
DOS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

ARIOVALDO PERRONE DA SILVA*

Considerações iniciais

Não vai, no presente trabalho, qualquer outra pretensão que não à de traduzir uma posição do autor em relação a um tema que, inobstante tenha sido objeto de lei que buscou clareá-lo, permanece controvertido em razão da interpretação que vem sendo dada pelos tribunais ao texto legal, muito principalmente pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, este de forma maciça. Trata-se da chamada prescrição retroativa e sua incidência, sobre o que o entendimento pretoriano continua a afirmar como afetada a pretensão punitiva e não apenas a pretensão executória da pena principal.

Confesso, inicialmente, uma certa preocupação em relação ao excessivo liberalismo que vislumbro na interpretação das leis e que tem levado os tribunais, num ou noutro momento, a posições que, a pretexto de refletir a inteligência do texto legal, as violam frontalmente. A Hermenêutica, ao que parece, deixou de ser a ciência de interpretação da lei, para se transformar em instrumento de legitimação para que os tribunais, ao invés de pura interpretação, criem leis novas em oposição àquelas que emanam do poder competente para criá-las, subvertendo a hierarquia das fontes do Direito, uma vez que a Jurisprudência se sobrepõe a própria lei.

Olvidou-se, atualmente, que *lex clara non indiget interpretatione* e saiu-se por aí a "interpretar" qualquer texto legal que surja, por mais claro que seja, por mais límpida que pareça a vontade que transmita sua redação, impondo-se, em alguns julgados, a vontade do julgador segundo aquilo que ele gostaria que dissesse a lei, em detrimento da vontade clara, ainda que às vezes idealmente injusta, da lei. O *dura lex, sed lex* é hoje uma velharia jogada nos arquivos do tempo, uma vez que, se dura for a lei, por mais clara que seja, logo surgirá um espírito liberal disposto a abrandá-la através de uma interpretação, mesmo que tenha de violentar ostensivamente seu

*Promotor de Justiça.

texto e dizer exatamente o oposto do que aparentemente diga a redação do dispositivo legal "interpretado". Hoje, mais do que mera interpretação, os julgadores têm perquirido sobre a justiça ou injustiça da lei, o que é da absoluta responsabilidade do legislador, para corrigir possíveis injustiças da lei elaborada, mediante uma jurisprudência que a viola flagrantemente.

Adaptar o texto legal às condições existenciais da vida em sociedade no momento de sua aplicação, sem ferir o comando que emana de seu império, é a tarefa de hermenêutica e que não se confunde com a atividade de reformar o texto legal na sua essência, a ponto de, rigorosamente, revogá-lo, substituindo-se-o por uma "interpretação-lei" que com ele conflita visivelmente.

Quando a lei está de tal forma desatualizada a ponto de não corresponder, na essência, aos anseios e às condições da vida da sociedade a que se dirige, o hermenêuta nada pode fazer para modificá-la, eis que isso é tarefa do legislador, através de nova lei.

Válida, mas absolutamente válida e atual, a reflexão do Dr. Mauro Pinto Marques, que conclui: "Mude-se a lei várias vezes para que não se mude o direito tão freqüentemente." (in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, n.33/69).

A essa tendência interpretacionista não escapou a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Bastou criar um parágrafo segundo para o artigo 110 do Código Penal, inobstante tenha dado uma redação tão límpida aos parágrafos, e lá vieram as interpretações, as quais, *data venia*, acabaram por dar um entendimento contrário ao que resulta da leitura do texto legal, da redação dos parágrafos do artigo 110, afirmando-se que a prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva, quando o parágrafo segundo é expresso ao limitar seu efeito à renúncia da pretensão executória da pena principal.

Não temos, em que pese a envergadura e a autoridade incontestável dos defensores de tal tese, a menor dúvida em afirmar: "a prescrição retroativa incide apenas sobre a pretensão executória da pena principal, permanecendo, via de consequência, os demais efeitos da condenação".

Antecedentes históricos

A redação do parágrafo único, do artigo 110, do Código Penal de 1940, era a seguinte:

"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."

Era a exceção a uma regra geral contida no artigo 109, de que a prescrição, "antes de transitar em julgado a sentença final", regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.

Assim, embora ainda sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prescrição era contada com base na pena imposta.

Com base neste parágrafo único, o STF editou a súmula nº 146, que diz: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação."

Passou-se então a entender, com base na súmula, que a pena imposta na sentença de que somente o réu recorreu regulava o prazo de prescrição da própria ação penal (extinção da pretensão punitiva), considerados os momentos iniciais, retroativamente.

Então, veja-se, a prescrição retroativa estava lá no parágrafo único do artigo 110, de onde a retirou o Excelso Pretório. Este parágrafo foi o suporte sobre o qual se estruturou a denominada prescrição retroativa.

Tal entendimento manteve-se pacificamente adotado, abrindo-se o debate quanto ao termo *a quo* na contagem do prazo retroativo, uma vez que, para alguns, o prazo poderia ser considerado entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, e, para outros, o prazo só poderia ser contado a partir da data do recebimento da denúncia. Entre uma ou outra posição, oscilou a jurisprudência.

O anteprojeto do Código Penal editado em 1969, no parágrafo primeiro do artigo 110, agasalhando a criação pretoriana, dispunha:

"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."

Veio então o Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal de 1969, o qual, alterando a redação do anteprojeto, dispunha, no parágrafo primeiro, do artigo 111, o seguinte:

"A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, *daí por diante*, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos." (grifei)

A redação dada é interessante para o entendimento da redação atual sobre a matéria, uma vez que os defensores da tese de que a prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva sustentam que o parágrafo primeiro do artigo 110, do Código Penal, como está hoje redigido, refere-se à prescrição ocorrida depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido.

Como a prescrição se interrompia pela sentença condenatória recorrível (§ 5º), o "daí por diante" significava que o termo *a quo* para a contagem do prazo pela pena imposta era a própria sentença. Era o "daí por diante" e não o "depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido" que determinava que o parágrafo referia-se à prescrição "ocorrida" depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

Com isso estava eliminada a prescrição chamada retroativa, como, aliás, salientava a exposição de motivos:

"Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de

que somente o réu tenha recorrido, ela se regula, também, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão."

Reconhecia-se, pois, que a prescrição retroativa estava ali, no parágrafo primeiro ou parágrafo único do Código de 1940, e que o "daí por diante" a torpedeava inexoravelmente, uma vez que a expressão inserida passava a fazer com que o parágrafo não mais se referisse à prescrição retroativa, mas tão-somente àquela ocorrida depois da sentença.

Ao mesmo tempo, já manifestava o legislador a preocupação quanto aos efeitos negativos da retroatividade prescricional sobre a "seriedade" e a "eficiência" da repressão, preocupação esta que, como veremos mais adiante, voltou a orientar quem pensou e redigiu a Lei nº 6.416/77.

Com as emendas apresentadas pelo Executivo ao Código de 1969, através do Projeto de Lei nº 1.457, de 1973, o artigo 111, parágrafo primeiro, passou a ter a seguinte redação:

"A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos."

Era o retorno da prescrição retroativa, mediante a simples supressão da expressão "daí por diante", como, na Exposição de Motivos, afirmou o Ministro Alfredo Buzaid.

A Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, abrigou a alteração proposta, passando o parágrafo primeiro do artigo 111, a ter a redação do Projeto, restituindo-se a construção pretoriana da prescrição retroativa contida na súmula 146, com incidência sobre a pretensão punitiva e não sobre a mera pretensão executória.

Logo, como vimos até aqui, a prescrição retroativa sempre esteve localizada no parágrafo único do Código Penal de 1940 ou no parágrafo primeiro de determinado artigo dos Projetos e Leis que se seguiram. Quando o legislador pretendeu referir-se apenas à prescrição "ocorrida depois da sentença condenatória" com trânsito em julgado para a acusação utilizou a expressão "daí por diante", mas mantendo sempre o "depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido", uma vez que esta última sempre indicou, no texto legal, o "momento processual" em que, excepcionando a regra geral, incide como base para a contagem do prazo prescricional, a pena concretamente aplicada e não aquela abstratamente cominada, pouco importando, para que opere a regra excepcionante, tratar-se de prescrição já ocorrida até a sentença ou a verificar-se a partir dela. Nunca o "depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido" referiu-se à prescrição que passa a correr depois da sentença. Para esta, a expressão empregada foi o "daí por diante". Tanto que o parágrafo único, do artigo 110, do Código Penal de 1940, contendo a mesma expressão entre vírgulas, sempre teve, pacificamente, o efeito retrooperante reconhecido.

A prescrição retroativa na atualidade

O Código Penal de 1969 não chegou a entrar em vigor e o velho Código de 1940 continuou seu império.

Entretanto, é editada a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que, dentre outras alterações, modificou a redação do artigo 110, dotando-o de dois parágrafos em lugar do único até então existente.

O parágrafo primeiro diz:

“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.”

É a mesma redação, substituída apenas a expressão “pena imposta” por “pena aplicada”, que foi dada ao parágrafo primeiro, do artigo 111, do Código de 1969, e que, segundo o Ministro Buzaid, voltava a admitir a prescrição retroativa.

É, na essência, a mesma redação do antigo parágrafo único do artigo 110, onde o STF vislumbrou localizada a denominada prescrição retroativa.

A conclusão é óbvia: a prescrição retroativa está instituída hoje onde sempre esteve, ou seja, no antigo parágrafo único e hoje parágrafo primeiro, do artigo 110, do Código Penal vigente. A expressão “depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação” tem exatamente o mesmo sentido que sempre teve e sobre o que já discorreremos anteriormente.

Mas o parágrafo segundo, o que pretende?

O legislador de 1969 já manifestara, na redação original dada ao Código de então, circunstância que manifestou na Exposição de Motivos, uma preocupação quanto aos efeitos da teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto e que comprometem gravemente a eficiência e a seriedade da repressão. E foi a tal ponto preocupado, que simplesmente varreu, através de um “daí por diante”, a prescrição retroativa do mundo jurídico.

Posteriormente, como vimos, restabeleceu-na em toda a sua amplitude, com a mera supressão da expressão “daí por diante” o Ministro Alfredo Buzaid, através de emenda ao Código de 1969.

Mas, as mesmas preocupações que afligiam ao Ministro Gama e Silva e manifestadas na Exposição de Motivos do estatuto de 1969, foram sensíveis ao Ministro Amando Falcão, o qual, ao justificar as alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 2/77 e que se transformou na Lei nº 6.416/77, dizia, no que respeita à prescrição, o seguinte:

“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 acessória, com indesejáveis efeitos jurídicos-sociais.”

E como o legislador resolveu então amenizar tais efeitos? Com o parágrafo segundo.

Até então, fiel ao entendimento da súmula 146, admitia-se tranquilamente que a retroatividade prescricional importava na extinção da pretensão punitiva. Ademais, é o juridicamente lógico, uma vez que é esta a única pretensão existente antes de transitar em julgado a sentença. Pelo menos sob o ponto de vista cronológico, uma vez que a pretensão punitiva encerra, na sua essência, a pretensão executória, desde que não há sentido em punir sem executar a punição.

Mas, evidentemente, admitir como prescrita a pretensão punitiva era exatamente, pelos efeitos daí decorrentes, a elasticidade nociva de interpretação que deveria ser prevenida, eis que fonte segura de impunidade, por impedir a aplicação de qualquer medida contra os delinquentes ou que contra os mesmos operassem quaisquer efeitos secundários da condenação, o que contribuía para o desprestígio da justiça perante o corpo social.

De par com esta preocupação, havia o visível propósito de manter o efeito retroativo da prescrição pela pena aplicada, o que já estava solidamente sedimentado na doutrina nacional.

E, entre suprimir a prescrição retroativa — o que seria juridicamente injusto — e violentar conceitos doutrinários, preferiu o legislador a segunda hipótese, estabelecendo, no parágrafo segundo, que:

“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.”

Violentou conceitos doutrinários ao restringir o alcance da prescrição retroativa à pretensão executória num momento em que o Estado ainda não a possui, mas, evidentemente, alcançou o objetivo de impedir a impunidade absoluta de delinquentes, com todos os efeitos negativos perante o corpo social e que derivam forçosamente da declaração de extinção da pretensão punitiva.

Este foi o único escopo e o único resultado do parágrafo segundo: restringir os efeitos até então reconhecidos à prescrição retroativa, determinado expressamente que a mesma atinge apenas a pretensão executória da pena principal, não podendo ser considerado, na contagem do prazo, em qualquer hipótese (ou sob qualquer motivo, ou sob qualquer fundamento, ou por qualquer razão), momento anterior ao do recebimento da denúncia. Todos os demais efeitos da decisão condenatória permanecem intangíveis, marcando o delincente.

Acabou-se, por igual, com a antiga divergência entre os que admitiam fosse considerado o tempo decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia e aqueles que apenas admitiam a retroação a partir da data da denúncia, ou melhor, a partir da data do recebimento da denúncia. Agora, a prescrição não pode ser contada retroativamente a partir de outro termo que não a data do recebimento da denúncia.

“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior”, tal como consta da redação inicial do parágrafo segundo, não é outra que não a prescrição pela pena em concre-

to, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. É a excessão à regra geral, desimportando se ocorrida antes ou após a sentença e que "importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal."

A prescrição retroativa e o TARGS

No Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, formou-se, maciçamente, o entendimento de que a prescrição retroativa importa na extinção da pretensão punitiva.

Expressão de tal entendimento, são os acórdãos publicados na Revista *JULGADOS*, números 36/45, voto vencido do eminente Juiz de Alçada, Dr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, e 38/109, da lavra do mesmo Juiz, seu Relator, e que parece ter sido um dos precursores da tese vitoriosa e que adquiriu adeptos dos mais ilustres e respeitados.

Entendeu-se, naqueles julgados, que o parágrafo primeiro, do artigo 110, do Código Penal, "refere-se exclusivamente à prescrição ocorrida depois da sentença condenatória", que representa fielmente a intenção legislativa manifestada na Exposição de Motivos, que diz: "Disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória. . ."

Modestamente, rogando a mais respeitosa vênua, não entendemos que os dizeres da Exposição de Motivos induzam essa compreensão.

É que o "posterior à sentença condenatória" refere-se ao "prazo" e não à "prescrição". Mais precisamente ao "prazo da prescrição". A prescrição "posterior à sentença condenatória" já estava disciplinada pelos artigos 109 e 110, do Código Penal, conforme estivesse ou não transitada em julgado, seja quanto à base para a contagem, seja no que respeita ao "quantum" do prazo prescricional, distribuído pelos diversos incisos do artigo 109. Quanto a isso não há dúvidas.

Era questão tranqüila, que não oportunizava nenhuma discórdia.

O que ensejava divergências; o que não estava disciplinado e a lei disciplinou realmente, foi o termo "a quo" na contagem do prazo da prescrição retroativa, não se permitindo mais a interpretação liberal que colocava como termo inicial a data do fato e permitia a contagem entre esta e à do recebimento da denúncia.

É sobre esse aspecto, a disciplinação do prazo da prescrição retroativa quanto ao seu termo inicial, que se refere a Exposição de Motivos quando diz que "disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória". E essa disciplinação foi estabelecida no parágrafo segundo e é a ela que se reporta o legislador, não ao parágrafo primeiro, não estando a afirmar, portanto, que o parágrafo primeiro trate da "prescrição ocorrida depois da sentença condenatória", como argumenta-se nos julgados do Tribunal de Alçada.

Quanto ao verdadeiro sentido da expressão "depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação" contida, entre vírgulas, no parágrafo primeiro, do artigo 110, reportamo-nos ao que foi dito anteriormente, neste trabalho.

Ademais, não nos parece correto o entendimento de que a lei trate da prescrição ocorrida depois da sentença condenatória em seu parágrafo primeiro e da prescrição retroativa no parágrafo segundo. A afirmação, ao deslocar para o parágrafo segundo aquilo que o direito sumulado sempre encontrou residindo no parágrafo único, do artigo 110, de redação semelhante à do atual parágrafo primeiro, contesta frontalmente o que foi afirmado durante anos pelos tribunais, retirando o fundamento legal que embasou a súmula nº 146 e a criação da prescrição retroativa.

Por outro lado, se é verdade que o “efeito do tempo entre o recebimento da denúncia e a sentença somente poderia incidir sobre a pretensão então existente, que era só a pretensão punitiva”, argumento de que se vale o acórdão para deixar de admitir que possa a prescrição retroativa operar sobre a pretensão executória, não é menos verdade que esta somente surge com o trânsito em julgado da sentença e não com o mero “trânsito em julgado para a acusação”, razão pela qual o parágrafo segundo, na sua parte inicial, admitindo-se, para argumentar, que o parágrafo primeiro diga respeito à prescrição ocorrida depois da sentença condenatória, seria também um absurdo que não poderia ser aceito. As situações, quer considerada a prescrição ocorrida depois da sentença com trânsito em julgado apenas para a acusação, quer à verificada entre o recebimento da denúncia e a sentença, seriam exatamente as mesmas relativamente às pretensões efetivamente existentes. Em qualquer dos casos existirá apenas a pretensão punitiva.

Finalmente, a expressão “em qualquer hipótese”, contida no parágrafo segundo, deve ser entendida como “por qualquer razão” ou “por qualquer motivo” ou “sob qualquer pretexto”, mas não como fazendo referência a hipóteses de uso da pena concretizada para o cálculo da prescrição. Isso, pela singela razão de que existe uma única hipótese em que a prescrição tem como termo inicial a data do recebimento da denúncia: a prescrição retroativa. Ora, se assim é, que outra ou que outras hipóteses estariam contidas necessariamente na expressão “qualquer hipótese”, já que a referência é quanto ao termo inicial retroativo? A lei diz:

“... não podendo, *em qualquer hipótese*, ter por *termo inicial* data anterior à *do recebimento da denúncia*.”

Se admitirmos que a expressão “em qualquer hipótese” signifique hipóteses de uso da pena concretizada para o cálculo da prescrição, como querem os acórdãos antes referidos, teremos forçosamente de aceitar que exista mais de uma hipótese em que a prescrição possa ser contada do recebimento da denúncia, o que, data vênua, é um absurdo. E, note-se, a prescrição fluente a partir da sentença de que não recorreu a acusação certamente não estaria contida na expressão “qualquer hipótese”, eis que esta, porque o lapso prescricional se interrompe pela sentença condenatória recorrível, só pode ter como termo “a quo” a própria sentença, nunca a data do recebimento da denúncia.

Logo, assim entendemos, a empregar a expressão “qualquer hipótese” não está o legislador a admitir a existência de mais de uma hipótese para o cálculo da prescrição pela pena concretizada e com isso fazendo com que a prescrição retroa-

tiva esteja agora instituída no parágrafo segundo, reservando-se o parágrafo primeiro para a prescrição "ocorrida" após a sentença condenatória.

Na verdade, o parágrafo segundo contém dois preceitos, ambos aplicáveis integralmente à "prescrição de que trata o parágrafo anterior", ou seja, à prescrição calculada pela pena concretizada antes do trânsito em julgado da condenação (a exceção à regra geral), quer ocorrida entre a data do recebimento da denúncia e a sentença, quer a ocorrer a partir desta. Em qualquer dos casos, "importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal", e, no caso de ser considerada retroativamente, não poderá, por qualquer razão, "ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia".

Conclusão

Adotamos inteiramente a lição de Damásio E. de Jesus, na parte em que diz: "Criou-se, então, uma forma híbrida de prescrição. O prazo é contado antes da sentença, como se fosse caso de prescrição da pretensão punitiva; os efeitos, porém, seguem os princípios da prescrição da pretensão executória (e ainda com restrições. . .)" (*Novo Sistema Penal*, Saraiva, 1977, p.153).

Uma forma híbrida; uma ficção, como tantas criadas pelo legislador. Uma ficção, como a própria retroatividade, que a rigor, tendo em vista o princípio da irreversibilidade do tempo, não passa de uma ficção. É uma ficção, dentro de outra ficção. Mas está na lei, logo. . .

Atualmente, portanto, a prescrição dita retroativa, assim como aquela com início a partir da sentença condenatória recorrível e de que não tenha recorrido a acusação, atinge apenas a "pretensão executória" da pena principal, gerando todos os demais efeitos a decisão condenatória, tais como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, o cumprimento da pena acessória, da medida de segurança, etc. . .

(a) ARIIVALDO PERRONE DA SILVA
Promotor de Justiça 1ª Ent.