

HABEAS CORPUS 122.694 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: BRUNO LEITE PAPA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Bruno Leite Papa, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação nº 36-63.2012.7.02.0102/SP.

Sustenta a impetrante, em síntese, que se verificou a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, diante da pena em concreto aplicada ao paciente, por decisão transitada em julgado para a acusação.

Aduz que:

“Um dos fundamentos políticos que justifica o instituto da prescrição é a inércia da autoridade pública (teoria da negligência da autoridade), onde temos que a prescrição do direito estatal de punir é um castigo ao Estado negligente, que se demora na persecução penal e deixa de punir em tempo hábil o autor do delito.

A prescrição retroativa da pena, conforme prevista no art. 125, §1º do CPM, se regula pela pena imposta, quando somente a defesa tenha apresentado irresignação contra a sentença condenatória.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, o fundamento da medida é ‘compatibilizar o cálculo da extinção da punibilidade com o grau de culpabilidade do autor e de reprovabilidade do comportamento reconhecidos concretamente’. Assim, fixada a pena abaixo do máximo previsto abstratamente, também o

tempo de prescrição não pode se calcular pelo máximo previsto abstratamente.

No âmbito da Justiça Castrense, como bem dito no acórdão que se combate por meio deste *writ*, consolidou-se por aplicar a previsão trazida no art. 110, §2º, do Código Penal comum, por mais benéfico, quanto a ‘data do fato’, para fins de determinar-se os marcos interruptivos da prescrição, vez que o Codex Castrense considerava apenas o lapso decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença como hábil a provocar a prescrição.

Assim, não dispondo o Estado de prazos indeterminados para exercer a sua pretensão punitiva, deve se submeter àqueles fixados pela lei penal, e em assim não fazendo, ocorrerá a prescrição com a consequente extinção da punibilidade do agente. Logo, a prescrição é um fenômeno jurídico que ataca a pretensão do Estado em punir o criminoso e é a regra geral, sendo exceções somente os dois casos previstos na Constituição Federal.

O art. 5º traz as duas hipóteses excepcionais de imprescritibilidade: a prática do racismo (inciso XLII); e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

Sendo os dois casos de imprescritibilidade penal tratados no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, justamente o artigo destinado a assegurar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, podemos concluir que a regra geral é a prescritibilidade dos delitos.

Assim, temos que a Constituição Federal assegura a prescritibilidade dos crimes em geral ou o direito à prescrição.

Sendo o direito à prescrição reconhecido como um dos direitos fundamentais, faz parte do rol das chamadas cláusulas pétreas. Sendo assim, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado, poderá validamente deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir o direito à prescrição (artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Se não tem o Poder Constituinte Derivado tal poder, muito menos o legislador infraconstitucional poderá de qualquer meio pretender reduzir tal garantia fundamental.

Porém, não é o que de fato ocorreu. A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110, do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, praticamente aboliu de nosso sistema jurídico-penal a prescrição da pretensão punitiva, a denominada prescrição retroativa.

Não sendo mais possível o reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa (em caso de ação penal privada) do lapso prescricional, há inegável limitação no direito de prescrição dos delitos.

A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, além de revogar o parágrafo segundo do artigo 110 do Código Penal, deu nova redação ao parágrafo primeiro. O referido dispositivo passou a ter a seguinte redação: ‘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’.

Sobre ser a alteração legal menos benéfica, exatamente por extinguir parte do direito fundamental do acusado a ver prescrita sua punibilidade, é que somente pode ser aplicada a fatos posteriores à data de sua publicação.

A doutrina penal garantista vem tecendo severas críticas a esta mudança legislativa. Na verdade, esta lei não está em harmonia com os postulados do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal Constitucional. Ao vedar a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa em termo anterior ao do recebimento da denúncia ou queixa, restou configurado um verdadeiro retrocesso legislativo. Além disso, a nova disposição penal é incompatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Destacamos as críticas do Professor Cezar Roberto Bitencourt:

'Embora a Lei n. 12.234/2010 não tenha suprimido o instituto da prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a prescrição em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da proporcionalidade e da duração razoável do processo. A violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os –, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que por ventura possam ser atingidos' (BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. 16^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. 1, p. 818).

O Projeto de Lei n. 1.383/03, que deu origem a Lei n. 12.234/10, embora sem êxito, pretendeu extirpar a prescrição retroativa do ordenamento jurídico-penal. A justificativa apresentada para embasar o projeto se fundou no fato de que essa espécie de prescrição teria se revelado um 'competentíssimo instrumento de impunidade', bem como uma 'potencial causa geradora de corrupção.'

Inegável a necessidade de se combater à impunidade e à corrupção, o que deve se refletir, inclusive, na produção legislativa. No entanto, o combate dessas odiosas práticas, tão arraigadas na sociedade brasileira, não deve passar pela extinção, parcial ou total, da prescrição retroativa.

A solução dos problemas passa por um melhor aparelhamento policial, com a realização de investimentos, por exemplo, em tecnologia e treinamento pessoal, a fim de que delitos mais complexos, que demandam uma apuração mais detalhada e dificultosa, sejam adequadamente solucionados.

Dar às forças policiais prazo imprescritível para as investigações e inquéritos policiais não traz a solução desejada pela lei 12.234/10, mas sim vem violar o primado constitucional da razoável duração do processo.

Assim, por todos os argumentos trazidos, ao praticamente eliminar as possibilidades de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, é forçoso concluir que a Lei n.

HC 122694 / SP

12.234, de 5 de maio de 2010, tende a abolir a prescritibilidade dos crimes em geral, ou direito à prescrição, qualificado implicitamente pela Constituição da República Federativa do Brasil como um dos direitos fundamentais dos cidadãos”.

Nesse contexto, entende que “a questão a merecer a análise desta Corte para reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade parcial da Lei 12.234/10, quanto à alteração do § 1º do artigo 110 do Código Penal e à exclusão do § 2º do mesmo artigo do **Codex Punitivo**”.

Ante o exposto, requer o deferimento da liminar para “determinar a suspensão do processo nº 36.63.2012.7.02.0102/SP, em curso perante o eg.STM, enquanto não julgado definitivamente este *writ*”. No mérito, pede a concessão da ordem para “declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, em relação a pena aplicada ao paciente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei 12.234/10 na parte que alterou o §1º do artigo 110 do CP e na parte que excluiu o §2º do mesmo artigo”.

O pedido de liminar foi por mim indeferido. Requisitei informações à autoridade coatora, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República **Dr. Edson Oliveira de Almeida**, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem, deixando, contudo, de se manifestar sobre a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade parcial da Lei nº 12.234/10.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 122.694 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como já relatado, cuida-se de **habeas corpus** impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Bruno Leite Papa, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação nº 0000036-63.2012.7.02.0102/SP.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

FURTO. PREScriÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA. LEI Nº 12.234/2010. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. MATÉRIA FÁTICA SUFICIENTE A AMPARAR UM ÉDITO CONDENATÓRIO.

1. Em se tratando de ilícito cometido posterior à edição da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou o Código Penal comum para suprimir a data do fato como termo *a quo* para a contagem do lapso prescricional, não há como esta Corte aplicar analogicamente, como vinha sendo feito, a antiga redação do dispositivo para confirmar uma eventual prescrição.

2. No contexto apurado, comete o delito de furto o militar que, sub-repticiamente, subtrai a motocicleta de companheiro de farda, estacionada em área sob Administração Militar, e vem a colidi-la em via pública, somente sendo descoberto após a intervenção de terceiros. Decisão unânime.

Por sentença publicada em 10/9/13 o paciente foi condenado, pelo juízo da 1^a Auditoria da 2^a Circunscrição Judiciária Militar, à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incursão nas sanções do art. 240 do Código Penal Militar.

Como a sentença transitou em julgado para a acusação, o paciente, em preliminar de apelação, sustentou a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena aplicada, diante do decurso de mais de dois anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

O Superior Tribunal Militar assim rejeitou essa preliminar:

“Não assiste razão à Defesa.

De fato, não havendo apelo do *Parquet* das Armas, a prescrição será calculada com base na pena *in concreto* aplicada pelo Colegiado *a quo*, qual seja, 1 (um) ano de reclusão, que, a teor do art. 125, inciso VI, do CPM, opera-se em 4 (quatro) anos. Nesse contexto, em se tratando de menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do fato, incide, ainda, a regra do art. 129 do mesmo *codex* que determina a redução do prazo prescricional pela metade, resultando o prazo de 2 (dois) anos.

Todavia, diferente do raciocínio empregado pela DPU, a regra a incidir no caso em comento não é a da alínea "a" do § 2º do art. 125 do CPM, mas, sim, a do § 1º do mesmo dispositivo, *in verbis*:

§1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.

Como se vê, havendo pena *in concreto*, a última causa interruptiva é a instauração do processo, que se dá com o recebimento da Denúncia, nos termos da conjugação do § 5º do art. 125 do CPM. O equívoco cometido pela Defesa decorre do fato de que a Justiça Militar da União, por entender mais benéfico, aplicava analogicamente a "data do fato" como termo inicial, com fulcro na antiga redação do art. 110, § 2º, do CP comum.

Ocorre que o evento em apreciação se deu em 6 de junho de 2010, portanto posterior à edição da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que supriu a data do fato como termo inicial para o reconhecimento da prescrição, impedindo, com isso, a aplicação analógica da antiga redação do art. 110, § 2º do CP comum, ao caso em tela.

Ante o exposto, rejeito, por falta de amparo legal, a preliminar de prescrição suscitada pela DPU”.

Contra essa decisão, insurge-se a impetrante, insistindo no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, mediante declaração incidental de constitucionalidade da Lei 12.234/10, na parte que alterou o §1º do artigo 110 do Código Penal e na parte que excluiu o §2º do mesmo artigo.

Preliminarmente, observo que, embora a condenação do paciente tenha transitado em julgado em 16/9/14 (conforme informações obtidas no sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar,), o presente **habeas corpus** não é sucedâneo de revisão criminal, uma vez que a prescrição pode ser declarada em qualquer fase do processo (art. 61, CPP), inclusive de ofício, e seu eventual reconhecimento, na espécie, está subordinado à análise da constitucionalidade da Lei 12.234/10.

Estabelecida essa premissa, passo à análise do mérito da impetração.

I) PRESCRIÇÃO RETROATIVA. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO.

Na vigência do Código Penal de 1940, a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, foi produto de criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

O art. 110 do Código Penal, em sua redação originária, determinava que

[a] prescrição, depois de transitada 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.

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.

Esse dispositivo suscitou forte polêmica no Supremo Tribunal

Federal.

No HC nº 38.186/GB, Tribunal Pleno, DJ de 7/8/61, por maioria de votos, julgou-se extinta a punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva, pelo decorso do prazo a tanto suficiente entre a data do recebimento da denuncia e a data da publicação da sentença condenatória.

O Relator Ministro **Nelson Hungria**, no voto condutor do acórdão, salientou que

“O Tribunal já conhece o meu ponto de vista nesta matéria de prescrição relacionada à pena concretizada na sentença condenatória. Entendo que o Código vigente não alterou, neste particular, o dec. nº 4.760, de 1923. A prescrição se regula pela pena imposta, desde que não interposta apelação pelo M.P., impossibilitando uma reformatio in pejus; e deve ser declarada se, entre o recebimento da denúncia e a própria sentença condenatória, já decorreu tempo suficiente.

Concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que ab initio era justa. A pena combinada in abstracto, a que se refere a denúncia, revelou-se, na espécie, demasiada. A pena adequada, a pena que realmente deveria ter sido solicitada pelo M.P., era a que veio a ser imposta pelo Juiz. Assim, a prescrição deve ser entendida como relacionada, desde princípio, à pena aplicada in concreto. Era este o critério de decisão do dec. 4.760 e não é crível que se o Código o tivesse alterado, não o mencionasse a ‘Exposição de Motivos’ do Ministro Campos, limitando-se a dizer que, no tocante à prescrição, o Código se limitava a aumentar os prazos prespcionais (...).”

Desse entendimento divergiu o Ministro **Luiz Gallotti**, que, vencido, assim externou as razões de seu convencimento:

“O Código Penal dispõe no § único do art. 110 que, não recorrendo a acusação, a prescrição, depois da sentença, se

HC 122694 / SP

conte pela pena concreta, mas depois da sentença, como está escrito na lei, e não antes. Esta é que é a nossa divergência".

(...)

Finalmente, diz o eminente Ministro Nelson Hungria que se verificou pela sentença ser a pena justa a que ela fixou. **Mas a regra atinente à prescrição da ação penal não manda atender à pena justa e sim à pena máxima (art. 109).** Ora, se todos concordam que ainda se trata de prescrição da ação penal, só podemos fugir a essa regra para observar a exceção do § único do art. 110, exceção que só diz respeito ao período posterior à sentença (lá está escrito depois) e não ao período anterior" (negritei).

Com base nesse e em outros precedentes no mesmo sentido - que inclusive admitiram, por maioria de votos, a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia -, o Supremo Tribunal Federal acabou por editar a Súmula nº 146: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

Confiram-se, dentre outros, HC nº 38.520/GB, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Pedro Chaves**, DJ de 25/6/61; RHC nº 38.686/SP, Pleno, Relator o Ministro **Lafayette de Andrada**, DJ de 9/11/61; HC 39.567/DF, Relator o Ministro **Pedro Chaves**, DJ de 18/4/63 – no qual foi reconhecida, por maioria de votos, a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Sucederam-se novos e intensos debates no Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance da Súmula nº 146.

Entre 1972 e 1975, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal restringiu a sua aplicação, deixando de reconhecer a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia, até ser novamente alterado esse entendimento.

Com efeito, no HC nº 53.779/RJ, Relator o Ministro **Cordeiro Guerra**, e Relator para o acórdão o Ministro **Xavier de Albuquerque**, DJ 31/10/75, decidiu-se, por maioria de votos, que:

HC 122694 / SP

A prescrição pela pena concretizada, de que trata a Súmula 146, retroage, tanto ao período regressivamente contado da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quando aquele compreendido entre este e o fato criminoso. Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal, anterior a 1972, que dava interpretação comprehensiva a referida Súmula e dela extraia todas as consequências lógicas. Recurso de habeas corpus provido.

Na esteira dessa interpretação mais abrangente, nos Embargos no Recurso Extraordinário Criminal nº 76.320/SP, Relator para o acórdão o Ministro **Leitão de Abreu**, j. 11/9/75, RTJ 76/148-170, afirmou-se, por maioria de votos, a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa no caso de condenação imposta em segundo grau.

No RHC nº 52.432/GB, Relator para o acórdão o Ministro **Xavier de Albuquerque**, j. 22/10/75, RTJ 81/26-38, por maioria de votos, admitiu-se a prescrição retroativa, mesmo na ausência de recurso da defesa.

Em 25/5/77, entrou em vigor a Lei nº 6.416/77, que introduziu os seguintes parágrafos no art. 110 do Código Penal:

§ 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.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, **não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia** (grifo nosso).

Tratou-se, inequivocamente, de uma **reação legislativa** à Súmula nº 146 e ao elastério que lhe vinha conferindo o Supremo Tribunal Federal, como, aliás, consignado no item 15 da exposição de motivos do Ministro da Justiça ao Presidente da República:

Disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à pena acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais (...).

Embora a Lei nº 6.416/77, por constituir *novatio legis in pejus*, não pudesse retroagir, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no RHC nº 55.294/SP, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Soares Muñoz**, j. 14/9/77, RTJ 83/746-751, decidiu, relativamente aos fatos anteriores à vigência daquela lei, restringir a aplicação da Súmula nº 146 e negar o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Transcrevo a ementa desse julgado:

Prescrição. Interpretação do art. 110, parágrafo único, do Código Penal.

O mencionado dispositivo 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 apontada causa interruptiva.

A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não se aplica retroativamente contra o réu, no tocante à prescrição, em face de pertencerem ao direito material as normas que disciplinam esse instituto; **veio ela, no entanto, reforçar a interpretação mais ortodoxa do parágrafo único de art. 110 do Código Penal, na sua redação anterior** (grifo nosso).

Na sequência, o Supremo Tribunal consolidou o entendimento de que, por força da alteração promovida pela Lei nº 6.416/77, “a prescrição contemplada nos §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal é tão-somente da pretensão executória da pena principal”¹ (RE nº

¹ Ressalto que, nos termos do art. 118 do Código Penal, em sua redação originária, eram imprescritíveis as penas acessórias impostas na sentença, como a perda de função pública ou a interdição de direitos (arts. 67 e 68 do Código Penal, em sua redação primitiva).

HC 122694 / SP

98.949/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Soares Muñoz**, j. 16/12/82 DJ 25/2/83), de modo que a prescrição retroativa a que alude a Súmula nº 146 não alcançava o período compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia (RE nº 94.162/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ 5/5/81).

No mesmo sentido, RE nº 91.210/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Rafael Mayer**, j. 23/10/79, RTJ 93/444-445; HC nº 62.055/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Rafael Mayer**, DJ de 31/10/84; RE nº 103.833/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, DJ de 26/11/84.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal aplicou, sem jamais questionar a sua constitucionalidade, o art. 110, § 2º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 6.416/77.

Note-se que, de acordo com **Nilo Batista**,

“O Procurador-Geral da República, no processo PGR nº 34.246/78, onde se propunha arguição de inconstitucionalidade da inovação trazida pela Lei nº 6.416/77 na matéria, proferiu o seguinte despacho: ‘Não é inconstitucional o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.416, de 24-5-77, eis que não determina aplicação retroativa do preceito nele consignado. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 15 de maio de 1978. a) **Henrique Fonseca de Araújo**’ (DJ 24-5-78, pág. 3617)”.²

Mais: o Supremo Tribunal Federal, como já exposto, não somente aplicou essa alteração da Lei nº 6.416/77 aos fatos praticados na sua vigência, como estendeu sua ratio a fatos anteriores, a fim de interpretar restritivamente a Súmula nº 146.

Posteriormente, a Lei nº 7.209/84, ao reformar a parte geral do Código Penal, voltou a admitir a prescrição retroativa, pela pena concretizada, entre a data do fato e o recebimento da denúncia:

2 Nilo BATISTA. Revista de informação legislativa, vol. 15, nº 59, pp. 131-136, jul./set. de 1978, grifo nosso.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se julgado pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

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

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

Ocorre que, **em novo movimento pendular**, a Lei nº 12.234/10, que entrou em vigor no dia 6/5/10, mais uma vez alterou o citado dispositivo legal:

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

§ 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** (grifo nosso).

Embora não se cuide de reforma idêntica à da Lei nº 6.416/77 - que limitava o reconhecimento da prescrição, com base na pena concretizada na sentença, à pretensão executória -, há uma similitude entre ambas: a **vedação à utilização da pena aplicada como parâmetro para cálculo da prescrição entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa**.

Em outras palavras, a teor da nova redação do art. 110, § 1º, do Código Penal, ainda que haja condenação, a prescrição entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa continuará a ser regulada pela pena máxima em abstrato cominada ao delito.

II) DA CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DA LEI nº 12.234/10.

A alteração promovida pela Lei nº 12.234/10 na prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, suscitou grande controvérsia doutrinária.

Fernando Capez sintetizou os seus efeitos:

Segundo o antigo preceito legal, constante do § 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". E, consoante seu § 2º, "a prescrição de que trata o parágrafo anterior pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa".

Pois bem, o dispositivo em comento trata da chamada prescrição retroativa, modalidade de prescrição da pretensão punitiva. É também calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que haja trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido o seu recurso. Tudo o que foi dito com relação à prescrição intercorrente [ou superveniente] é válido para a prescrição retroativa, com uma única diferença: enquanto a intercorrente [ou superveniente] ocorre entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa, a retroativa é contada da publicação dessa decisão para trás. Reconta-se a prescrição, que, antes, teve seu prazo calculado em função da maior pena possível, e, agora, é verificada de acordo com a pena aplicada na sentença. Pode ser que, com um prazo bem mais reduzido, tenha ocorrido a PPP [prescrição da pretensão punitiva] entre marcos anteriores. Por essa razão, se o tribunal constatar que não ocorreu prescrição pela pena concreta entre a publicação da sentença condenatória e o acórdão, passará imediatamente a conferir se o novo prazo prescricional, calculado de acordo com a pena concreta, não teria ocorrido entre:

- a) a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa;

- b) entre o recebimento da denúncia ou queixa e a pronúncia;
- c) entre a pronúncia e sua confirmação por acórdão;
- d) entre a pronúncia ou seu acórdão confirmatório e a sentença condenatória;
- e) entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória (no caso de crimes não dolosos contra a vida).

Por que o nome "retroativa"? Porque se conta de frente para trás. O tribunal faz o cálculo da publicação da sentença condenatória para trás, ou seja, da condenação até a pronúncia ou o recebimento da denúncia ou queixa, conforme o crime seja ou não doloso contra a vida, e assim por diante. É como se o tribunal estivesse retrocedendo do presente ao passado, gradativamente.

(...)

O que foi modificado com a promulgação da Lei n. 12.234/2010? De acordo com a atual redação do art. 110, § 1º, "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa", o § 2º, por sua vez, acabou sendo revogado pelo aludido Diploma Legal.

Com isso, o que houve, na verdade, foi apenas a vedação da prescrição retroativa incidente entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa (a lei equivocadamente não menciona a palavra "recebimento"). Com relação ao marco temporal constante dos itens "b", "c", "d" e "e", esse instituto continua a ser aplicável.

Nesse contexto, não se operará a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou queixa, isto é, durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, em que ocorre a apuração do fato, mas poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato.

Sobre a aplicação da lei penal no tempo, a norma não

retroage, não podendo prejudicar os autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor, ou seja, antes de 5/5/2010”.³

No mesmo sentido, pronunciaram-se **Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Ferraz de Sousa**.⁴

Respeitável corrente doutrinária, todavia, acoimou essa alteração legislativa de inconstitucional, por supostamente violar a proporcionalidade e os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia e da razoável duração do processo.

Nesse sentido, dentre outros, **Pierpaolo Cruz Bottini**;⁵ **René Ariel Dotti**⁶ e **Cesar Roberto Bittencourt**.⁷

Em sentido diverso, **Damásio Evangelista de Jesus** sustenta que a Lei nº 12.234/10 simplesmente extinguiu a prescrição na modalidade retroativa, quer entre a data dos fatos e a denúncia, quer entre o recebimento desta e a sentença condenatória, a partir de uma interpretação tanto genética quanto sistemática da alteração legislativa.

“Possuindo natureza de coibir a morosidade da persecução penal, impondo como sanção a extinção da punibilidade, cremos fora de propósito que punisse a lentidão na fase processual e não a penalizasse entre o fato e a denúncia ou queixa. Qual a conveniência em permitir uma só forma de prescrição durante a investigação, qual seja, a da pretensão

3 Fernando CAPEZ. *Curso de direito penal, parte geral*. Vol. 1. 18^a ed. - São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 628-630.

4 Luiz Flávio GOMES e Áurea Maria Ferraz de SOUSA. *Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente*. Disponível em www.lfg.com.br.

5 Pierpaolo Cruz BOTTINI. *Nova regra da prescrição cria desproporcionalidade*. Disponível em conjur.com.br.

6 René Ariel DOTTI. *A inconstitucionalidade da lei nº 12.234/10*. Disponível em migalhas.com.br.

7 Cesar Roberto BITTENCOURT. *Tratado de direito penal, parte geral*. Vol. 1. 17^a ed. - São Paulo : Saraiva, 2012, pp. 872-888

punitiva pela pena em abstrato, e admitir três durante o processo (a da pretensão punitiva propriamente dita, a retroativa e a virtual)? Onde, no vigente § 1º do art. 110, consta que a pena concreta, na ausência de recurso da acusação ou desprovido seu recurso, possui efeito retroativo? Sabido que a prescrição retroativa se encontrava no antigo § 2º do art. 110, revogado este, desapareceu aquela. Em nenhum momento, nos arts. 109 e 110 do CP, há referência à retroatividade da pena concreta. Na primeira parte do § 1º do art. 110 encontramos somente permissão à prescrição superveniente. A segunda parte da disposição, segundo cremos, não autoriza a compreensão de que admite a prescrição retroativa parcial.

Entender que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. A aceitar-se, será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prespcionais de igual extensão temporal.

(...)

Pensamos que o texto não foi editado especialmente para obstruir a prescrição retroativa, o que já o fizera em outras partes da lei, especialmente revogando a sua fonte, o § 2º do art. 110. Para nós, o referido parágrafo (§ 1º), em sua parte final, não pretendeu tratar da prescrição retroativa e sim de sua variante doutrinária e jurisprudencial, a virtual. A lei nova quis estender a vedação da forma *mater* à sua vertente, a chamada prescrição "virtual" ou "projetada" (...)".⁸

Posto o problema em equação, passo a analisá-lo.

III) DA SUBSISTÊNCIA PARCIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA, PELA PENA APLICADA.

8 Damásio Evangelista de JESUS. *Código penal anotado*. 22ª ed. - São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 433-438.

A meu ver, a prescrição retroativa, pela pena aplicada na sentença, não foi integralmente extinta pela Lei nº 12.234/10. Ela não mais subsiste apenas entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia ou queixa.

Não se olvida que o art. 1º da Lei nº 12.234/10 assim dispõe:

"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".

Ocorre que se o legislador pretendeu, no art. 1º da Lei nº 12.234/10, abolir integralmente a prescrição retroativa, essa intenção não se converteu em realidade normativa, haja vista que seu art. 2º, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, determina que

"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".

Ora, somente estaria abolida a prescrição retroativa se a redação do dispositivo fosse:

"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 publicação da sentença ou acórdão condenatórios".

Em suma, se a intenção do legislador, expressa no art. 1º da Lei nº 12.234/10, era eliminar totalmente a prescrição retroativa pela pena em concreto, não é preciso grande esforço exegético para se concluir que o art. 2º restringiu-lhe o alcance.

Nesse ponto, não supero o **enunciado** da norma.

O texto permite concluir, com segurança, que o legislador optou por

conferir efeito *ex tunc* à prescrição da pretensão punitiva, com base na pena concreta, apenas a partir do recebimento da denúncia ou queixa.

Na sua liberdade de conformação, o legislador poderia ter suprimido **integralmente** a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena em concreto, a fim de que esta regulasse apenas a prescrição da pretensão executória, o que, como visto, optou por não fazer.

Se assim o é, por qual razão não poderia apenas modular seus efeitos, vedando-a entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa?

Essa alteração, diversamente do que sustenta a impetrante, não colide com a Constituição.

IV) DO DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO. DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA. DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU CONSEQUÉRIO, O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA.

Segundo **Robert Alexy**, ao lado dos direitos de defesa, que se destinam a proteger o indivíduo contra intervenções do Poder Público - e, nesse sentido, são direitos a uma ação negativa (abstenção) do Estado -, existem os direitos a prestações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo), que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos e compreendem prestações fáticas (ou materiais) e prestações normativas.⁹

Dentre esses direitos a prestações estatais em sentido amplo, destacam-se os chamados direitos de proteção, entendidos como os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Eles impõem ao Estado uma obrigação de proteger ou fomentar a algo, por meio de prestações de natureza jurídica e de natureza fática. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de

⁹ Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. - São Paulo : Malheiros, 2012, p. 433/444.

proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais, como a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade.¹⁰

Fala-se, portanto, em dever fundamental de proteção do Estado, que, por meio de lei, ato administrativo ou atuação fática, está obrigado a atuar positivamente para impedir que um indivíduo viole direitos fundamentais de outro.¹¹

Por força desse dever, de acordo com **Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco**, o Estado está obrigado a editar normas penais para coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais.¹²

Como anota **Aníbal Bruno**, a finalidade do Direito Penal é

“(...) a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a paz pública etc.

(...)

O que se manifesta no exercício da Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social”.¹³

Para **Santiago Mir Puig**, o Direito Penal, entendido como o conjunto de normas que associam ao delito, como pressuposto, penas ou medidas de segurança, como consequência jurídica, é um dos instrumentos de controle social mais importantes da sociedade, tendente a evitar determinados comportamentos que se reputam indesejáveis, mediante a ameaça de imposição de distintas sanções. “Pode-se discutir qual ou quais são as funções que se atribuem à pena – retribuição, prevenção – mas é inegável que se trata de um mal que se associa ao cometimento de

10 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 450-461.

11 Martin BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 112-115 e 144-145

12 Gilmar Ferreira MENDES; Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. - São Paulo : Saraiva, 2014, p. 160.

13 Aníbal BRUNO. *Direito penal*. Tomo I. 5ª ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2005, pp. 5-9.

um delito, seja porque se crê que, com tal mal, se faz justiça, seja porque, com sua ameaça, pretende-se dissuadir a prática de delitos".¹⁴

Como lembra **Jeschek**, a missão do Direito Penal é proteger a convivência humana em sociedade. Como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, tem importância fundamental, uma vez que visa assegurar a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal, exercendo uma função repressiva e uma função preventiva. Assim, "toda pena deve contribuir para fortalecer novamente no condenado o respeito pelo Direito e a fazer com que regresse, por si mesmo e por seu próprio convencimento, ao caminho da ordem".¹⁵

Por sua vez, a Política Criminal se ocupa de como configurar o Direito Penal da forma mais eficaz possível para que possa cumprir sua tarefa de proteção da sociedade, respeitando-se os princípios da culpabilidade, do Estado de Direito e da humanidade das penas.¹⁶

Nesse sentido, aduz **Santiago Mir Puig** que a efetiva execução da pena, além do caráter retributivo, de prevenção especial e de ressocialização, atinente ao condenado, não deixa de exercer relevante função de prevenção geral, não apenas do ponto de vista da pura **intimidação negativa** (isto é, inibidora da tendência a delinquir), como também pela **afirmação positiva** do Direito Penal, que se manifesta: **i)** pela função informativa do que está proibido fazer; **ii)** pelo reforço, no seio social, da confiança no sistema de justiça criminal e na capacidade de a ordem jurídica de se impor; e **iii)** pelo fortalecimento, na maioria dos cidadãos, de uma atitude de respeito pelo Direito.¹⁷

Segundo **Jeschek**,

"Pena é a compensação a uma violação do Direito

14 Santiago Mir PUIG. *Derecho penal*. Parte general. 6^a ed. Barcelona : Editorial Repertor, 2002, pp. 47-53.

15 Hans-Heinrich JESCHEK. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Volume I. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1981, pp. 3-7

16 Hans-Heinrich JESCHEK . *Tratado de derecho penal cit.*, pp. 29-30.

17 Santiago Mir PUIG, *Derecho penal*. Parte general. 6^a ed. Barcelona : Editorial Repertor, 2002, pp. 83-105.

cominada penalmente mediante a imposição de um mal proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade que expressa a reprovação pública do fato e **consegue, deste modo, a afirmação do Direito**".¹⁸

O ilustre penalista alemão afirma que a justificação da pena reside na sua necessidade para manter a ordem jurídica, como condição fundamental para a convivência humana em sociedade:

"O Poder do Estado se aniquilaria por si mesmo, se não tivesse força suficiente para impedir que as infrações jurídicas intoleráveis se afirmassem abertamente. Sem a pena o Ordenamento Jurídico deixaria de ser uma ordem coativa e quedaria rebaixado ao nível de uma simples recomendação não vinculante. A pena, como expressão da coação jurídica, forma parte de toda comunidade baseada em normas jurídicas (justificação jurídicopolítica da pena). A pena é ademais necessária para satisfazer a sede de justiça da comunidade. **Uma convivência humana pacífica seria impossível se o Estado se limitasse simplesmente a defender-se dos delitos cuja comissão fosse iminente e pretendesse que tanto da vítima como da generalidade, que aceitassem o delito cometido e vivessem com o delinquente como se nada houvesse se passado.** As consequências dessa atitude levariam a que cada um tomasse a justiça pelas próprias mãos e o regresso à pena privada (justificação psicosociológica da pena)".¹⁹

Pela prevenção especial, diz **Aníbal Bruno**,

"(...) procura-se evitar que novos crimes ocorram, por ação exercida sobre o próprio delinquente (...). Aí também se pode fazer sentir, como na prevenção geral, a força da intimidação. O criminoso mostrou-se indiferente à ameaça da pena, mas a sua

18 Hans-Heinrich JESCHEK. *Tratado de derecho penal cit.*, p. 18, grifo nosso.

19 Hans-Heinrich JESCHEK. *Tratado de derecho penal cit.*, p. 90, grifo nosso.

aplicação e execução podem agir de modo mais eficaz. A sanção penal já não é uma abstração da lei, cujas verdadeiras consequências não podem ser percebidas; é uma realidade cujos efeitos penosos o réu está sofrendo e pode temer voltar a sentir".²⁰

Transformar a abstração normativa nessa realidade diz respeito à efetividade da norma penal.

Para Hans Kelsen,

"Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma de sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos".

(...)

"Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas".²¹

Luís Roberto Barroso, ao tratar da eficácia social da norma, aduz, com apoio em Kelsen, que

"[a] efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Assim, ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas."²²

20 Aníbal BRUNO. *Direito penal*. Tomo III. 3^a ed. - Rio de Janeiro : Forense, 1967, p. 49, grifo nosso.

21 Hans KELSEN. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1991, pp. 11 e 225.

22 Luis Roberto BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira* . 9^a ed. - Rio de Janeiro : Renovar, 2009, pp. 82-84

A Lei nº 12.234/10 visa exatamente concretizar, em justa medida, o dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade e conferir maior efetividade às normas penais que os tutelam e à prestação jurisdicional.

Nesse contexto, **assegurar-se a efetividade da execução de uma pena legalmente prevista e regularmente imposta**, em processo no qual tenham sido respeitadas, dentre outras, as garantias constitucionais do juiz natural, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, **mediante sua imunização contra os efeitos retroativos da prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, não importa em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e seu consectário, o princípio da humanidade das penas**, cujo principal escopo é vedar a imposição de penas crueis, degradantes, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo ou de morte (art. 5º, XLVII, CF) e assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF).

O acusado não deixa de ser tratado como pessoa humana pelo simples fato de se conferir maior efetividade à sanção penal, mesmo porque, afirmada a sua responsabilidade criminal, há o “dever de submeter-se às consequências jurídicas do crime”.²³

Na lição de **José Frederico Marques**, calcada em **Bettoli**,

“Humanizar a pena não é o mesmo que inocuizá-la como castigo e retribuição. As sanções penais devem ser temidas para que a pena consiga atingir suas finalidades de prevenção geral. A humanização do Direito Penal não pode ultrapassar as fronteiras da retribuição para transformar em prêmio a sanção punitiva e os cárceres em *luogo di piacere*. O condenado deve ser tratado com humanidade. Não se permite que o castigo imposto venha a ser instrumento de iniquidade e degradação; necessário se faz, no entanto, que a pena, como um mal que o delinquente deve sofrer, não se dilua e desapareça no tratamento conferido

ao condenado".²⁴

Precisas, ainda, as palavras de **Paulo José da Costa Júnior**:

"A pena, para exercer sua função intimidadora, deverá ser certa. É a advertência que já fazia o Marques Cesare De Beccaria, muitos anos atrás. O réu deverá compenetrar-se de que, praticado o crime, será certamente punido com uma sanção justa e proporcional ao mal causado.

Há os que põem em dúvida o caráter intimidativo da pena (...).

Mas a pena, quando for certa, intimida sim. Veja-se o caso das infrações de trânsito, cujas sanções são certas, tecnicamente aplicadas, mediante radares colocados em ruas e estradas. São elas inapeláveis. Registram a infração, que se segue de multa e mesmo de perda da carteira de habilitação do motorista, se os pontos forem superiores a vinte. Mediante a certeza da aplicação da pena e da perda da carteira, os delitos de trânsito diminuíram sensivelmente.

É a prova evidente de que a pena, quando certa, intimida, detém, o infrator na senda delituosa.

O direito penal, para intimidar, deverá munir-se da certeza da execução (...)"²⁵

Não há dúvida, por outro lado, de que a Lei nº 12.234/10 importa numa intervenção no direito de liberdade.

Com efeito, ao determinar que, entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa - que continua a operar como marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, do Código Penal) - , a prescrição seja calculada com base na pena em abstrato, e não na pena aplicada na sentença, a lei

24 José Frederico MARQUES. *Tratado de direito penal*. Vol. III. 1ª ed. atualiz. - Campinas : Millennium, 1999, p. 148

25 Paulo José da COSTA JUNIOR. Prefácio à obra *Crime e castigo. Reflexões politicamente incorretas*. 2ª ed. – Campinas : Millenium Editora, 2002, p. XIX, de Ricardo Henry Marques Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr.

reduz a probabilidade de extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva.

Resta agora submetê-la ao exame da proporcionalidade, para se aferir se há justificação constitucional para essa intervenção.

V) DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO.

Não cabe, nesta seara, ingressar no tormentoso campo da terminologia relativa à proporcionalidade, para definir se é critério, princípio²⁶, regra²⁷, máxima²⁸ ou postulado normativo aplicativo, regra de segundo nível ou meta-regra.²⁹

Importa, mais do que a terminologia, a correta estruturação e aplicação da proporcionalidade.

Destaco ainda que a proporcionalidade em sentido amplo se distingue da razoabilidade em função de sua origem e estrutura de aplicação.

A razoabilidade ou, mais, precisamente, o “princípio da *irrazoabilidade*”, tem origem na jurisprudência inglesa que, a partir de decisão proferida em 1948, passou a rejeitar atos ou decisões que fossem *excepcionalmente* irrazoáveis, que nenhuma autoridade razoável adotaria. Trata-se, portanto, de um “teste da irrazoabilidade”, para se aferir se a Corte tem ou não legitimidade para glosar o ato impugnado.³⁰

26 Nicolas Gonzalez-Cuellar SERRANO. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid : Editorial Colex, 1990, pp. 16-69. José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional* cit., pp. 259-26. Gilmar Ferreira MENDES. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 217-227. Suzana de Toledo BARROS. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000, pp. 22, 67-72, 81, 153-159 e 168-172)

27 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002, p. 24.

28 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 117.

29 Humberto Ávila. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. – São Paulo : Malheiros, 2011, pp. 145-149 e 171-173.

30 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável* cit., pp. 27-34. No mesmo

Costuma-se ainda associar a proporcionalidade à razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, baseada no devido processo legal em sentido material, previsto, em nosso ordenamento, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.³¹

O exame da proporcionalidade propriamente dito, por sua vez, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.³² Como observa Virgílio Afonso da Silva, embora proporcionalidade e razoabilidade tenham objetivos semelhantes, esses termos não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional – v.g., uma leve intervenção em um direito fundamental, desprovida de fundamentação constitucional - sem ser absurdamente irrazoável. **Logo, ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.**³³

sentido, Willis Santiago GUERRA FILHO. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1ª ed. - São Paulo : Malheiros, 2001, p. 283.

31 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável* cit., pp. 27-34. Segundo esse autor, a primeira decisão da Suprema Corte Americana a fazer uso da exigência de proporcionalidade é de 1994. José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional* cit., pp. 259-261 e 448-451. Luís Roberto BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2004, pp. 218-246.

32 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável* cit., pp. 27-34. Willis Santiago GUERRA FILHO. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1ª ed. - São Paulo : Malheiros, 2001, p. 283. *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. In: *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo : Malheiros, 2005, p. 260-264.

33 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002, pp. 26-27. Registro, todavia, a posição em sentido diverso de Luís Roberto BARROSO, para quem, a despeito da origem e desenvolvimento distintos, razoabilidade e proporcionalidade “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o

Com efeito, diferentemente da razoabilidade, o exame da proporcionalidade **tem uma estrutura racionalmente definida**, com sub-regras³⁴ [ou, conforme a terminologia adotada, submáximas, subelementos, subcritérios ou subprincípios] independentes, que são aplicadas, de acordo com **Carlos Bernal Pulido**, de maneira sucessiva e escalonada.³⁵

Há, portanto uma ordem pré-definida para sua aplicação: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras de **Virgílio Afonso da Silva**,

“Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a *necessidade* do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da *adequação* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Não é o caso. A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes

bastante para serem intercambiáveis”. *Interpretação e aplicação da constituição cit.*.. pp. 372-373, em especial a nota de rodapé n. 62.

34 Robert ALEXY, na famosa nota de rodapé n. 84, expõe seu ponto de vista a respeito do caráter de regras, e não de princípios, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: “A ‘máxima’ da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”. *Teoria dos direitos fundamentais cit.*, p. 117.

35 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* . 3^a ed. atual. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 692-693.

se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.³⁶

A observância dessa ordem pré-definida para aplicação de suas sub-regras é que torna racional, e não fruto de intuição ou decisionismo judicial, o exame da proporcionalidade.

V.a) DO EXAME DA IDONEIDADE (OU ADEQUAÇÃO).

De acordo com a sub-regra da idoneidade (ou adequação), toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover, a fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Não se exige que ela realize por completo esse fim, mas, tão somente, que se mostre idônea a favorecer a sua obtenção.³⁷.

36 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002, pp. 30 e 34.

37 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3^a ed. atual. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 693. Martin BOROWSKI. *La estructura de los direitos fundamentais*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá :

É suficiente, nesse exame da simples relação de causalidade empírica entre meio e fim³⁸, que o meio, nas palavras de **Humberto Ávila**, possa contribuir para a promoção gradual do fim, que o promova minimamente, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro.³⁹

Um fim é considerado constitucionalmente legítimo quando a sua consecução é ordenada ou permitida pela Constituição, e ilegítimo quando por ela seja proibido, explícita ou implicitamente.⁴⁰

Na espécie, o fim da Lei nº 12.234/10 é promover uma maior efetividade das normas penais incriminadoras e da tutela jurisdicional penal, razão por que é constitucionalmente legítimo, na esteira do dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade.

Por sua vez, o meio escolhido - impedir o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada, na modalidade retroativa, entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa - , é apto, idôneo a promover a realização daquele fim.

Portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, supera, com êxito, o exame da idoneidade (adequação).

V.b) DO EXAME DA NECESSIDADE.

O exame da necessidade impõe a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele escolhido pelo Poder Legislativo, e que

Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130. Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. - 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2011, p.170.

38 Anizio Pires Gavião Filho. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação* . Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, pp. 241-245.

39 Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo : Malheiros, 2011, pp. 177-179

40 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* . 3ª ed. atual. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 696. Martin BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130.

HC 122694 / SP

possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.⁴¹

Trata-se de um **teste comparativo**, de consideração das medidas alternativas que pudessem promover o mesmo fim,⁴² haja vista que uma medida não será necessária se a sua finalidade também puder ser alcançada por outro meio ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado ou restrinja-o com uma intensidade menor.⁴³

Em se tratando de lei, como observa **Carlos Bernal Pulido**,

A busca de meios alternativos pode ser interminável; esse afã conhece unicamente os limites da imaginação. Sem embargo, o Tribunal Constitucional deve escolher alguns, a fim de poder levar a cabo o exame da necessidade. Para esse efeito, o Alto Tribunal deve selecionar aqueles que, de acordo com os conhecimentos científicos, técnicos, dogmáticos e gerais, existentes no momento da expedição da norma legislativa examinada, teriam podido ou poderiam ser idôneos de alguma maneira a contribuir à obtenção do fim legítimo perseguido pelo Parlamento (...)"⁴⁴.

Quais seriam, portanto, outros meios alternativos que, hipoteticamente, se revestiriam de algum grau de idoneidade para

41 Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12^a ed. ampl. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 182.

42 Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2^a ed. - 2^a tiragem. São Paulo : Malheiros, 2011, p.171.

43 Martin BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales* . Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130. Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais* . Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. - São Paulo : Malheiros, 2012, p. 119. Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* . 3^a ed. atual. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 748. Gilmar Ferreira MENDES; Paulo Gustavo Gonçalves BRANCO. *Curso de direito constitucional* . 9^a ed. - São Paulo : Saraiva, 2014, p. 227

44 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad cit.*, pp. 742-743

alcançar o fim a que se propõe a Lei nº 12.234/10?

Para Luis Prieto Sanchís, quando se questiona a possível existência de outras intervenções menos gravosas, o juiz, deve assumir o papel de um diligente legislador na busca do meio mais apropriado.⁴⁵

O legislador, exemplificativamente, poderia: i) criar novos marcos interruptivos do prazo prescricional (v.g., instauração do inquérito, notificação do investigado da instauração da investigação, inquirição do investigado, relatório conclusivo da autoridade policial, recebimento dos autos pelo Ministério Público para formação da **opinio delicti**, decretação de medida cautelar pessoal etc.); ii) aumentar todas as penas abstratamente cominadas aos crimes; iii) manter as penas existentes, mas aumentar todos os prazos de prescrição pela pena em abstrato previstos no art. 109 do Código Penal.

Na comparação entre medidas potencialmente idôneas, duas são as variáveis a serem consideradas: i) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e ii) o grau de restrição ao direito fundamental atingido.⁴⁶

Na espécie, para promover o fim de maximizar a efetividade das normas penais incriminadoras, os meios alternativos hipoteticamente elegíveis se mostram tão eficientes quanto a vedação da prescrição retroativa, pela pena concretizada, entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, mas o aumento de penas e/ou de todos os prazos prespcionais indubitavelmente atingiria, com maior intensidade, o direito de liberdade.

Por sua vez, a criação de novos marcos interruptivos da prescrição na fase da investigação preliminar não afetaria o direito de liberdade de modo menos intenso que a medida legislativa ora hostilizada.

Desta feita, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, supera, com êxito, o exame da necessidade.

V.c) DO EXAME DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO

45 Luís Prieto SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid : Editorial Trotta, 2009, p. 204

46 Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais cit.*, p. 171.

ESTRITO.

O último exame é o da proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com o qual

“(...) a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.

Esta definição significa que as vantagens que se obtêm mediante a intervenção legislativa no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para os seus titulares e para a sociedade em geral. Trata-se de uma comparação entre a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e este fim”.⁴⁷

Esse exame, segundo **Humberto Ávila**,

“(...) exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”⁴⁸

Trata-se, desta forma, de um controle de sintonia fina, que indica a justeza da solução alvitrada ou a necessidade de sua revisão.⁴⁹

47 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad cit*, pp. 763-764.

48 Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios cit.*, p. 185.

49 Gilmar Ferreira MENDES; Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de direito constitucional cit.*, p. 227.

Essa etapa consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, a fim de evitar que uma medida estatal, a despeito de adequada e necessária, restrinja direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.⁵⁰

Dito de outro modo, os benefícios que derivam da proteção penal, da perspectiva do bem juridicamente tutelado, não de compensar os custos que necessariamente derivam do sacrifício.⁵¹

Diversamente das regras, cujas antinomias ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios se dão na dimensão do peso.

Quando princípios colidem, estabelecendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido. Será mister a fixação de *relações condicionadas de precedência*, ou seja, a determinação das condições sob as quais um princípio terá precedência em face do outro.⁵²

Para se estabelecer a relação de precedência de um princípio sobre outro, aplica-se, de acordo com **Robert Alexy**, a denominada lei do sopesamento: quanto maior o grau de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. O sopesamento compreende avaliar: **i)** o grau de afetação de um dos princípios; **ii)** a importância da satisfação do princípio colidente; e **iii)** se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.⁵³

Cuida-se, em outras palavras, de estabelecer quais são as razões suficientes para que a um princípio se atribua um peso maior que ao outro, contra o qual colide.

Torna-se imprescindível, aqui, fixar a magnitude, isto é, o peso, da importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva, pela intervenção legislativa.⁵⁴

50 Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais* cit. p. 175.

51 Luis Prieto SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid : Editorial Trotta, 2009, p. 273.

52 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 93-99. Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais* cit., pp. 50-51.

53 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 593-594.

54 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 766.

Para tanto, é possível recorrer-se a uma escala de graus de intensidade da afetação de um princípio e da importância da satisfação do outro, para fundamentar as premissas da argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Embora haja certo grau de discricionariedade na elaboração dessa escala, o modelo mais comumente utilizado, segundo **Robert Alexy**, é o **triádico**, de três níveis ou graus de intensidade: leve (= fraco, reduzido, débil), médio e grave (= forte, sério, elevado). Nada obstaria, ainda, o recurso a uma escala mais refinada, com nove graus ou níveis (o chamado modelo **triádico duplo**), obtidos mediante a aplicação daqueles três graus a si mesmos, a fim de superar eventuais impasses de enquadramento da escala triádica simples: a) levíssima (= leve/leve); b) moderadamente leve (= leve/média); c) leve quase moderada (= leve/grave); d) moderada tendente para o leve (= moderada/leve); e) moderada propriamente dita (= moderada/moderada); f) moderada quase séria (= moderada/grave); g) levemente séria (= grave/leve); h) moderadamente séria (= grave/moderado); e i) seriíssima (= grave/grave).⁵⁵

Poder-se-ia também, ao invés da utilização da escala triádica (graus leve, médio e grave), atribuir elementos numéricos crescentes (1,2,3) aos níveis de intensidade da afetação de um princípio e da satisfação do outro, correspondentes àqueles graus, para melhor controlabilidade da argumentação empregada no sopesamento.⁵⁶

De qualquer forma, como ressalta **Virgílio Afonso da Silva**, é mister ter presente que

55 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais cit.*, pp. 593-611. *La fórmula del peso*. In: *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Coord. Miguel Carbonell. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-26 e 40. Anizio Pires GAVIÃO FILHO. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, pp. 260-283.

56 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais cit.*, pp. 593-611. *La fórmula del peso cit.*, pp. 25-49. Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidade cit.*, pp. 786-805. Anizio Pires GAVIÃO FILHO. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, pp. 260-283. Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais cit.*, pp. 175-176

“não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Eses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas”.⁵⁷

Estabelecidas as premissas do raciocínio a ser empregado, passo ao sopesamento propriamente dito dos princípios ora em conflito.

O grau de afetação do direito de liberdade pela Lei nº 12.234/10, ao inviabilizar a extinção da punibilidade do agente entre a data do fato e o recebimento da denúncia com base na pena aplicada, a meu sentir, pode ser considerado médio, ou, numa escala mais refinada, situado entre médio e grave. O grau mais alto da escala (grave) somente seria atingido se as penas cominadas aos crimes e/ou todos os prazos prescricionais fossem majorados.

Por sua vez, o grau de importância da satisfação dos princípios colidentes - dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, à vista das razões já expendidas no item IV supra, pode ser classificado como intenso ou forte.

Logo, as fortes razões para a intervenção legislativa - maximizar o cumprimento do dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, a efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, justificam o grau de restrição imposta ao direito de liberdade, tanto mais que os outros meios à disposição do legislador (aumento de penas ou de todos os prazos prescricionais) poderiam afetá-lo de modo muito mais intenso.

A título de argumentação, ainda que se reputasse forte o grau de

afetação da liberdade de locomoção, haveria uma equivalência com o grau de importância da realização dos princípios colidentes. E, se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional.⁵⁸

Desta feita, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, é proporcional em sentido estrito.

Nem se alegue que a alteração legislativa em questão importaria em violação ao conteúdo essencial do direito de liberdade, haja vista que, de acordo com **Virgílio Afonso da Silva**, se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Referido autor resume o seu raciocínio no seguinte silogismo:

“. restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
. restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
∴ restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial”.⁵⁹

Não se pode deslembra que a proporcionalidade, como pondera **Luís Prieto Sanchis**, deve ser aplicada com prudência, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática. Isso, por óbvio, não significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta - o que importaria na criação de um espaço isento, de uma “lacuna de constitucionalidade” - , mas sim validar opções políticas legítimas.⁶⁰

58 Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 608.

59 Virgílio Afonso da SILVA. *Direitos fundamentais* cit. p. 206.

60 Luís Prieto SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri : Editorial Trotta, 2003, p. 288.

O Parlamento tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação. Representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição.⁶¹

A Lei nº 12.234/10, portanto, se insere na **liberdade de conformação do legislador**, que tem **legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos**, desde que não lhe seja vedado pela Constituição e nem viole a proporcionalidade, a fim de, ao restringir direitos, realizar uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.⁶²

VI) DA RAZOABILIDADE DA LEI nº 12.234/10 E SEU SUPORTE EMPÍRICO.

A razoabilidade, segundo **Humberto Ávila**, constitui um postulado normativo aplicativo, na medida em que estrutura a aplicação de outras normas, notadamente regras. Dentro das suas várias acepções, a razoabilidade é empregada como **diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência**, com as condições externas de sua aplicação, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Na primeira hipótese, afastam-se motivos arbitrários; na segunda hipótese, exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se trata de uma análise de relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. O legislador, portanto, não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, sob pena de violar a exigência de

61 Carlos Bernal PULIDO. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 498-499.

62 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e teoria da constituição*.

vinculação à realidade. Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias.⁶³

Embora diversas as suas estruturas de aplicação, como já exposto no item V supra, a razoabilidade aproxima-se, aqui, do exame da proporcionalidade na sua vertente de proibição do excesso – *relembre-se que a proporcionalidade também pode ser utilizada para finalidade oposta, isto é, como proibição por defeito⁶⁴ ou instrumento contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais⁶⁵* - na medida em que ambos têm por objetivo interditar o arbítrio e neutralizar o abuso do poder de legislar, que não pode agir de forma imoderada (HC nº 99.832/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 31/8/12).

Sob esse prima, não se vislumbra excesso ou imoderação na nova disciplina da prescrição da pretensão punitiva retroativa, uma vez que o dever de congruência está presente na edição da Lei nº 12.234/10, cujo escopo declarado é evitar a impunidade.

Não creio que seja necessário, dada a sua notoriedade, lançar mão de pesquisas e relatórios para demonstrar a baixa eficiência dos fluxos do sistema de Justiça Criminal no Brasil, tanto do ponto de vista da investigação quanto da aplicação da sanção penal e sua efetiva execução.

Cito, exemplificativamente, o Relatório Nacional da Execução da Meta 2 (“A impunidade como alvo”) da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) - cujos gestores são o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério da Justiça -, segundo o qual a taxa de esclarecimento de homicídios no Brasil situa-se entre 5% e 8%.

Por sua vez, a taxa de esclarecimento de roubos, no Estado de São Paulo, situa-se entre 2% e 4%.

63 Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. – São Paulo : Malheiros, 2011, pp. 163-172, grifo nosso.

64 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e teoria da constituição* . Coimbra: Almedina, 1998, p. 265.

65 Virgílio Afonso da SILVA. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002, pp. 26-27.

Outros dados empíricos, que demonstram a impossibilidade de se investigar, com eficiência, todos os crimes praticados, bem ilustram a vinculação da Lei nº 12.234/10 à realidade.

Apenas no Estado de São Paulo, de janeiro a agosto de 2014, foram instaurados 314.334 inquéritos policiais. Em 2013, foram instaurados, no total, 429.279 inquéritos policiais (dados extraídos do sítio eletrônico da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo).

Em 2013 foram registradas, no mesmo Estado, 4.444 ocorrências de homicídio (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 4.836 e 4.193), 542.888 de furto (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 543.310 e 541.139), 257.062 de roubos (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 237.810 e 235.523) e 215.525 de furto e roubo de veículos (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 195.685 e 184.311).

De acordo com pesquisa do Instituto Sou da Paz, apresentada no 7º Encontro do Fórum de Segurança Pública, foram registrados no Município de São Paulo, em 2009, 159.578 boletins de ocorrência referentes a crimes de roubo e extorsão. Desse universo, foram instaurados 9.759 inquéritos, dos quais apenas 6.778 foram relatados identificando a autoria do crime. Em 2010, foram 145.926 boletins de ocorrência de crimes daquela espécie, em relação aos quais foram instaurados 9.107 inquéritos, dos quais somente 6.510 foram relatados identificando a autoria do crime. Em 2011, foram 150.299 boletins de ocorrência, motivando a instauração de 8.944 inquéritos, dos quais somente 6.129 foram relatados identificando a autoria do crime.

Somem-se, a essas estatísticas parciais, milhares de outros ilícitos penais (tráfico de drogas, crimes diversos contra a pessoa, o patrimônio, a dignidade sexual, a fé pública, a administração pública, crimes ambientais etc.), de boletins de ocorrência e de inquéritos policiais, inclusive relativos a anos anteriores, que, sucessivamente, se cumulam, para investigação.

Diante desses números, encontráveis em todas as esferas (federal, estadual e distrital), e da impossibilidade financeira de o Estado atender, em sua plenitude, a todas as outras demandas sociais, importaria

dissociação da realidade pretender que os órgãos da persecução devessem ser providos com **toda** a estrutura material e humana para investigar, com eficiência e celeridade, **todo e qualquer** crime praticado.

A avassaladora massa de delitos a investigar é, indiscutivelmente, uma das causas eficientes da impunidade, dada a demora – quando não verdadeira impossibilidade – no seu esclarecimento, na verificação da responsabilidade penal do imputado e na punição dos culpados, assim reconhecidos definitivamente como tais.

Acresça-se a esse contexto a chamada “cifra negra” ou “campo obscuro da delinquência”, que se define, segundo **Raúl Cervini**,

“(...) como a diferença existente entre a **criminalidade real** (**quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados**) e a **criminalidade aparente** (**criminalidade conhecida pelos órgãos de controle**), que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal”. Dentre as inúmeras motivações para a sub-notificação de crimes, insere-se a falta de confiança na efetividade do sistema de justiça criminal”.⁶⁶

Sob esse aspecto, se é certo que a maior efetividade da tutela jurisdicional penal constitui um dos instrumentos idôneos para minimizar a sub-notificação de crimes, por outro, paradoxalmente, teria o efeito de, aproximando a criminalidade aparente da criminalidade real, contribuir para um maior congestionamento do sistema de justiça criminal, retardando ainda mais a tutela jurisdicional final e a execução de eventual sanção imposta.

Vittorio Grevi, ao tratar do *giusto processo*, aduz que o objetivo institucional do processo é verificar os fatos e responsabilidade do agente,

66 Raúl Cervini. *Os processos de descriminalização*. 2^a ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 182-191. grifo nosso.

a fim de assegurar o exercício da jurisdição penal, o que, em si, é uma *finalidade neutra*. Embora o processo penal não tenha, de forma imediata, uma finalidade de defesa social, não se pode negar que, como instrumento exclusivo de atuação da lei penal, de forma mediata, cumpre essa finalidade, quando advém uma sentença condenatória.

Ao ver de **Grevi**, se não existe justiça sem garantias processuais, **também não há justiça quando o processo não consegue se aproximar do seu resultado natural, que é uma sentença justa⁶⁷** - e menos ainda, acrescento, quando essa mesma sentença justa acaba por não ter efetividade alguma.

No Estado Democrático de Direito, fazer justiça significa atingir o equilíbrio entre dois valores relevantes que são inerentes ao processo penal: assegurar a paz social pela punição dos crimes e garantir a todos os indivíduos o respeito à sua liberdade individual.⁶⁸

Assim, em havendo uma condenação definitiva, a justiça somente se concretiza com a sua efetiva execução.

Justo, pois, é assegurar o cumprimento de uma pena justa, proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente, imposta por meio do justo processo legal.

Verbera-se também que a Lei nº 12.234/10 constituiria parte do direito penal simbólico.

Nesse ponto, indaga **Claus Roxin**:

“São legítimas tais leis penais simbólicas? Não se pode responder a esta pergunta univocamente, com um sim ou um não, pois é claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade

67 Alla ricerca di un processo penale giusto itinerari e prospettive . Milano : Giuffrè, 2000, pp. 10-11, grifo nosso

68 Antônio SCARANCE FERNANDES. *Efetividade, processo penal e dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana . São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 532.

etc., tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal. **Assim, tão importante quanto atuar sobre a consciência da população, a legitimidade depende de se o dispositivo se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica".⁶⁹**

Nesse sentido, a vedação à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena concretizada, entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa, **constitui legítimo instrumento de política criminal do legislador** – assim entendida como critério empregado no tratamento da criminalidade.⁷⁰

Não se trata de um incremento da repressão, pela via do aumento indiscriminado de penas ou prazos prespcionais, mas de se conferir, repise-se, efetividade às sanções penais já existentes.

Tanto isso é verdade que a mesma Lei nº 12.234/10, ora vergastada, também aumentou de 2 (dois) para 3 (três) anos o prazo de prescrição, quando o máximo da pena cominada for inferior a um ano (art. 109, VI, CP) e, quanto a esse aspecto, nunca se questionou a sua constitucionalidade.

E qual a razão para o legislador aumentar, especificamente, esse prazo prescional?

Mais uma vez, a observação empírica de que o prazo anterior de dois anos, **dados a massa de crimes praticados, a estrutura dos órgãos da persecução penal e o inegável congestionamento do Poder Judiciário**, era insuficiente para uma resposta penal efetiva.

VII) DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (art. 5º, II, CF).

69 Claus ROXIN. *Estudos de direito penal*. trad. Luís Greco. 2ª ed. - São Paulo : Renovar, 2012, pp. 47-48, grifo nosso.

70 Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*. 6ª ed. - Barcelona : Editorial Repertor, 2002, pp. 57-58.

A alteração legislativa ora hostilizada não viola o princípio da isonomia.

O art. 110, § 1º, do Código Penal, na nova redação conferida pela Lei nº 12.234/10, dado o seu caráter abstrato e geral, não individualiza e nem discrimina o seu destinatário. Todo e qualquer crime, e, por via de consequência, todo e qualquer agente, indistintamente, subsume-se na sua hipótese normativa.

O fato de se admitir a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena concretizada, entre o recebimento da denúncia ou queixa e marcos interruptivos posteriores, mas não se admiti-la entre a data do fato e aquele primeiro marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, CP), é questão de política criminal, que também não vulnera o princípio da isonomia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

“o ponto nodular para o exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele”.⁷¹

Em suas palavras, para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente

71 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2009, p. 37.

protegidos, isto é, resulte numa diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público".⁷²

Na espécie, qual o discrimen que subjaz à Lei nº 12.234/10?

A meu sentir, a **imputação**.

O legislador, legitimamente, elegeu o recebimento da denúncia ou queixa, peças nas quais se individualiza e se formaliza a imputação, como o elemento que autoriza discriminar o momento em que a prescrição deixa de ser regulada pela pena em abstrato para ser regulada pela futura pena aplicada na sentença, e essa opção se justifica pela natureza e finalidade da investigação preliminar.

A fase da investigação preliminar visa à obtenção de todos os elementos necessários à formação da *opinio delicti*, sem que se possa precisar, de antemão, diante do influxo de inúmeras e incontroláveis variáveis, o tempo necessário à apuração do fato e sua autoria.

Uma vez reunidos os elementos de informação imprescindíveis à formação da *opinio delicti* e instaurada a ação penal, não mais se trata de investigar fatos ainda não perfeitamente delineados e sua autoria, mas de provar – ônus que recai inteiramente sobre o órgão acusatório – os fatos em que se lastreia a imputação. Na fase da ação penal, há uma imputação formalizada e um processo instaurado contra um réu individualizado.

Existe, portanto, uma correlação lógica entre esses fatores diferenciais e o regime jurídico distinto da prescrição retroativa, pela pena aplicada, eleito pelo legislador.

Ainda que a fase da investigação preliminar deva, tanto quanto possível, reger-se pelo princípio da duração razoável, não há como submetê-la ao jugo de um limite temporal pré-determinado, dada a sua própria vocação, que é apurar a existência de uma infração penal e sua autoria.

A despeito da notória insuficiência de recursos humanos e materiais dos órgãos da persecução penal para investigar todos os crimes que lhes

72 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade cit., p.*

são comunicados, a demora na conclusão do inquérito policial ou instrumento equivalente da fase da investigação preliminar não é imputável, única e exclusivamente, a deficiências estruturais.

Há investigações que, por sua própria natureza, são complexas, como as relativas, v.g., a crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro ou que envolvam organizações criminosas, com uma intrincada cadeia de fatos e agentes a desvendar.

A investigação, em sentido amplo, compreende amealhar todos os elementos de informação possíveis para a formação do convencimento do titular da ação penal a respeito da prática de uma infração penal e sua autoria, o que implica, quando relevante e pertinente, localizar e inquirir vítimas e testemunhas, realizar interceptações telefônicas, buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, perícias etc. Há dados a serem requisitados, compilados, cruzados e analisados, em conjunto com inúmeros outros elementos de informação.

Em outras palavras, a tardança no encerramento da investigação não deriva necessariamente de deficiência estrutural ou negligência dos órgãos da persecução, mas pode ser ínsita à complexidade dos fatos em apuração.

Ademais, a própria existência do fato pode vir a ser tardiamente descoberta - como, aliás, sói acontecer em crimes de maior complexidade.

Nesse diapasão, subverteria a ordem das coisas exigir que a duração de toda investigação devesse se balizar pelo prazo de prescrição relativo à pena mínima cominada ao crime investigado, a fim de se evitar que, no caso de futura condenação, viesse a ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa, pela pena aplicada, entre a data do fato e o recebimento da acusação, uma vez que a efetividade das normas penais e da tutela jurisdicional é um valor constitucional a se resguardar.

Os limites temporais da investigação, repita-se, não podem ser condicionados a um prognóstico de imposição de pena no mínimo legal. Para bem cumprir sua finalidade, a investigação poderá

demandar o tempo que se fizer necessário para a apuração do fato, suas circunstâncias e autoria, respeitado o prazo de prescrição pela pena máxima em abstrato cominada ao delito.

Enquanto o titular da ação penal pública não vir reunidos todos os elementos necessários à formação do seu convencimento, não há como se coarctar a investigação, salvo, v.g., falta de justa causa ou a presença de causa de extinção da punibilidade, **sob pena de frustrar-se o exercício de uma função institucional do Ministério Público, constitucionalmente assegurada** (art. 129, I, CF).

Em suma, pelo imperativo da ausência de uma imputação formalizada pelo titular da ação penal, a prescrição da pretensão punitiva, entre a data do fato e o recebimento da acusação, deve sempre reger-se, de acordo com a legítima opção do legislador, pela pena máxima em abstrato cominada ao crime.

VIII) DOS PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (art. 5º, XLVI, CF).

A culpabilidade, como sabido, é fundamento e medida da pena. Como pressuposto de aplicação da pena, a culpabilidade é um juízo de reprovação sobre quem, agindo com dolo ou culpa, praticou um fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade – que envolve, nas palavras de **Günther Jakobs**, volição e cognição, um querer e um conhecer⁷³ - são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Como medida da pena, a culpabilidade interdita o excesso na individualização da pena e impõe limites à sua fixação, a exigir que não seja superior à gravidade do fato nem ao grau de responsabilidade do agente.

Não se divisa, portanto, qualquer incompatibilidade entre culpabilidade e individualização, de um lado, como juízo de reprovação e medida da pena, e, de outro, vedação à prescrição da pretensão punitiva,

73 Günther JAKOBS. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. 2ª ed. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 16.

na modalidade retroativa, pela pena já individualizada, para garantir a sua efetividade.

IX) DA GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (art. 5º, LXXVIII, CF).

A garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), que compreende processos judiciais de qualquer natureza e se estende ao âmbito administrativo, deve ser analisada sob dúplice aspecto: **i)** o direito a que qualquer processo (civil, penal, trabalhista) se desenvolva em prazo razoável ou sem dilações indevidas, e **ii)** o direito do réu ou imputado preso à revogação da prisão cautelar, caso não seja julgado em prazo razoável ou sem dilações indevidas.⁷⁴

No processo penal, como corolário dessa garantia, o ideal seria que toda investigação, preso ou solto o investigado, fosse concluída no prazo mais célere possível.

Todavia, como já exposto no item VII supra, considerando-se que inúmeras variáveis podem interferir na sua tramitação, a investigação, para bem cumprir sua finalidade, poderá demandar o tempo que se fizer necessário para apuração do fato criminoso e de sua autoria, respeitado o prazo de prescrição da pretensão punitiva.

Corroborando essa assertiva, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão para trancamento de uma investigação preliminar por mera tardança no seu encerramento, cuja consequência, no limite, somente pode ser a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato cominada ao crime investigado.

Nesse diapasão, **o principal foco da garantia da razoável duração do processo deve ser a tutela da liberdade de locomoção do investigado preso**, que não pode permanecer custodiado cautelarmente por prazo irrazoável.

Se assim o é, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a garantia da razoável duração do processo e a vedação à prescrição da

74 Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ. *Processo Penal*. Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012, p. 34.

pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena aplicada.

Outrossim, segundo **Mario Chiavario**, não há dúvida de que uma maior brevidade dos prazos prescricionais poderia influir positivamente sobre o princípio da duração razoável do processo. Mas se é verossímil que uma “prescrição breve” possa contribuir para estimular a condução célere da investigação e do processo, a fim de não se verem anulados, pela prescrição, os resultados do trabalho já executado, a fixação de lapsos prescricionais inadequados em relação aos recursos humanos e materiais do Estado tem dois efeitos negativos: **i)** a distorção que a prescrição gera nos objetivos do princípio da duração razoável do processo, que não visa tornar inútil o trabalho de verificação dos crimes mas, sobretudo, torná-lo mais eficaz, seja no sentido de conduzir a uma tempestiva repressão, seja no de não manter o imputado sob o pesadelo de uma acusação, particularmente se inocente; e **ii)** o recurso a expedientes dilatórios pela parte, para alcançar a prescrição.⁷⁵

A esse respeito, **Vittorio Grevi** adverte que a prescrição tem se transformado numa espécie de “âncora de salvação”, numa “absolvição, pela extinção do crime, arrancada com os dentes”.⁷⁶

O legislador, seguramente atento a essa realidade, optou por não mais prestigiar um sistema de prescrição da pretensão punitiva retroativa, pela pena aplicada, que culminava por esvaziar a efetividade da tutela jurisdicional penal.

X) ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO COMPARADA EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO PENAL.

A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena aplicada na sentença, constitui peculiaridade do Código Penal brasileiro, que não encontra similar, até onde é possível discernir, em nenhum outro ordenamento jurídico.

Registro, na parte que interessa, as seguintes legislações alienígenas:

75 Mario CHIAVARIO. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5^a ed. Torino : Utet Giuridica, 2012, pp. 290-291, grifo nosso.

76 Vittorio GREVI. *Compendio di procedura penale*. 6^a ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. XLII.

a) O Código Penal Alemão distingue “prescrição da ação penal”, com base na pena máxima abstratamente cominada ao crime (§§ 78 e 78.a), de “prescrição da execução” da pena (§ 79), esta sim regulada pela pena aplicada.⁷⁷

b) O Código Penal Italiano prevê, no art. 157, a “extinção do delito” que se verifica pelo decurso do tempo correspondente ao máximo da

77 Para melhor compreensão, cito tradução para o espanhol, feita por Claudia López Dias. **Título I. Prescripción de la acción penal.** §78. Plazo de prescripción (1) La prescripción excluye la sanción del hecho y el ordenamiento de medidas (§ 11 inciso primero numeral 5). El § 76 a inciso segundo primera frase numeral 1, quedan invariables. (2) Los crímenes realizados conforme a los incisos 220a (genocidio) y 211 (asesinato) no prescriben. (3) En tanto que la persecución prescriba 3 asciende el plazo de prescripción a: 1. treinta años para hechos, que son amenazados con pena de libertad de por vida 2. veinte años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo mayor de diez años 3. Diez años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo mayor de cinco a diez años 4. Cinco años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo de más de un año hasta cinco años 5. Tres años en los restantes hechos (4) El plazo se sujeta a la sanción penal de la ley cuyo tipo penal realiza el hecho, sin consideración de las agravantes o atenuantes que están previstas en los preceptos de la parte general o para los casos especialmente graves o de menor gravedad. § 78a. Iniciación La prescripción inicia tan pronto como este terminado el hecho. Si se produce posteriormente un resultado que pertenece al tipo penal, entonces comienza la prescripción a partir de ese momento. (...) **Título II – Prescripción de la ejecución.** § 79. Término de prescripción (1) Una pena o una medida impuesta y ejecutoriada (§ 11 inciso primero numeral octavo) no podrá ejecutarse después del vencimiento del término de prescripción. (2) La ejecución de penas por genocidio (§ 220a) y de penas privativas de la libertad de por vida no prescriben. (3) El término de prescripción es de: 1. veinticinco años para penas privativas de la libertad de más de diez años 2. veinte años para penas privativas de la libertad de más de cinco años hasta diez años 3. diez años para penas privativas de la libertad de más de un año y multa de más de treinta importes diarios 5. tres años para multas hasta de treinta importes diarios (4) La ejecución de la custodia de seguridad no prescribe. Para las restantes medidas el término de prescripción es de diez años. Sin embargo, si se ordena la sujeción a vigilancia de autoridad o el primer internamiento en un establecimiento de

pena cominada, nunca inferior a seis anos na hipótese de crime e a quatro anos quando se tratar de contravenção.⁷⁸

Já no art. 172, ao tratar da prescrição da pena, que se inicia no dia em que a condenação se torna definitiva, estabelece que a pena de reclusão se extingue com o decurso de tempo equivalente ao dobro da pena inflingida, em todo caso nunca superior a trinta e nem inferior a dez anos.⁷⁹

c) O Código Penal Espanhol, no art. 131, ao tratar da “prescrição do delito”, prevê que os crimes prescrevem em 20 anos, quando a pena máxima cominada for de 15 anos ou mais de prisão; em 15 anos, se a pena máxima for a de prisão entre 15 e 10 anos; aos 10 anos, quando a pena máxima for prisão superior a 5 anos e não superior a 10, e em 5 anos para os demais crimes, exceto injúria e calúnia, que prescrevem em um ano.⁸⁰

desintoxicación entonces el término es de cinco años (5) Si se impone simultáneamente una pena privativa de la libertad y una multa o junto a la pena una medida de privación de libertad, el comiso, la confiscación o la inutilización, entonces la ejecución de una pena o de una medida no prescribe antes que las otras. Sin embargo, una custodia de seguridad ordenada simultáneamente no impide la prescripción de la ejecución de la pena o de otra medida. (6) La prescripción inicia con la ejecutoria de la decisión.

78 Capo I – Della estinzione del reato (...) **Art. 157.** La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniária (...)

79 Capo II – Della estinzione della pena (...). **Art. 172.** La pena della reclusione si estingue col decorso di un tempo pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a trenta e non inferiore a dieci anni. La pena della multa si estingue nel termine di dieci anni. (...) Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione già iniziata della pena.

80 Artículo 130. La responsabilidad criminal se extingue (...) 6. Por la prescripción del delito. 7. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad. (...) **Artículo 131.** 1. Los delitos prescriben: A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años. A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por

A legislação espanhola trata com maior rigor a prescrição das penas impostas por sentença definitiva, uma vez que, no art. 133 do Código Penal, determina que prescrevem em 30 anos as penas superiores a 20 anos; em 25 anos, as de prisão iguais ou superiores a 15 anos e que não excedam a 20; em 20 anos, as de prisão superiores a 10 e inferiores a 15 anos; em 15 anos, as de prisão por mais de cinco e que não excedam a 10; em 10 anos, as demais penas graves; em 5 anos, as penas menos graves, e em 1 ano, as penas leves.⁸¹

d) O Código Penal Português distingue “prescrição do procedimento criminal” (art. 118º),⁸² de “prescrição das penas”, a qual “começa a correr

más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años. A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no excede de 10. A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año. (...)

81 Art. 133 .1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves. (...) art. 134 “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”.

82 Artigo 118º. Prazos de prescrição. 1 - O procedimento criminal extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a prática do crime tiverem decorrido os seguintes prazos: a) 15 anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for superior a 10 anos ou dos crimes previstos nos artigos 372.º, 373.º, 374.º, 374.º-A, 375.º, n.º 1, 377.º, n.º 379.º, n.º 1, 382.º, 383.º e 384.º do Código Penal, 16.º, 17.º, 18.º e 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, alterada pelas Leis n.os 108/2001, de 28 de Novembro, e 30/2008, de 10 de Julho, e 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, e ainda do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção; b) Dez anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a cinco anos, mas que não excede dez anos; c) Cinco anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a um ano, mas inferior a cinco anos; d) Dois anos, nos casos restantes. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, na determinação do máximo da pena aplicável a cada crime são tomados em conta os elementos que pertençam ao tipo de

no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena" (art. 122º).⁸³

A legislação portuguesa, à semelhança da espanhola, estabelece prazos de prescrição da pretensão executória **superiores** aos prazos de prescrição da pretensão punitiva, com o nítido propósito de prestigiar a efetividade da sanção penal.

e) O Código Penal Argentino prevê, no art. 59, que a "ação penal" se extinguirá pela prescrição, nos lapsos temporais abstratamente estabelecidos em seu art. 62.

No art. 65, estabelece que as penas de reclusão ou prisão prescrevem em tempo igual ao da condenação e que as penas de multa prescrevem em dois anos, contados esses prazos da meia-noite do dia em que notificado o réu da condenação definitiva (art. 66).⁸⁴

crime, mas não as circunstâncias agravantes ou atenuantes. 3 - Se o procedimento criminal respeitar a pessoa colectiva ou entidade equiparada, os prazos previstos no n.º 1 são determinados tendo em conta a pena de prisão, antes de se proceder à conversão prevista nos n.os 1 e 2 do artigo 90-B.º 4 - Quando a lei estabelecer para qualquer crime, em alternativa, pena de prisão ou de multa, só a primeira é considerada para efeito do disposto neste artigo.

83 Artigo 122º. Prazos de prescrição das penas. 1. As penas prescrevem nos prazos seguintes: a) Vinte anos, se forem superiores a dez anos de prisão ; b) Quinze anos, se forem iguais ou superiores a cinco anos de prisão; c) Dez anos, se forem iguais ou superiores a dois anos de prisão d) Quatro anos, nos casos restantes 2 - O prazo de prescrição começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena (...)

84 Artículo 59. La acción penal se extinguirá: (...) 3º. Por la prescripción. (...) **Artículo 62.-** La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1º. A los quince años, cuando se trate de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3º. A los cinco años, cuando se trate de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4º. Al año, cuando se trate de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5º. A los dos años, cuando se trate de hechos reprimidos con multa. **Artículo 63.** La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste

f) O Código Penal Colombiano distingue “prescrição da ação penal” e “prescrição da sanção penal”. Determina, no art. 83, que a “ação penal” prescreverá em um tempo igual ao máximo da pena fixada em lei, se for privativa de liberdade, mas em nenhum caso será inferior a cinco anos nem excederá a vinte, salvo genocídio, desaparecimento forçado e tortura, que prescrevem em trinta anos.⁸⁵

No art. 89, estabelece que a pena privativa de liberdade, ressalvados tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico colombiano, prescreve no termo para ela fixado na sentença ou o restante a executar, em nenhum caso inferior a cinco anos.⁸⁶

g) O Código Penal Chileno determina, no art. 94, que a ação penal prescreve, nos crimes a que se comina prisão perpétua, em quinze anos e, nos demais crimes, em dez anos.

Por sua vez, ao tratar da prescrição das penas impostas por “sentença executória” (art. 97) - que se inicia na data do trânsito em julgado da sentença ou da sua violação, desde que se tenha iniciado o seu cumprimento (art. 98) -, estabelece os mesmos prazos genéricos para a prescrição da ação penal, sem considerar a quantidade de pena concretizada na sentença.⁸⁷

fuese continuo, en que cesó de cometerse (...). **Artículo 65.** - Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años; 2º. La de prisión perpetua, a los veinte años; 3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena; 4º. La de multa, a los dos años. **Artículo 66.** - La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notifique al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

85 Artículo 83. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. (...).

86 Artículo 89. La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años.

87 Art. 94. La acción penal prescribe: Respecto de los crímenes a que la ley impone pena

h) O Código Penal Mexicano determina que a ação penal prescreverá em um “prazo igual ao termo médio aritmético da pena privativa de liberdade cominada por lei ao delito de que se trate, mas em nenhum caso será inferior a três anos” (art. 105).⁸⁸

No art. 113, determina que, salvo disposição legal diversa, a pena privativa de liberdade prescreverá em um tempo igual ao fixado na condenação, acrescido de 1/4 e nunca inferior a três anos, e que a pena de multa prescreverá em um ano, contados os prazos da data em que a decisão se tornar executável.⁸⁹

Como se observa, em todas essas legislações estrangeiras a prescrição da pretensão punitiva (ora denominada de “prescrição da ação penal”, ora de “prescrição do procedimento criminal”), regula-se,

de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años. Respecto de los demás crímenes, en diez años. Respecto de los simples delitos, en cinco años. Respecto de la faltas, en seis meses. Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápite de este artículo; si no se impusieren penas privativas de libertad, se estará a la mayor. Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados. (...) **Art. 97.** Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben: La de presidio, reclusión y relegación perpetuos, en quince años. Las demás penas de crímenes, en diez años. Las penas de simple delito, en cinco años. Las de falta, en seis meses. **Art. 98.** El tiempo de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse.

88 Articulo 105. La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años.

89 Artículo 113.- Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

invariavelmente, pela pena máxima abstratamente cominada ao crime, e nunca pela pena aplicada na sentença, a qual regula, tão somente, a prescrição da pretensão executória.

Dito de outro modo, nas legislações alienígenas a vocação da pena aplicada na sentença é regular, com efeitos **ex nunc**, a prescrição da pretensão executória após o trânsito em julgado da condenação, não a prescrição da pretensão punitiva, com efeitos **ex tunc**.

Seria lícito afirmar que esses ordenamentos jurídicos violam a proporcionalidade em sentido amplo e os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia e da razoável duração do processo, pelo fato de não reconhecerem, em nenhuma hipótese, a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, entre data do fato e recebimento da imputação, pela pena aplicada?

Parece-me que não.

Cuida-se de mais uma demonstração inequívoca de que, embora a pena justa para o crime seja aquela imposta na sentença, é questão de política criminal, **a cargo do legislador**, estabelecer se a prescrição, enquanto não transitada em julgado a condenação, deve ser regulada pela pena abstrata ou concreta, bem como, nesta última hipótese, definir a extensão dos seus efeitos **ex tunc**.

Se, na lição de **Hans-Heinrich Jeschek**, “nem tudo o que aparece como eficaz é justo”,⁹⁰ penso que a alteração legislativa, ora vergastada, mostra-se constitucional, justa e eficaz, razão por que deve ser prestigiada.

Com essas considerações, presente a constitucionalidade do art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, **denego a ordem.**

É como voto.

90 Hans-Heinrich JESCHEK. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Volume I. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1981, p. 30.