

As alterações no prazo prescricional da pretensão punitiva trazidas pela Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010 e seus reflexos na Justiça Militar¹

*Jorge Cesar de Assis*²

1. A FINALIDADE DA LEI

A lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010 alterou significativamente dispositivos referentes à prescrição da pretensão punitiva previstos no Código Penal comum, e desde então, sua edição vem suscitando debates e recebendo críticas de parte da doutrina.

Seu art. 1º assevera que esta lei altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para **excluir a prescrição retroativa**.(destacamos)

Portanto, esta parece ter sido sua intenção - a de excluir do mundo jurídico, tal modalidade de prescrição, a retroativa.

Já o art. 2º da Lei dispõe que os artigos 109 e 110 do CP, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

.....

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

.....” (NR)

“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

¹ Publicado na [Revista Jurídica Consulex](#), v. 331, p. 64-65, 2010 e na [Revista Direito militar](#), v. 85, p. 26-28, 201.

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar em Santa Maria – RS. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Administrador da página www.jusmilitaris.com.br

podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2º (Revogado).” (NR)

O art. 3º lhe deu vigência imediata e o 4º revogou o § 2º do art. 110, do Código Penal.³

2. ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROCEDIDAS

2.1 Prescrição retroativa

A análise das alterações legais deve começar com a detecção de uma incongruência legislativa, um vício de origem já que o art. 1º da Lei nº 12.234/2010 assevera que sua finalidade é a exclusão da prescrição retroativa e isto, com certeza não ocorreu.

A chamada prescrição retroativa (*da pretensão punitiva*), da mesma forma que a prescrição intercorrente (*da pretensão executória*), se baseia igualmente na pena fixada em concreto pela sentença condenatória. A prescrição retroativa, no entanto, tem uma diferença fundamental já que seu prazo não é contado para a frente como na intercorrente, mas sim para trás.

Luiz Flávio Gomes afirma que a prescrição retroativa acabou pela metade. Explica que antes da nova lei a prescrição retroativa podia acontecer ou entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa ou entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória. Com a nova redação tornou-se impossível computar qualquer tempo antes do recebimento da denúncia ou queixa. Ou seja: a prescrição retroativa, agora, só pode acontecer entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença. Foi cortada pela metade. A prescrição retroativa, em síntese, não acabou. Foi extinta pela metade.⁴

Roberto Delmanto Júnior, após tecer severas críticas concluiu que, com a edição da Lei nº 12.234/2010, deu-se às polícias federal e estadual poder para perseguir cidadãos por muito mais tempo do que podem durar as ações penais. Isto porque, para os juízes, continua a existir a prescrição retroativa com base na pena aplicada, a demandar um mínimo de agilidade nos processos em prol da cidadania.

³ Redação original do § 2º do art. 110: *A prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior a do recebimento da denúncia ou da queixa.*

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Lei 12.234/2010: Mudanças na prescrição pena criminal*. Disponível em **Jus Navegandi**: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14895>, acesso em 16.08.2010.

Ao concluir pela irrazoabilidade e conseqüente inconstitucionalidade da lei⁵, o autor considera que a Lei nº 12.234/2010 encontra-se, ainda, em choque com o art. 125, §§ 1º, 2º e 5º do Código Penal Militar, que continua – segundo ele, a prever “a salutar prescrição com base na pena aplicada para a fase que antecede a ação penal”.⁶

Data vênia, não concordamos que a conclusão do ilustre autor, o Código Penal Militar sempre tratou a prescrição retroativa de forma mais severa que o CP comum e, conquanto seu § 1º assevere que 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 e a sentença, já decorreu tempo suficiente, não se pode esquecer que o § 5º dispõe em seu inciso I, que o curso da prescrição penal interrompe-se pela instauração do processo. Trocando em miúdos, imposta a sentença condenatória, a última causa de interrupção fora a instauração do processo, a qual, nos exatos termos do art. 35 do Código de Processo Penal Militar, deu-se com o recebimento da denúncia, não havendo base legal para se deduzir que se pudesse computar qualquer tempo antes do recebimento da denúncia, já que, sendo a ação penal militar essencialmente pública, inexistente o instituto da queixa.

2.2 Aumento da prescrição em abstrato

A Lei nº 12.234/2010 também alterou o inciso VI do art. 109, do CP, aumentando o menor prazo prescricional em abstrato, que de 2 passou para 3 anos, quando o máximo da pena for inferior a um ano.⁷

A toda evidência trata-se de *novatio legis in pejus*, lei mais severa, que só pode ser aplicada aos casos que acontecerem da data de sua edição para frente. Os casos ocorridos antes da vigência da lei nova, continuam a ser regidos pela antiga regulamentação da prescrição retroativa, como corolário do art. 5º, inciso XL, da Carta Magna.

O fundamento da mudança, segundo Damásio de Jesus, seria o de que o Estado, em vez de dotar o sistema judiciário criminal com meios suficientes para a entrega rápida da prestação jurisdicional, aumentou o prazo da prescrição. É uma confissão, como se reconhecesse que, em certos casos, é muito exíguo o prazo prescricional de dois anos entre o fato e a denúncia ou entre esta e a sentença; vamos passar para três

⁵ Que estaria a ofender o princípio constitucional da razoável duração do processo.

⁶ JUNIOR, Roberto Delamanto. *A caminho de um Estado Policialesco*. **Revista Jurídica Consulex** nº. 324, Brasília/DF, 15 de julho de 2010, p.49.

⁷ Dispositivo com correspondência no art. 125, inciso VII, do Código Penal Militar, que permanece em 2 anos.

anos⁸, com o que concordamos. Hoje, o mínimo prescricional é de 3 anos, amanhã pode ser 4, depois, quem sabe a imprescritibilidade total.

3. A ALTERAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL E A REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL MILITAR

Uma vez mais se repete a mesma pergunta: o legislador se esqueceu do Código Penal Militar ao modificar a legislação penal comum? Com certeza sim, sendo desolador verificar que nossos legisladores desconhecem, ou dão pouca importância ao Direito Militar.

Desta realidade surge outra indagação: Seria possível a aplicação analógica destas novas alterações em termos de prescrição aos processos afetos à Justiça Militar? É o que vamos verificar.

Uma simples comparação entre os dispositivos do Código Penal Militar, com os dispositivos do Código Penal comum anteriores à Lei nº 12.234/2010, irá demonstrar o seguinte:

3.1. Com a nova redação dada ao § 1º e a revogação do § 2º do art. 110 do CP comum, o tratamento relativo à prescrição retroativa ficou idêntico ao do Código Penal Militar.

O termo inicial da prescrição retroativa contar-se-á a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso. Assim, o recurso voluntário do réu condenado não impede o reconhecimento da prescrição retroativa, sendo que a lei não exige que sequer o réu recorra.

3.2. No direito penal comum, para se usar a expressão de Luiz Flávio Gomes, a prescrição retroativa foi extinta pela metade. Esta prescrição retroativa pela metade (*entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença*) já existia no Código Penal Militar.

3.3. O tratamento dado à prescrição retroativa pelo direito penal comum tornou-se mais severo, e agora restou equiparado ao tratamento que lhe é dado pelo direito penal militar. Portanto, não há que se falar em aplicação analógica dos institutos do direito penal comum para o direito penal militar porque a situação entre os dois códigos ficou a mesma.

3.4. Até a edição da Lei 12.234/2010, era possível pretender o reconhecimento da prescrição retroativa no direito penal militar com base nas regras do

⁸ JESUS, Damásio de. *Alteração do prazo prescricional da pretensão punitiva. Lei nº 12.234/2010, de 5 de maio de 2010. Revista Jurídica Consulex* nº 325, Brasília/DF, 1º de agosto de 2010, p.62.

direito penal comum, não por via de aplicação analógica já que esta pressupõe uma lacuna que, a toda evidência, nunca existiu, mas sim, por uma questão de política criminal – de igualdade de tratamento⁹, que agora restou impossível de ser aplicada, ante a revogação do parâmetro mais benéfico que era adotado.

3.5. Quanto ao aumento do menor prazo prescricional (CP, art. 109, inciso VI), que passou de 2(dois) para 3(três) anos, não há que se cogitar de sua aplicação na Justiça Militar. Em primeiro lugar, por ser tal mudança criticável, já que mesmo no direito penal comum estamos falando de infrações de menor potencial ofensivo, o que por si só serve para questionar a validade da alteração. Em segundo lugar, em direito penal não há lugar para aplicação analógica *in malam partem*, portanto a nova lei seria prejudicial ao réu da Justiça Militar, ainda que reguladora de caso semelhante.

⁹O Superior Tribunal Militar vinha admitindo, de forma pacífica, a prescrição retroativa nos moldes do Direito Penal comum (art. 110, § 2º, do CP) adotando como termo inicial a época em que os fatos ocorreram, e final a data do recebimento da denúncia. Nesse sentido: STM, apelação nº 2007.01.050570-9/PA, relatora Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 09.04.2008, publicado em 16.07.2008; Apelação nº 2008.01.050956-9/MG, relator Min. José Américo dos Santos, julgado em 25.09.2008, publicado em 23.10.2008.