

AS MODIFICAÇÕES INSERIDAS PELA LEI 12.234/ 2010 À PRESCRIÇÃO PENAL

Thiago Araújo Montezuma

*Acadêmico da Especialização em Direito Processual Penal da
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)*

Resumo: Breve estudo visando fazer um paralelo entre os entendimentos doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação do instituto da prescrição em perspectiva no direito pátrio e a nova lei 12.234/2010 que modifica alguns aspectos da prescrição.

Palavras chaves: Prescrição em perspectiva, virtual ou antecipada. Prescrição retroativa.

INTRODUÇÃO

Quando um delito é cometido, o Estado como detentor exclusivo do poder punitivo tem obrigação de aplicar a sanção cominada à determinada conduta. Mas esse poder não é absoluto, ele é restringido por fatores que servem para regular a aplicação da justiça em seu mais amplo sentido. Por exemplos de limites ao poder punitivo estatal podem ser citados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da limitação das penas, assim como a prescrição temporal da aplicação das penas.

A prescrição é justamente o interregno temporal que o Estado dispõe para colocar em prática o seu poder punitivo, aplicando a sanção penal. O instituto da prescrição funciona como um limitador desse poder, na medida em que depois

de decorrido o período previsto em lei para a manifestação do Estado, o mesmo conserva-se inerte frente à afronta de um particular às normas legais.

Na definição de Cleber Masson (pág. 969, 2008), “*Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da omissão, da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto*”.

O fundamento da prescrição é a desnecessidade da punição de um agente após um certo período de tempo por tornar-se inócua a aplicação da lei penal, tendo em vista que decaíram suas finalidades retributiva e preventiva, ou seja, a morosidade estatal extingue a punibilidade do agente.

A prescrição, quanto ao momento de sua aplicação, pode ser classificada em duas espécies, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Essa divisão é de extrema importância para definir os efeitos da prescrição; ou seja, no primeiro caso (prescrição da pretensão punitiva) o réu, após ver extinta a sua punibilidade, manterá o “status” de primário e não terá seus antecedentes maculados, isto é, mesmo tendo ele cometido a infração penal, não terá qualquer sanção pelo seu ato. Já na prescrição da pretensão executória o réu será sentenciado, podendo ser condenado, formando título executivo judicial que não poderá ser executado devido à demora do Estado em tomar a decisão.

A prescrição da pretensão punitiva divide-se em prescrição retroativa e prescrição intercorrente ou superveniente. A primeira acontece quando antes da sentença decorre o tempo previsto no prazo prescricional,

sem que nenhum ato interrompa ou suspenda seu transcurso; já a prescrição intercorrente caracteriza-se pelo curso do prazo prescricional após a sentença com a ocorrência do trânsito em julgado para a acusação ou do indeferimento de seu recurso.

Segundo Cleber Masson (p. 974, 2008), a prescrição da pretensão punitiva ramifica-se em três espécies, assim vejamos, “*De seu turno, a prescrição da pretensão punitiva é subdividida em outras três modalidades: (1) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal, (2) prescrição intercorrente e (3) prescrição retroativa*”.

Por questões práticas, é interesse deste trabalho a análise aprofundada apenas da prescrição retroativa, passe-se, portanto, ao estudo do referido instituto.

1 A Prescrição da pretensão punitiva retroativa antes e depois da lei 12.234/2010

A prescrição retroativa sempre foi um instituto que deu margem a muita discussão doutrinária e jurisprudencial. Alguns apreciam tal possibilidade como forma de diminuir a morosidade do Poder Judiciário e fomentar a justiça; outros preferem encarar a prescrição retroativa sob a ótica de meio de promoção da impunidade, devido à possibilidade de benefício que tal instituto concede aos condenados.

A prescrição da pretensão punitiva retroativa ocorria quando após a sentença, tomando-se por base a pena aplicada e o prazo prescricional correspondente, observava-

se que antes da referida sentença já havia transcorrido o interregno de tempo suficiente para que se justificasse a prescrição.

Rogério Greco (pág.735, 2008) definia e explicava a prescrição retroativa da seguinte forma: *“Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é feito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a data do fato, com algumas peculiaridades que veremos a seguir”*.

“Portanto, teremos de percorrer novamente todos os caminhos, desde a prática do fato até o primeiro marco interruptivo da prescrição, que é o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa; em seguida, faremos novamente o cálculo entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa, até a sentença penal condenatória recorrível. Se entre esses dois marcos houver decorrido período de tempo previsto na lei penal como caracterizador da prescrição, deverá ser declarada a extinção da punibilidade, com base na prescrição retroativa”.

Até a entrada em vigor da lei 12.234/2010, a prescrição retroativa poderia basear-se no decurso do prazo prescricional em dois momentos, entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia ou da queixa, ou seja, durante a investigação criminal e a apreciação do caso pelo Ministério Público, e entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença ou acórdão. Com a modificação do §1º e a revogação do §2º, operadas pela lei 12.234/2010, tornou-se impossível o início da contagem do prazo da prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia ou da queixa.

A nova lei não modificou a essência do instituto em análise, apenas restringiu sua aplicabilidade ao intervalo temporal entre o oferecimento da denúncia ou da queixa e a prolação da sentença ou acórdão.

2 A Súmula 438 do STJ, a lei 12.234/2010 e o fim da prescrição em perspectiva antes do recebimento da denúncia.

A prescrição em perspectiva, também conhecida como antecipada ou virtual, é criação doutrinária com fins de beneficiar o réu e diminuir a morosidade do Poder Judiciário; concedendo aos operadores do direito a possibilidade de antever o resultado do processo sem a necessidade de passar por todas as suas fases, desse modo impede, portanto, o desperdício de dinheiro e principalmente de tempo com um processo que ao final não terá consequência alguma para o réu.

Na definição simplificada de Cleber Masson (pág. 1005, 2008) a prescrição em perspectiva, *“Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial. Decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa”*.

A prescrição em perspectiva, com base no intervalo de tempo entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia, era aplicada da seguinte forma: ao receber o inquérito policial, o promotor examinava o caso concreto, fazendo uma análise antecipada de todas as circunstâncias judiciais, assim como das circunstâncias agravantes e atenuantes e das causas de aumento e diminuição de pena. Após essa análise, se o mesmo verificasse que a pena provável a ser aplicada teria um prazo de prescrição retroativa maior que o prazo já decorrido entre o intervalo do cometimento do crime até o oferecimento da denúncia, de pronto pediria o arquivamento do inquérito policial com base na prescrição em perspectiva.

O instituto em discussão vinha sendo aplicado por muitos operadores do direito e confirmado por boa parte dos tribunais, mas tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo Tribunal Federal não era aceita essa modalidade de prescrição. É vasta a coletânea de jurisprudência no sentido de acatar a prescrição em perspectiva, assim vejamos:

“Trata-se, em tese, de delito de estelionato, praticado há quase 10 anos. A denúncia foi recebida em 16/10/2000 (2 anos após a prática do fato). A prescrição penal que

atinge o direito de punir do Estado, em face do transcurso do tempo, tem por base a ausência de resposta punitiva do Estado no prazo razoável, o que torna desnecessária a incidência do ius puniendi. Possível é o reconhecimento da prescrição, antecipadamente, sem necessidade de instrução do feito quando, dos autos, houver de demonstração inequívoca de que, mesmo havendo condenação, em face da pena aplicada, esta resultaria sem utilidade. Desaparece o interesse de agir do Estado quando o processo é utilizado para instrumentalizar o nada, o vazio, o inócuo e para maquiar situações em que não há trabalho útil. É dever do magistrado julgar antecipadamente o feito e prestar uma jurisdição útil, que atinja a sociedade, com base nos artigos 3º do CPP e 267, VI, do CPC. Mesmo após ter sido afirmada a ação em juízo e viabilizado seu trâmite, pela inutilidade superveniente da situação processual é de ser extinto o processo, na medida da perda do interesse processual e do interesse público prevalente.” (TJRS – ReSe 70017049628 – 6ª C. Criminal – Rel. Des. Nereu José Giacomolli – J. 12/04/2007).

“Se após exame minucioso dos autos, o julgador, ao verificar a suposta pena a ser

aplicada, mesmo considerando todas circunstâncias judiciais desfavoráveis, perceber que eventual juízo condenatório restaria fulminado pela prescrição, não há justificativa para proceder-se a um complexo exame da ocorrência, ou não, da conduta criminosa, em nítida afronta às finalidades do processo e em prejuízo do próprio Poder Judiciário, devendo ser reconhecida, nessa hipótese, a ausência de justa causa para a ação. 2. Negado provimento ao recurso em sentido estrito.”
(TRF 4ª REGIÃO - RECURSO CRIMINALEM SENTIDO ESTRITO Nº 2003.70.02.003195-9/PR - DJU 22.12.2004, SEÇÃO 2, P. 177, J. 01.12.2004 - RELATOR: DES. FEDERAL LUIZ FERNANDO WOWK).

“A doutrina e a jurisprudência divergem, predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. É chegada a hora, todavia, do novo triunfar. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. Desse modo, há de reconhecer-se ausência do interesse de agir. Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como Lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para

aplicação da prescrição antecipada. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito de movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a Lei “à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente” (Pontes de Miranda). Recurso em sentido estrito não provido.” (TRF 1ª Região – RCCR 19973500000600/GO. 3ª Turma. Rel. Des. Fed. Tourinho Neto).

Como se percebe, vários tribunais vinham adotando a prescrição em perspectiva como instituto aplicável ao direito brasileiro, mas o STJ e o STF resistiam à possibilidade da aplicação da prescrição antecipada. Alguns julgados dos referidos tribunais deixam clara a posição perfilhada pelos mesmos:

*DIREITO PROCESSUAL PENAL E
PENAL. HABEAS CORPUS.
PRESCRIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO OU
PELA PENA EM PERSPECTIVA.
INEXISTÊNCIA DO DIREITO
BRASILEIRO. DENEGAÇÃO.*

1. A questão de direito argüida neste habeas corpus corresponde à possível extinção da punibilidade do paciente em razão da prescrição “antecipada” (ou em perspectiva) sob o argumento de que a pena possível seria a pena mínima.

2. No julgamento do HC nº 82.155/SP, de minha relatoria, essa Corte já assentou que “o Supremo Tribunal Federal tem repellido o instituto da prescrição antecipada” (DJ 07.03.2003). A prescrição antecipada da pena em perspectiva se revela instituto não amparado no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Habeas corpus denegado.

HC N. 94.729-SP

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

CRIMINAL. RESP. TENTATIVA DE FURTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA, PELO JUÍZO MONOCRÁTICO, COM BASE EM PENA ANTECIPADA. DECISÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPROPRIEDADE. PORTE ILEGAL DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. De acordo com o [Código Penal](#), tem-se

que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto.

II. É imprópria a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base em pena em perspectiva. Precedentes.

III. Deve ser cassado o acórdão recorrido para afastar a denominada prescrição em perspectiva, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para o julgamento do recurso de apelação interposto. IV. É entendimento da jurisprudência que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de porte de entorpecentes.

V. Nos termos da Lei n.º 11.343/06, a prescrição da imposição e a execução das penas estabelecidas ao delito de porte ilegal de entorpecentes ocorre em 02 (dois) anos, respeitados os marcos de interrupção e suspensão relacionados no [Código Penal](#).

VI. Reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do recorrido Luciano Nascimento da Silva, pela prescrição, no tocante ao delito de porte de substância entorpecente.

VII. Recurso parcialmente prejudicado e parcialmente provido, nos termos do voto do relator.

*STJ - RECURSO ESPECIAL - RESP
880774/RS - 2006/0194960-5*

Muita discussão formou-se em torno do assunto, até que o STJ publicou no dia 02 de maio de 2010 a súmula de nº 438, pacificando entendimento pela impossibilidade de aplicação da prescrição em perspectiva.

Súmula 438 do STJ - “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

A súmula do STJ que proibiu o emprego da prescrição em perspectiva pôs termo à grande discussão em torno do assunto, mas tal decisão vai de encontro à tendência dos tribunais de adotar entendimentos que primem pela celeridade e praticidade do trâmite dos processos, lançando mão do princípio da economia processual e empregando como valor maior a burocracia.

Entretanto, a aplicabilidade da súmula 438 do STJ foi limitada, pois no dia 05 de maio de 2010 entrou em vigor a lei 12.234/2010 que modificou os artigos 109 e 110 do Código Penal. De acordo com a referida lei o § 1º do artigo 110 do código penal passa a ter a seguinte redação:

Art. 110, §1º do CP - 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.

A nova redação do referido artigo proíbe, expressamente, a contagem do prazo prescricional com fins de aplicação da prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia ou da queixa. Tal proibição impossibilitou, conseqüentemente, a aplicação da prescrição em perspectiva com base no interregno temporal entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia, uma vez que esta operava-se através da prescrição retroativa fundamentada no intervalo de tempo entre o começo do prazo prescricional, iniciado nas circunstâncias elencadas no artigo 111 do Código Penal e o oferecimento da denúncia ou da queixa.

A nova lei revogou, expressamente, o § 2º do artigo 110 do CP que possibilitava a contagem do prazo prescricional com fins de aplicação da prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia ou da queixa. Tal dispositivo tinha a seguinte redação:

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Portanto, é possível concluir que a súmula n° 438 do STJ, que acabara de ser publicada, teve sua aplicabilidade mitigada três dias depois de sua publicação pela lei 12.234/

2010, pois esta tornou impossível a prescrição em perspectiva antes do recebimento da denúncia ou da queixa, perdendo o objeto da referida súmula nestes casos.

Conclusão

Afora toda a problemática de possibilidade da aplicação da prescrição em perspectiva, é oportuno expor nossa opinião quanto ao assunto. Ficou claro que a prescrição em perspectiva, ou antecipada, ou virtual, como de preferência de cada um, não tem mais aplicabilidade com base no intervalo entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia, mas será que esta é a melhor atitude a ser adotada pelos tribunais e legisladores frente a crise de instância que se põe presente no Poder Judiciário? Retirar a **possibilidade** de economizar tempo e dinheiro do Judiciário seria a posição correta a ser tomada por quem deve primar pela celeridade e economia processual? Entendemos que não; claro que toda decisão inovadora deve ser assumida com cautela e os erros podem vir a ocorrer, mas diante da possibilidade que se pode ter de resolver milhares de processos que estão empilhados esperando por um julgamento que lhe imprima uma eficácia realmente válida, consideramos que a aplicação da prescrição em perspectiva traria muito mais justiça que a sua proibição.

Referências

DE MORAES, Renato, **Prescrição antecipada da pena evita perda de tempo**, Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/prescricao-antecipada-pena-evita-processo-inutil-perda-tempo>> Acesso em 18/05/2010 às 14:35h.

DOS SANTOS, Leonardo, **Prescrição virtual ou antecipada**, Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3814/Prescricao-virtual-ou-antecipada>> Acesso em 18/05/2010 às 14:35h.

GHIRELLO, Mariana. **Prescrição virtual pode ajudar a desafogar o judiciário**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2010-abr-25/prescricao-virtual-ajudar-desafogar-judiciario-professor>> Acesso em 18/05/2010 às 14:35h.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>- 17 maio. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 11 maio. 2010.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. Volume I.

MASSON, Cleber Rogério, **Direito Penal Esquemático - Parte Geral** - São Paulo : Método, 2008.

MISAKA, Marcelo, **Prescrição virtual ou antecipada**, Disponível em < <http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/05/02/prescricao-virtual-ou-antecipada/>> Acesso em 18/05/2010 às 14:35h.

MOREIRA, Rômulo, **O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça é um retrocesso**, Disponível em < <http://www.notadez.com.br/content/noticias2.asp?id=104956&expression=prescri%E7%E3o>> Acesso em

18/05/2010 às 14:35h.

Legislação

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

_____. **Código Penal**. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.