



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
BACHARELADO EM DIREITO**

MARIA CLARA BIANCHETTI LIMA GAMA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO NO CÓDIGO PENAL,
PROMOVIDA PELA LEI Nº 12.234/10, NO QUE TANGE AO TERMO INICIAL
PARA O CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA**

BARBACENA

2019

MARIA CLARA BIANCHETTI LIMA GAMA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO NO CÓDIGO PENAL,
PROMOVIDA PELA LEI Nº 12.234/10, NO QUE TANGE AO TERMO INICIAL
PARA O CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Débora Maria
Gomes Messias Amaral

BARBACENA

2019

MARIA CLARA BIANCHETTI LIMA GAMA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO NO CÓDIGO PENAL,
PROMOVIDA PELA LEI Nº 12.234/10, NO QUE TANGE AO TERMO INICIAL
PARA O CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Prof.^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral, Centro Universitário
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Alanir José Hauck Rabeca, Centro Universitário Presidente Antônio Carlos
– UNIPAC

Me. Susana Barreiros Furtado Dias, Membro Convidado

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus por permitir que eu chegasse até aqui.

À minha amada família, que nunca mediu amor e esforços para que tudo isso fosse possível: em especial, à minha avó Rita, minha mãe e tia Luiza.

Ao meu pai do coração, Alanir, que além de ser meu maior exemplo na carreira, me dá todo o seu amor e carinho.

À querida professora Débora Maria Gomes Messias Amaral, por acreditar em mim, pela orientação, paciência, dedicação e enorme competência.

À Susana que tanto contribuiu com seus conhecimentos neste trabalho.

Agradeço também, à querida professora e amiga Josilene, que, com todo seu saber despertou em mim, ainda mais, a paixão pelo Direito Penal e, que me encorajou à viver a melhor experiência da minha vida acadêmica.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade desta autora, ficando a Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, a Orientadora Prof.^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral, isenta de qualquer responsabilidade sobre o mesmo.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte da orientadora, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena - MG, 03 de maio de 2019.

Maria Clara Bianchetti Lima Gama

RESUMO

Com o objetivo de analisar a alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.234/10 no artigo 110 do Código Penal, que restringiu o alcance da prescrição retroativa, o presente trabalho visa demonstrar a inconstitucionalidade desta modificação, tendo como base a Constituição Federal, os princípios nela consagrados, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e celeridade, o conceito de prescrição penal e seus fundamentos, bem como o que dispõe os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Não obstante haver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal confirmando sua constitucionalidade, trata-se de matéria apreciada em controle difuso, o que não impede nova apreciação tanto por parte da Suprema Corte, como também de análise individualizada dos magistrados.

Palavras-chave: Prescrição retroativa. Inconstitucionalidade. Princípio da proporcionalidade. Princípio da eficiência. Princípio da celeridade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. PRESCRIÇÃO PENAL; 2.1. Da Prescrição da Pretensão Punitiva; 2.1.1. Prescrição Intercorrente ou Superveniente; 2.1.2. Prescrição Retroativa; 2.2. Prescrição Executória; 3. A LEI 12.234/2010 E SUAS IMPLICAÇÕES; 4. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS; 4.1. Princípio da Proporcionalidade; 4.2. Princípios da Eficiência; 4.3. Princípios da Celeridade; 5. HC 1.22694 E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 6. A INCONSTITUCIONALIDADE; 7. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 - INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei nº 1.383/2003, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, propunha a revogação do §2º do art. 110 do Código Penal, que tratava da prescrição retroativa, sob o argumento de que esta modalidade de prescrição era um forte instrumento de impunidade, principalmente nos crimes cuja a apuração se dava de maneira dificultosa ante as suas complexidades e peculiaridades.

Referido projeto, foi devidamente aprovado e sancionado, originando a Lei nº 12.234/2010, que, além da referida modificação, aumentou o prazo prescricional do inciso VI do art. 109 do Código Penal.

Embora conste da justificativa do projeto a revogação, entenda-se como total, da prescrição retroativa, observa-se da alteração legislativa que apenas uma parte da mesma foi extirpada, qual seja, após o trânsito em julgado para a acusação, o período que compreendia a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, permanecendo assim o período entre o recebimento da inicial acusatória e a prolação da sentença com o trânsito em julgado para a acusação, constante do §1º do art. 110 do referido Códex.

O presente trabalho busca pesquisar os fundamentos da inovação legislativa que foi promovida no artigo 110 do Código Penal, através da Lei nº 12.234/2010, bem como as razões que se fundaram esta modificação.

Tem como objetivo demonstrar eventual inconstitucionalidade, considerando o que está previsto na Constituição da República (CR/88), de acordo com os princípios nela consagrados, com ênfase nos princípios da proporcionalidade, eficiência e celeridade.

2 - PRESCRIÇÃO PENAL

O instituto da prescrição criminal, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, está previsto no artigo 107, IV do Código Penal, como causa extintiva de punibilidade.

Nos dizeres de Greco (2015):

Poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em

determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade.¹

Nesta seara, temos que, prescrição é a cessação do direito estatal de processar um indivíduo ou de lhe aplicar uma sanção penal já decretada, devido à sua falha e inércia, pelo decurso do tempo.

Já na visão de Bitencourt (2011), no mesmo sentido, porém com maior riqueza de detalhes, vale colacionar o seguinte:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoques pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a *gravidade da conduta delituosa* e da *sanção correspondente*, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.²

Assim sendo, o Estado detém o monopólio do direito objetivo de punir o indivíduo. Uma vez que a hipótese normativa se concretize, ou seja, quando o sujeito viola a norma, nasce o poder/dever absoluto do Estado de aplicar a reprimenda pertinente ao tipo penal descrito no preceito primário do delito ou contravenção penal, agora concretizado, ao que se chama de pretensão punitiva.

Contudo, esse direito não se perpetua e deve ser exercido dentro de um limite temporal, estabelecido na legislação pátria, de acordo com a pena máxima em abstrato cominada em cada tipo penal.

Ultrapassado este período, ou seja, não tendo sido respeitados os prazos previstos, ocorre o que chamamos de prescrição - extingue-se a possibilidade de o Estado aplicar ou executar uma sanção penal ao infrator, de acordo com o momento em que o lapso temporal transcorreu e, por consequência, acarreta-se a extinção de punibilidade do transgressor.

Conforme o momento processual em que o Estado ficou inerte no tempo, como acima mencionado, teremos a extinção da pretensão punitiva ou executória.

¹ GRECO, R. **Curso de Direito Penal - Parte Geral Volume 1**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. 803p.

² BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2011. 810p.

2.1. Da Prescrição da Pretensão Punitiva

Também chamada de prescrição da ação penal, a prescrição punitiva é definida no art. 109, *caput*, do Código Penal, e ocorre antes de transitar em julgado a sentença condenatória, observada a exceção do art. 110, §1º, do referido Códex, e subdivide-se em prescrição propriamente dita, prescrição intercorrente ou superveniente e prescrição retroativa.

Nos dizeres do renomado professor Jesus (2010), na prescrição da pretensão punitiva, “o decurso de tempo faz com que o Estado perca o direito de punir no tocante à pretensão de o Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata (aspiração de punição)”.³

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é aquela que ocorre antes de transitar em julgado a sentença penal para a acusação e é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato ao crime.

2.1.1. Prescrição Intercorrente ou Superveniente

Prevista no artigo 110, §1º do Código Penal, a prescrição intercorrente ou superveniente ocorre em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão para o órgão acusador, durante o lapso compreendido entre este marco e a materialização da imutabilidade da sentença.

É conhecida como prescrição intercorrente ou superveniente justamente por ocorrer após a prolação da sentença de primeiro grau, ou seja, o lapso para sua contagem é percorrido após a publicação da sentença penal condenatória, trânsito em julgado para o *Parquet*, tendo como termo final o trânsito em julgado para ambas as partes.

2.1.2. Prescrição Retroativa

É a modalidade de prescrição que se baseia na pena em concreto, determinada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

³ JESUS, D. E. de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 763p.

Para a definição da hipótese de sua ocorrência, entretanto, há de se observar a legislação aplicável ao tempo da prática da infração penal considerando a recente modificação determinada pela Lei nº 12.234/2010. É que, tendo em vista a primitiva redação do artigo 110, §§1º e 2º, a prescrição retroativa compreende o lapso temporal entre a data do fato e o recebimento da denúncia/queixa-crime ou entre a data da sentença e o recebimento da exordial acusatória. Com o advento da referida Lei, foi abolida a contagem verificada entre a data dos fatos e o recebimento da inicial acusatória, ou seja, de acordo o novel dispositivo a prescrição retroativa atualmente conta-se apenas entre a data da sentença penal condenatória e o recebimento da denúncia ou queixa.

Explica-se a utilização do termo retroativa porque conta-se o prazo prescricional da data da publicação da sentença penal condenatória para trás, e não como na prescrição superveniente, cujo o prazo é contado para frente, a partir da publicação da sentença.

Cabe ressaltar que a alteração legislativa supramencionada será o foco central e observação do presente estudo, considerando os postulados constitucionais da proporcionalidade, eficiência e celeridade.

2.2. Prescrição Executória

A prescrição da pretensão executória, está abarcada no art. 110, *caput*, do Código Penal e, segundo Jesus (2010), “o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória”.⁴

Tal modalidade de prescrição ocorre após o trânsito em julgado para ambas as partes e, nada mais é do que a perda do poder estatal de executar a pena fixada na sentença ou no acórdão face ao decurso do tempo.

Findada esta exposição, retomar-se à prescrição penal.

Assim sendo, a prescrição é a “perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto”, como define Masson (2014).⁵

⁴ JESUS, D. E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 763p.

⁵ MASSON, C. R. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 392p.

Em outras palavras, objetivamente, prescrição nada mais é do que a perda do direito de punir do Estado pela sua própria inércia e lentidão na persecução penal.

Portanto, como na vida o tempo é implacável e decisivo, no Direito Penal não é diferente, o tempo é o fato jurídico de singular relevância e que pode acarretar severas consequências no âmbito penal.

Destarte, como dito anteriormente, considerando os prazos prescricionais estabelecidos na legislação brasileira, não pode o Estado dispor de prazos indeterminados para exercer a sua pretensão punitiva e/ou executória, sob pena de onerar arbitrariamente a segurança jurídica garantida aos jurisdicionados.

Há exceções, porém, e estão elencadas no artigo 5º incisos XLII e XLIV da CR/88, que são respectivamente, os delitos de prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Contudo, embora a Carta Magna estabeleça aludidos delitos como imprescritíveis, parte da doutrina não recepciona tal inteligência, como é o caso de Zaffaroni e Pierangeli (2007), sob o raciocínio de que não se pode dizer que um crime não prescreve, por não se coadunar com o sistema. De acordo com o referido autor, a interpretação constitucional precisa ser sistemática, e, nas hipóteses de exceção teríamos aplicação de pena capital, o que o próprio ordenamento jurídico afasta:

Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem pública não perduram indefinidamente.⁶

Podemos concluir que, se a Constituição da República Federativa do Brasil trata apenas desses dois crimes como imprescritíveis, as demais infrações hão de se submeter às regras de prescrição por força da própria Constituição, não sendo razoável, portanto, ao legislador ordinário minimizar, de qualquer forma, a abrangência de preceito constitucional garantidor dos direitos do acusado. Inclusive,

⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 645p.

se analisarmos por esse prisma, temos que, embora tacitamente, a prescrição foi reconhecida como direito e garantia fundamental e conseqüentemente faz parte do rol das cláusulas pétreas, art. 60, §4º, IV da CR/88, o que afasta completamente proposta de emenda tendente a abolir esses direitos.

Sendo assim, se não é possível uma proposta de emenda constitucional editada pelo Poder Constituinte Derivado para abolir os direitos e garantias fundamentais, logicamente, através de uma Lei Ordinária aprovada pelo legislador ordinário não deverá existir tal possibilidade.

3 - A LEI 12.234/2010 E SUAS IMPLICAÇÕES

Não obstante todo o expendido, em 5 de maio de 2010 entrou em vigor a Lei nº 12.234 que trouxe as seguintes modificações nos artigos 109 e 110 do Código Penal, respectivamente: I – O prazo mínimo de prescrição passou de dois para três anos; II – Aboliu-se o lapso de contagem do prazo compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Pois bem, a primeira alteração não é objeto deste trabalho, até porque, em uma análise perfunctória, parece encontrar âncora no contexto do processo legislativo infraconstitucional pátrio.

Outrossim, cinge-se o presente estudo ao exame da modificação sofrida pelo art. 110, §1º e a revogação do §2º do Código Penal, que tratava da prescrição retroativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Antes desta lei, assim dispunha o Código Penal, art. 110:

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado, para a acusação, ou depois de improvido o 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. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1987).⁷

⁷ BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

Nota-se que até então, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o período entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou da queixa, era considerado para fins de contagem do prazo prescricional, modalidade de prescrição retroativa.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, passou o mesmo artigo a ter a seguinte redação:

Art. 110 (...)

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o 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)**

§2º (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).⁸

Pela simples leitura, resta clara a modificação brutal que sofreu o Código Penal com o advento da lei em comento, porquanto, a mesma reduziu significativamente a possibilidade da ocorrência da prescrição retroativa.

Sendo assim, tal instituto, a partir de então, somente será reconhecido posteriormente ao recebimento da denúncia ou queixa, não mais se admitindo o período anterior a este marco, como era, no caso, a data do fato.

Desta forma, ainda que houvesse transcorrido tempo considerável entre a data do fato e o recebimento da denúncia, tendo como base a pena fixada na sentença com trânsito em julgado apenas para a acusação, não se pode mais considerar a inércia estatal, neste intervalo, em favor do acusado.

O legislador ao reformar o instituto da prescrição retroativa, justificou que, desta forma, evitaria a ocorrência da impunidade.

Oportuno colacionar parte das razões e justificativa do Projeto de Lei nº 1.383/2003, cuja autoria é do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, que originou a Lei 12.234/2010.

O projeto de lei em tela propõe a revogação do disposto no artigo 110, § 2º, do Código Penal, dispositivo legal que consagrou o instituto da “prescrição

⁸ BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

retroativa”. A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração. É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extraprocessual. (...) Outrossim, o instituto em liça é potencial causa geradora de corrupção, podendo incitar autoridades a retardar as investigações, providências, ou decisões, a fim de viabilizar a causa extintiva da punibilidade. (...) Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, cômicos de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.⁹

Em uma primeira análise da justificativa apresentada pelo legislador, parece adequada e pertinente a sua intenção, contudo, os argumentos lançados, não encontram respaldo nos princípios consagrados na Constituição da República.

Não obstante seja o Estado o detentor absoluto e exclusivo do *jus puniendi*, mister agir com cautela, para que as garantias do Estado Democrático de Direito não sejam violadas.

Princípios constitucionais foram afrontados com a limitação da prescrição retroativa, cujo argumento para a referida modificação baseia-se no combate à impunidade e às dificuldades encontradas na fase de investigação.

Neste contexto, oportuno colacionar posicionamento de Bottini (2010):

Não se questiona aqui, no entanto, a pertinência dos prazos prescricionais, a dificuldade de investigações, e sua eventual contribuição para a impunidade. O que se discute, em verdade, é a racionalidade de estabelecer prazos prescricionais distintos para situações factualmente idênticas – o mesmo crime antes e depois do recebimento da denúncia – e de estabelecer prazos idênticos para situações factualmente distintas – crimes diferentes, praticados por agentes distintos, com culpabilidade e reprovabilidade em

⁹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 1383/2003**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E195E77879F9BBDA5F7933B134E85959.proposicoesWebExterno2?codteor=144916&filename=PL+1383/2003.

graus diferenciados terão o mesmo prazo prescricional regulado pela pena em abstrato.¹⁰

Na verdade, o que fica evidente com a justificativa apresentada pelo legislador ordinário é que o Estado não é capaz de cumprir com eficiência aquilo que é seu dever, ou seja, em vez de disponibilizar aos órgãos de investigação e ao próprio Poder Judiciário, meios para que ajam com celeridade e assim, efetivamente combatam a criminalidade, o Estado, através dos representantes democraticamente eleitos, modifica a legislação, contrariando, como se verá adiante, os princípios constitucionais, simplesmente para encobrir o insucesso das finalidades precípuas de suas instituições.

4 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

Sem a intenção de exaurir todos os princípios constitucionais violados com a promulgação da Lei nº 12.234/2010, notadamente quanto à restrição da prescrição retroativa, há que se discorrer sobre os princípios da proporcionalidade, eficiência e celeridade.

4.1. Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade, é um importante instrumento da manutenção da ordem estabelecida na Constituição da República e na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Embora não se encontre expresso na Constituição, tal fato não impede seu reconhecimento, pois o artigo 5º, §2º assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”.¹¹

A partir desse artigo a Carta Magna, consagra princípios que, mesmo não

¹⁰ BOTTINI, P. **Novas regras sobre prescrição retroativa**: comentários breves à Lei 12.234/10, São Paulo: IBCCRIM, 2010. 6-7p.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988) - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**- 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

estando explícitos em sua redação, deverão ser reconhecidos e por consequência seguidos. Por essa razão, indiscutível é o fato de, implicitamente, o princípio da proporcionalidade estar inserido na Carta Política.

Referido princípio, estabelece um limite à atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e veda que o poder estatal aja com excesso ou valendo-se de atos desproporcionais, como no caso da proibição de pena de morte, de caráter perpétuo e de penas cruéis, art. 5º, XLVII, da CR/88.

De igual forma ocorre na atividade judicial quanto à interpretação e aplicação das normas penais e na atuação legislativa, seja na criação ou na modificação de normas incriminadoras.

Procede dos conceitos de equidade, justiça, ponderação, proibição de excessos, valores, bom senso, etc. Tem como finalidade reprimir a demasia na atuação estatal, para evitar atitudes abusivas, por meio de aferição da compatibilidade entre o objetivo e o fim, ou seja, vedando-se à imposição de sanções superiores àquelas necessárias ao objetivo de punir. Como princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

No tocante à alteração trazida pela Lei nº 12.234/2010, destacamos que aboliu-se a prescrição retroativa compreendida entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, restando apenas, a partir de então, o lapso temporal que é compreendido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença.

O legislador ordinário, argumenta ser necessária a supressão referida, por haver na fase préprocessual o maior número de ocorrência de prescrição, seja pela dificuldade encontrada durante as apurações em fase de investigações, seja pela corrupção que ocorre nesta mesma fase, com o retardamento das investigações feitas pelas autoridades policiais. Contudo, é bem verdade que, não há consonância entre o projeto de lei, a justificativa e a norma constitucional.

Vale destacar, neste particular, a indagação lançada por Bitencourt (2011): “qual seria o fundamento lógico, jurídico ou político para que o tempo de prescrição contado após o recebimento da denúncia seja diferente daquele contado antes do fato?”.¹²

A proporcionalidade nada mais é do que um sistema de freios e contrapesos

¹² BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 821p.

na atuação estatal. Para Gomes (2003), o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, possui índole constitucional e está apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal. Ou seja, os meios utilizados pelo Estado precisam estar vinculados aos fins pretendidos, devendo existir, entre eles proporcionalidade. Nesta seara, como justificar o princípio da proporcionalidade quando o legislador qualificou um lapso temporal sem qualquer motivação objetiva?

Ora, nesta toada bem descreveu Bottini (2010), ao preconizar que não há se falar em abordagem diversa para igual instituto. Vejamos:

Se há um novo patamar máximo fixado pelo Juiz, fundado na culpabilidade do agente, comprovada na instrução criminal, é com base nele que são estabelecidos e examinados os prazos prescricionais, que valem para toda extensão do período prescricional, inclusive, por óbvio, entre o cometimento do crime e o recebimento da denúncia.¹³

Demais disso, nos dias atuais, resta evidenciado que a alteração legislativa não alcançou os objetivos pretendidos, pelo contrário, percebe-se que a limitação da prescrição na modalidade retroativa fomentou ainda mais a morosidade tanto na fase de investigação, quanto apreciação por parte do Judiciário, por consequência.

Conclui-se, portanto, que restringir o alcance da prescrição retroativa é um meio inadequado para diminuir a criminalidade e a impunidade no Brasil, porque existem outras formas de solucionar essas questões, de maneira menos desvantajosa e sem que direitos fundamentais sejam restringidos.

Tanto é verdade, que, recentemente, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou ao atual presidente do Brasil o Programa de Enfrentamento à Criminalidade Violenta, com estratégias para o combate ao crime, junto à sociedade, reunindo temas sociais como educação, esporte, assistência social, lazer e cultura. Ora, por óbvio, e por si só, temos que criminalidade se combate com políticas públicas e não com a restrição de determinado lapso de prazo prescricional, afrontando princípios constitucionais.

O programa referenciado vem justamente comprovar, que o objetivo do legislador em combater a criminalidade não fora alcançado, pois, caso contrário, não

¹³ BOTTINI, P. **Novas regras sobre prescrição retroativa**: comentários breves à Lei 12.234/10. São Paulo: IBCCRIM, 2010. 6-7p.

haveria necessidade de sua implementação, 9 anos após a entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010.

4.2. Princípios da Eficiência

A Administração Pública, no exercício de suas funções, tem como objetivo atender o interesse público, ou seja, todo e qualquer ato deve sempre visar satisfazer as necessidades dos cidadãos.

Como princípio fundamental intrínseco à atuação da Administração Pública, seja na sua esfera direta, indireta, fundacional ou em quaisquer dos poderes, está o princípio da eficiência, elencado no art. 37 da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (grifo nosso)¹⁴

Eficiência é agir com produtividade, com competência, efetividade, agilidade e qualidade. Como princípio basilar, no âmbito da atuação estatal necessário se faz agir de tal forma uma vez que os interesses dos cidadãos é que estão sendo objetos da atuação.

Para Di Pietro, (2005):

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.¹⁵

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988) - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**- 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 2005. 84p.

Pois bem, embora elencado no art. 37 da CR/88, pouco se é utilizado quando deveria ser uma obrigação da Administração Pública, tanto na esfera administrativa quanto no Poder Judiciário, contudo, não é o que acontece, pois se fizermos uma comparação, na esfera privada o administrador busca sempre a melhor maneira de agir com eficiência e otimização em seus trabalhos e a Administração Pública que o possui como princípio expresso e intrínseco à sua existência, vez que constitucionalmente consagrado, não o aplica em suas ações, em favor dos interesses da sociedade.

Embora alguns doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello entendam que o princípio da legalidade sobrepõe ao princípio da eficiência, ou seja, no conflito entre lei propriamente dita e necessidade de resultados (eficiência), deve-se sempre resolver através da valoração dos elementos finalísticos da norma, é indubitável que dentre todas as alternativas legais possíveis que cumpram tais preceitos, deve-se optar por aquela que é mais eficiente.

No âmbito do Poder Judiciário não há muita escolha, pois, a legalidade se sobrepõe, contudo, a eficiência aqui não deve ser entendida como melhor opção sob a ótica econômica-financeira, mas sim compreendida como o melhor exercício possível quanto à busca da realização dos interesses coletivos que incumbem ao Estado.

4.3. Princípios da Celeridade

No que se refere ao princípio da celeridade, inserido no art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88 por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, é certo que o Estado deva oferecer meios e estruturas adequadas para que o Poder Judiciário, em tempo razoável, inicie e conclua a persecução penal. Deve-se dizer que referido postulado não encontra amparo apenas na Carta Política brasileira, como também nos organismos internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 7º, nº 5, e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6º, nº 1.

Inclusive, segundo Bitencourt (2011), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem recomendado uma releitura do tempo do processo, ao argumento de que não se pode confundi-lo com o tempo absoluto e objetivo, devendo relacionar-se à subjetividade individual do acusado, que não se interrompe ou se suspende em

momento algum.

Portanto, é de se destacar que, desatende o Estado os princípios da eficiência e celeridade ao permitir que, nas fases préprocessuais e processuais, o lapso temporal transcorra sem que tenha tomado providências em face do jurisdicionado.

5 - HC 122694 E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inconformada com a alteração da legislação advinda com a Lei nº 12.234/2010, a Defensoria Pública da União, impetrou o Habeas Corpus (HC) 122694, em favor do paciente Bruno Leite Papa, ao argumento de que referida lei é inconstitucional por extirpar a modalidade de prescrição retroativa, com a alteração do §1º e revogação do §2º, ambos do artigo 110 do Código Penal.

Segundo entendimento da Defensoria Pública da União (2014), “há inegável limitação no direito de prescrição dos delitos”, “além de ser incompatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo”, e:

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 a 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.¹⁶

Não obstante o expendido pela Defensoria Pública da União, para o Ministro Dias Tóffoli (2014), a Lei nº 12.234/2010, no tocante à nova redação do artigo 110, § 1º, do Código Penal, a vedação por ela feita, é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia ou da razoável duração do processo.

Para o Supremo Tribunal Federal (2010), a edição da Lei em questão está inserida na liberdade de conformação do legislador, que possui legitimidade

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 122.694 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071>.

democrática para escolher os meios que reputar necessários para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição e nem violem a proporcionalidade, o que não é caso da Lei nº 12.234/2010, e por consequência declarou a sua constitucionalidade.

Vale transcrever a decisão:

Habeas corpus. Penal. Prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença. Incidência entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. Abolição, apenas parcial, dessa modalidade de prescrição. Exame da proporcionalidade em sentido amplo. Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Constitucionalidade reconhecida. Liberdade de conformação do legislador. Inexistência de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Análise de legislação comparada em matéria de prescrição penal. Ordem denegada.¹⁷

6 - A INCONSTITUCIONALIDADE

A maior justificativa do instituto da prescrição é a inércia do Estado em proceder à persecução penal e a consequente perda do direito de punir aquele que pratica uma infração criminal.

Considerando o princípio constitucional da legalidade e, como seu corolário, a taxatividade das normas penais, não pode o Estado dispor de prazos indeterminados para exercer a sua pretensão punitiva, devendo submeter-se àqueles fixados pela Lei Penal, com a exceção dos crimes imprescritíveis, e mesmo assim com a observação feita alhures. Caso não o faça, ocorrerá a prescrição com a consequente extinção de punibilidade do acusado. Afinal, o réu não pode ficar à mercê da morosidade da Justiça.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 122.694 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071>.

Com o advento da Lei nº 12.234/2010, mais precisamente, na parte em que altera a denominada prescrição retroativa contida no art. 110, do Código Penal, vislumbra-se uma contradição não só ao princípio da proporcionalidade que estabelece um limite à atuação dos Poderes Públicos, vedando eventuais excessos e arbitrariedades, como também aos postulados da eficiência, da celeridade, da dignidade da pessoa humana, duração razoável do processo e do não retrocesso, além de ser tendenciosa a abolir a prescritibilidade dos crimes em geral.

É de se destacar o pensamento de Bitencourt (2011):

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.¹⁸

De acordo com a justificativa legislativa apresentada com o Projeto de Lei nº 1.383/2003, que culminou com a Lei nº 12.234/2010, a prescrição retroativa era “competentíssimo instrumento de impunidade” e “uma potencial causa geradora de corrupção no âmbito da polícia judiciária” e por isso a necessidade da alteração legislativa. Ora, não pairam dúvidas de que existe sim uma necessidade de se combater a impunidade e a corrupção, contudo, qualquer medida que determine a supressão de direitos fundamentais do cidadão certamente não será a mais acertada, mormente em se considerando a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.

Oportuno colacionar, a esta altura, entendimento de doutrinador de renome, Delmanto Júnior (2010), *in verbis*:

Lamentamos que, sob o discurso de evitar a impunidade, em vez de se aparelhar a polícia e dela exigir eficiência, se tenha concedido verdadeiro estímulo à letargia policial, somado ao excesso de poder no tempo. O mesmo se aplica ao Ministério Público que, a partir de agora, poderá demorar 12, 16 ou até 20 anos para oferecer uma denúncia! É a inversão de tudo, e com

¹⁸ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2011. 818p.

ofensa ao direito dos cidadãos presumidos inocentes, de serem julgados com prazo razoável como manda a Constituição.¹⁹

Permite-se aqui uma prolongação exacerbada em prejuízo do réu durante toda a fase investigatória, sob a justificativa de que, ao se considerar o prazo compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia facilitar-se-ia a corrupção no âmbito da Polícia Investigatória na medida em que as investigações policiais pudessem ser retardadas a fim de se alcançar a prescrição. Contudo, tal afirmação não se sustenta diante da magnitude do nosso ordenamento jurídico-constitucional, mormente porque ao Ministério Público incumbe legalmente o controle externo da Polícia Civil, ou seja, caso efetivamente exercidas as funções institucionais nos moldes previstos, não haveria a necessidade de uma alteração do Código Penal, de ordem eminentemente político-criminal e não essencialmente dogmática.

Ademais, se a Constituição Federal faz como maior restrição à prescrição penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro a existência de crimes imprescritíveis, taxativamente previstos, ressaltando-se inclusive, nesse particular, a existência de divergência doutrinária quanto à constitucionalidade dessa disposição, não pode o legislador ampliar uma restrição constitucional, através de Lei Ordinária, fazendo qualquer alteração que, mesmo de forma indireta, aumente o rol desses crimes na medida em que a vedação de contagem do prazo anterior ao recebimento da denúncia aplica-se às infrações criminais de um modo geral.

Portanto, é possível concluir que, não obstante a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no HC 122694, supramencionado, a inconstitucionalidade da Lei nº 12.234/2010 advém da ideia do legislador de camuflar a inércia do Estado, através da não atuação tempestiva de seus órgãos de execução, com a criação da referida lei, ao invés de resolver efetivamente os problemas enfrentados. Com a restrição da prescrição retroativa em exame, o legislador deixa claro que o Estado não é capaz de ser célere na fase de investigação e no seu controle externo e, por isso, faz com que os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sejam extirpados e violados, simplesmente por não conseguir cumprir com eficiência seu dever.

¹⁹ DELMATO JUNIOR, R., **A caminho de um Estado policialesco**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2010. A2p.

7 - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, não obstante colacionada decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 122694), entendendo como sendo constitucional a alteração legislativa em comento, esta tratou da questão em controle difuso de constitucionalidade, que não tem efeito *erga omnes*, não afastando a possibilidade de apreciação individualizada por parte dos magistrados e da própria Suprema Corte.

À análise do que está previsto na Constituição da República, os princípios examinados e, inclusive, as únicas restrições constitucionalmente asseguradas acerca da imprescritibilidade dos crimes, não há dúvidas quanto a inconstitucionalidade da alteração legislativa.

Outras poderiam ser as soluções para se combater os argumentos lançados na exposição de motivos que originou a Lei nº 12.234/2010, como por exemplo a alteração do Direito Material, com penas mais adequadas.

Sabe-se que em alguns crimes, por suas especificidades, existe grande complexidade na fase de investigação e que, nesses casos, não há tempo suficiente para se evitar a prescrição, então melhor seria aumentar a pena de acordo com cada especificidade, criando-se parágrafos nos artigos necessários da Parte Especial do Código Penal e, em virtude disso, dilatar o prazo prescricional, do que restringir a amplitude de direitos subjetivos.

Além disso, poder-se-ia investir em políticas públicas de combate a corrupção e criminalidade, na educação daqueles que vivem à margem da sociedade, além de aparelhar os órgãos de investigação, para que possam, com maquinário diferenciado e agentes capacitados e especializados apurar com eficácia, as condutas criminosas. Mas não, o Estado, como que reconhecendo a sua incapacidade, preferiu restringir direitos fundamentais dos cidadãos tutelados pela Constituição da República.

Os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, intitulados como cláusulas pétreas, funcionam como limite aos excessos estatais e por óbvio, não se pode mitigá-los com o pressuposto de se combater a impunidade, ou em qualquer outra situação. Não que inexistam a necessidade de se afastar a impunidade, notadamente em virtude da prescrição criminal, o que não pode se admitir é que o Poder Estatal viole direitos fundamentais do cidadão, consagrados na Carta Política. Isto seria transferir ao cidadão o ônus da ineficiência do Estado.

Portanto, o conteúdo técnico/jurídico vindo com a edição da Lei nº 12.234/2010 que alterou o Código Penal, no tocante a prescrição ocasiona uma grave lesão à segurança jurídica, fere direitos fundamentais e, por isso, pode se considerar como um retrocesso significativo no Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

With a view to analyze the legislative amendment promoted by Law Number 12.234 / 10 in article 110 of the Criminal Code, which restricted the scope of retroactive prescription, this study seeks to demonstrate the unconstitutionality of this modification, based on the Federal Constitution and its principles, in particular the principles of proportionality, efficiency and expediency, the concept of criminal limitation and its foundations, as well as what is available to international organizations for the protection of human rights. Although there is a decision delivered by the Federal Supreme Court confirming its constitutionality, it is a matter appreciated in diffuse control, which does not prevent a new appreciation by both the Supreme Court and the individualized analysis of the magistrates.

Keywords: Retroactive prescription. Unconstitutionality. Principle of proportionality. Principle of efficiency. Principle of expediency.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo. **Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10**, São Paulo: IBCCRIM, 2010.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988) - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**- 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.234 de 05 de maio de 2010**. Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1383/2003**. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E195E77879F9BBDA5F7933B134E85959.proposicoesWebExterno2?codteor=144916&filenome=PL+1383/2003. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 122.694 São Paulo**. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071>. Acesso em: 30 jan. 2019.

DELMATO JUNIOR, Roberto. **A caminho de um Estado policialesco**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2010. Acesso em: 22 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.