o crime já estava prescrito em junho de 2006.

Assim, em resumo, quando houver o trânsito em julgado para acusação, normalmente surge um novo prazo prescricional, calculado com base na pena aplicada. Antes de seguir adiante, é necessário regressar até o início de tudo, até a consumação do crime, e refazer todo o caminho processual, utilizando o novo prazo prescricional. Se entre o crime e a primeira causa de interrupção (recebimento da denúncia), ou se entre uma causa de interrupção e outra, tiver decorrido o tempo correspondente ao novo prazo prescricional, o crime está prescrito retroativamente.

Aqui uma representação gráfica do caso:

Então, antes de pensar em *prescrição intercorrente* (do trânsito em julgado para a acusação *para frente*), seria necessário verificar retroativamente se o crime já não estava prescrito (do trânsito em julgado para a acusação *para trás*, mas agora com o novo prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação).

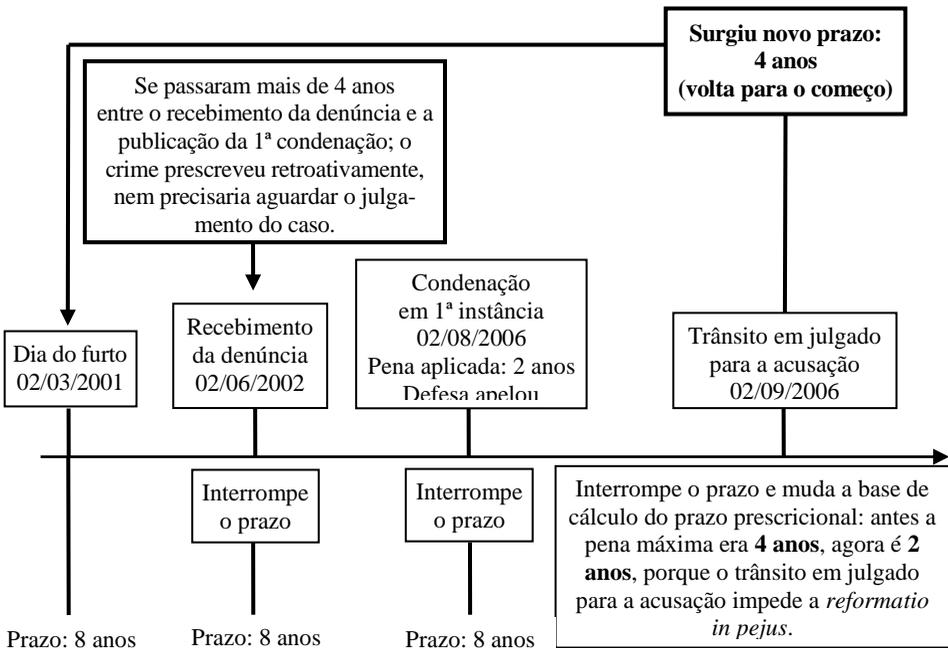
Isso tudo estava bem delineado no antigo §2º do art. 110 do Código Penal, que tinha a seguinte redação até 5 de maio de 2010:

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

Mas vejamos agora o que mudou com a lei n. 12.234 de 5 de maio de 2010. Será que a prescrição retroativa realmente acabou?

## 8 O QUE MUDOU COM A LEI N. 12.234/10?

Como dissemos na introdução, a lei n. 12.234/10 trouxe algumas alterações nas regras sobre prescrição penal, e a modificação que a referida lei



estabeleceu no art. 110 do Código Penal tinha pretensão declarada de abolir a prescrição retroativa. Vejamos agora se isso realmente ocorreu.

Primeiro vamos comparar o texto do §1º e do §2º do art. 110 do Código Penal antes e depois da alteração trazida pela lei n. 11.234/10:

	<b>ANTES DA LEI N. 12.234</b>	<b>DEPOIS DA LEI N. 12.234</b>
§1º do art. 110	“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.”	“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, <b>não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa</b> ”. (grifo nosso)
§2º do art. 110	“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.”	Revogado.

Percebe-se, então, que o art. 110 do Código Penal tinha, até maio de 2010, dois parágrafos: o § 1º, que dispunha sobre a prescrição intercorrente ou superveniente, e o § 2º que tratava da prescrição retroativa. A lei n. 10.234/10 suprimiu o §2º, e embora o art. 110 agora possua apenas um parágrafo, este não foi chamado de “parágrafo único”, mas ficou como § 1º mesmo. Coisas do legislador brasileiro... O §1º continuou com o seu texto anterior, mas com uma sutil inclusão, exatamente a parte grifada em negrito no quadro acima:

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.** (sem grifo no original)

Se o legislador realmente quisesse eliminar a prescrição retroativa, bastaria excluir o §2º e deixar o §1º com o mesmo texto; restaria apenas a prescrição intercorrente tal qual a conhecemos, do trânsito em julgado da

acusação *para a frente*. Verdade que essa inclusão no texto do §1º pode ter sido feita com o objetivo de deixar claro que não mais se admitiria a retroatividade do novo prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação, mas se esse fosse realmente o objetivo o legislador deveria ter incluído o seguinte texto: “não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial **data anterior à do trânsito em julgado para a acusação**” ou “não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial **data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão**”. Aí sim estaria abolida a prescrição retroativa. Aliás, esse último texto que aqui se sugere chegou a ser proposto durante o processo legislativo e as respectivas discussões acerca do projeto de lei que resultou na lei n. 12.234/10, mas, por alguma razão, o substitutivo proposto não foi considerado para a elaboração do texto final<sup>7</sup>. O que realmente se quis não foi abolir a prescrição retroativa, mas apenas limitar ao período posterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, excluindo o período de investigação pré-processual.

O fato é que, ao determinar que fica excluída a retroatividade do novo prazo apenas para “data anterior à denúncia ou queixa”, excluiu da retroatividade somente o tempo de investigação do crime, ou seja, o período entre a data do crime e o recebimento da denúncia, não excluindo os lapsos temporais ocorridos entre o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado para a acusação.

---

<sup>7</sup> Durante o processo legislativo, em 2005, foi apresentado um substitutivo pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, em que o seu relator, Deputado Roberto Magalhães (então do PFL/PE), fez a seguinte proposta de texto para o que seria o parágrafo único do art. 110: “*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***.” Não se sabe por que esse substitutivo foi desconsiderado para elaboração do texto final, e foi esse grave equívoco que resultou na confusão estabelecida pela lei nova. O texto proposto no substitutivo era muito mais adequado e coerente no que diz respeito à técnica legislativa. Todo o processo legislativo em que se discutiu o projeto de lei n. 1.383/2003, de autoria do Deputado Antonio Carlos Biscaia (PT/RJ), pode ser encontrado no *site* da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=122756](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756).

Na verdade, mesmo que não tenha sido essa a pretensão do legislador, o que ocorreu foi que a lei nova reuniu em um só parágrafo o conteúdo que antes estava distribuído nos dois parágrafos (§ 1º e § 2º), apenas excluindo da prescrição retroativa o tempo transcorrido entre o dia da consumação do crime e o recebimento da denúncia. Em outras palavras, continua sendo plenamente possível a verificação da prescrição retroativa, sendo excluída apenas a possibilidade de se considerar, retroativamente, período anterior à denúncia ou queixa<sup>8</sup>.

Aliás, a título de ilustração e voltando ao exemplo fornecido acima, no item 6, percebemos que a prescrição retroativa ocorreu ali porque se aplicou retroativamente o novo prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação para o lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a publicação da primeira condenação recorrível. E esse tipo de prescrição ainda pode acontecer mesmo depois da alteração promovida pela lei n. 12.234/10, porque não haveria qualquer ofensa ao atual texto do §1º art. 110 do Código Penal, pois este veda apenas a utilização retroativa do prazo prescricional para período anterior à denúncia ou queixa, ou seja, o período referente à investigação criminal<sup>9</sup>.

No mais, além de tudo o que se disse no presente artigo, é preciso lembrar que a lei n. 12.234/10 é uma lei nova mais severa, o que significa que de modo algum pode retroagir e alcançar fatos ocorridos antes da sua

---

<sup>8</sup> Nesse mesmo sentido cf. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, vol. 1, 14. ed. Niterói, Impetus, 2012, p. 717 e NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 12. ed. São Paulo, RT, 2012, p. 608.

<sup>9</sup> A propósito disso, é importante esclarecer que o projeto de lei n. 1.383/2003, de autoria do Deputado Antonio Carlos Biscaia (PT/RJ), apresentava justificativa muito nítida no sentido de eliminar a prescrição retroativa, mas dava a entender que o maior problema da prescrição retroativa era exatamente a possibilidade de se voltar até o dia do crime e se considerar a fase de investigação, entre a prática do crime e o recebimento da denúncia. Vejamos um trecho da justificativa apresentada no projeto de lei: “É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debruçam sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extraprocessual.” Isso apenas reforça a tese apresentada neste trabalho, no sentido de se excluir da prescrição retroativa apenas sua incidência nessa fase pré-processual.

vigência (CF, art. 5º, XL). Assim, é certo que a prescrição retroativa continua valendo – integralmente, ou seja, levando em conta também tempo anterior à denúncia ou queixa – para crimes ocorridos antes do dia 5 de maio de 2010. As restrições trazidas pela lei nova só têm validade para crimes ocorridos depois da vigência da lei n. 12.234/2010.

Por fim, uma última reflexão: o que dizer da literalidade do art. 1º da lei n. 12.234/10, que diz expressamente que as alterações ali estabelecidas têm o objetivo de “**excluir a prescrição retroativa**”? A única resposta possível, em face do princípio do *favor rei* e da impossibilidade de interpretação extensiva para prejudicar do réu, é desprezar essa pretensão declarada do legislador e reconhecer que houve grave equívoco na elaboração do texto legislativo, equívoco este que não pode ser usado pelo Estado contra o indivíduo para a concretização do seu direito de punir, pelo menos não em um Estado Constitucional de Direito.

## 9 CONCLUSÕES

O art. 1º da lei n. 12.234/10 causou algum furor na imprensa e na comunidade jurídica ao anunciar o fim da prescrição retroativa no direito penal, mas tudo não passou de um lapso legislativo.

Como vimos, o prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação ainda pode retroagir em duas situações:

(1) se o crime ocorreu antes de 5 de maio de 2010, data em que entrou em vigor a lei n. 12.234/10, a prescrição retroativa segue integralmente aplicável, pois a lei nova mais severa não pode retroagir para prejudicar o réu.

(2) se o crime ocorreu depois da vigência da lei n. 12.234/10, ainda assim a prescrição retroativa continua possível, com uma limitação: não pode ter como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa. Ou seja, não pode mais atuar na fase de investigação criminal. Mas continua plenamente aplicável retroativamente o prazo prescricional surgido com o trânsito em julgado para a acusação a lapsos temporais anteriores ao trânsito em julgado para a acusação, desde que posteriores ao recebimento da denúncia ou queixa, como pro exemplo, o tempo transcorrido entre o recebi-

mento da denúncia e a sentença de pronúncia, bem como entre a sentença de pronúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível (no caso de crime de competência do tribunal do júri) ou entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória recorrível.

Conclui-se, portanto, que apenas houve uma limitação à prescrição retroativa, e não a sua eliminação do ordenamento jurídico brasileiro.

## **REFERÊNCIAS**

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed., vol. 1. Niterói: Impetus, 2012.

NORONHA, Edgar Magalhães, **Direito Penal**. 31. ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2012.



