

A prescrição retroativa e a Lei n.º 6.416, de 24-5-77

NILO BATISTA

Preocupa-nos, na reflexão que se segue, uma questão de direito intertemporal colocada pela Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, ao criar o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a seguinte redação:

“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.”

Pretendemos afirmar que um réu, cujo delito tenha sido praticado **antes do dia 24 de maio de 1977**, poderá argüir a prescrição pela pena em concreto, desde que entre o **fato** e a **denúncia** tenha transcorrido tempo suficiente para caracterizar o lapso prescricional, regulado pela pena aplicada em sentença de primeiro grau com trânsito em julgado para a acusação.

Contra tal conciusão, podem ser opostas duas ordens de argumentos:

1ª — no sentido de que a prescrição pela pena em concreto não alcança o período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia;

2ª — no sentido de que, com o advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, criando o § 2º do art. 110 do Código Penal, existe proibição expressa a respeito.

Fácil é demonstrar a insubsistência de ambas as objeções.

Quanto ao cabimento da consideração do período compreendido entre o fato e a denúncia, nos casos de prescrição pela pena em concreto, antes da reforma da Lei nº 6.416, de 24-5-77, é sabido que o Supremo Tribunal Federal, em fins de 1975, alterara sua orientação de 1972, retornando a um mais amplo emprego da Súmula nº 146, dela extraindo todas as conseqüências lógicas.

Assim, no HC 53.299, julgado pelo Pleno, tendo como relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA:

“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, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso. Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal anterior a 1972, que dava interpretação compreensiva à referida Súmula e dela extraía todas as conseqüências lógicas.” (DJ 4-6-76, pág. 4042.)

Também no HC 54.485, por igual decidido pelo Pleno, do qual foi relator o eminente Ministro RODRIGUES ALCKMIN:

“A nova orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal, com base na pena *in concreto*, tanto quanto ao período contado regressivamente da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso.” (DJ 12-11-76, pág. 9821.)

Nessa mesma linha, poderíamos mencionar: HC 54.553, Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 12-11-76, pág. 9821; HC 53.712, Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ 8-7-76, pág. 5112; HC 53.779, Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 26-12-75, pág. 9638; HC 53.448, Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 20-2-76, pág. 1083. No Tribunal Federal de Recursos: HC 3.695, Ministro JARBAS NOBRE, DJ 10-2-76, pág. 753; AC 2.700, Ministro OTTO ROCHA, DJ 26-8-76, pág. 6420.

Não cabe dúvida, portanto, quanto à extensão que, imediatamente antes da reforma introduzida pela Lei nº 6.416, de 24-5-77, era conferida aos dispositivos legais (art. 110, parágrafo único) que embasavam a criação da Súmula nº 146: alcançavam eles as hipóteses em que o lapso prescricional fluíra entre o fato e o recebimento da denúncia.

Resta por examinar a objeção segundo a qual a reforma introduzida pela Lei nº 6.416, de 24-5-77, impede explicitamente a consideração de período anterior ao recebimento da denúncia. É bastante elementar a impropriedade da objeção: a Lei nº 6.416, de 24-5-77, no que tange à prescrição pela pena em concreto, é *lex gravior* em comparação com a antiga redação do art. 110 e seu parágrafo único do Código Penal, e não pode ser aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

A prescrição é instituto de direito material; pertence pois ao direito penal. Quem no-lo afirma, repetindo lição comum da doutrina brasileira, é ANTÔNIO RODRIGUES PORTO, em sua excelente monografia:

“A prescrição penal pertence ao direito material ou substantivo, e não ao formal ou adjetivo, embora algumas de suas conseqüências imediatas (sobre a ação penal e a condenação) pertençam ao direito processual.” (*Da prescrição penal*, S. Paulo, 1977, pág. 29.)

Como instituto de direito penal, está ela sujeita às regras que disciplinam a lei penal no tempo, a mais comezinha das quais reside na proibição de retroatividade da *lex gravior*.

Por essa razão, os autores que examinaram precisamente a matéria de que ora nos ocupamos são unânimes em proclamar que a Lei nº 6.416, de 24-5-77, não rege a prescrição pela pena em concreto de fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Assim, DAMASIO E. DE JESUS:

“Comparando-se os dois dispositivos, vê-se que o primitivo parágrafo único do art. 110 era mais liberal que o da nova lei. Diante disso, no conflito intertemporal, prevalece a ultra-atividade da lei mais benéfica. Em consequência, a Súmula nº 146 e o art. 110, parágrafo único, do Código Penal, continuam a regular as hipóteses de infrações cometidas antes de entrar em vigor a lei nova.” (O novo sistema penal, S. Paulo, 1977, pág. 165.)

Na mesma linha, PAULO JOSÉ DA COSTA JR.:

“A lei antiga (art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940), que serviu de base legal para a interpretação ampliativa da Súmula nº 146, por ser mais benéfica, é ultra ativa. Por isso que mais severa que a anterior, a nova lei, no que alterou o art. 110, não retroage, não devendo ser aplicada aos fatos cometidos antes da data de sua vigência.” (A nova lei penal, S. Paulo, 1977, pág. 75.)

Como bem assinala DAMASIO E. DE JESUS, “não se trata de confrontar a Súmula nº 146 com os novos dispositivos”, e sim o antigo texto legal, “que permitia o princípio sumular com todas as suas consequências” e o novo texto legal, que restringiu o alcance daquele princípio (op. cit., pág. 165).

A Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo criou um Grupo de Trabalho que veio a produzir o que se chamou de Anotações ao Novo Sistema Penal. Eis a Anotação nº 11:

“A interpretação do antigo parágrafo único do art. 110 do Código Penal, objeto da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, por ser mais favorável ao réu (Constituição Federal, art. 153, § 16), aplica-se às infrações cometidas antes da vigência da Lei nº 6.416/77.” (Apud PAULO JOSÉ DA COSTA JR., op. cit., pág. 75.)

Recentemente, o Procurador-Geral da República, no processo PGR nº 34.246/78, onde se propunha arguição de inconstitucionalidade

dade 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.)

Se esta é a posição de tão expressivos e autorizados segmentos do Ministério Público, outra não é aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RHC 55.233, que teve por relator o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, estabeleceu a 2ª Turma da Corte Suprema o pensamento resumido na seguinte ementa:

“Prescrição pela pena concretizada na sentença (Súmula nº 146). Retroação ao período compreendido entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia, admitida pela jurisprudência anterior a 1972, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal restabeleceu no RHC 53.712, de 29 de outubro de 1975. Inaplicabilidade da nova Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que acrescentou o § 2º do art. 110 do Código Penal, por lhe ser anterior, no caso, a fonte da prescrição pela pena concretizada, vale dizer, o trânsito em julgado da sentença condenatória. **Habeas corpus** concedido.” (DJ 12-9-77, pág. 6168; RTJ 83/35.)

O princípio da irretroatividade da Lei nº 6.416, de 24-5-77, no que respeita ao assunto sob exame, foi reafirmado no RHC 55.294, relator o Ministro SOARES MUÑOZ, embora aplicando limitadamente o princípio sumular (DJ 18-11-77, pág. 8233). Também no julgamento do HC 56.144, do qual foi relator o Ministro MOREIRA ALVES, afirmou a Corte Suprema que “a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não se aplica retroativamente contra o réu, no que diz respeito à prescrição”. (DJ 30-6-78, pág. 4845.)

Em suma e conclusão, não se pode aplicar o texto reformado a fatos anteriores à vigência da reforma, e essa proibição tem implicações de ordem constitucional. E, ao se aplicar o texto antigo do art. 110

e seu parágrafo único do Código Penal de 1940, interpretado cristalizadamente na Súmula nº 146, é forçoso aderir ao último entendimento da Corte Suprema a respeito, que verdadeiramente dele extraía a inevitável conseqüência de estender a prescrição pela pena em concreto tomando como referência o lapso decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia.

A prescrição é uma instituição de direito penal e, pois, de ordem pública são as regras a ela referentes. Baseia-se, fundamentalmente, em que o transcurso do tempo faz apagar o interesse estatal na persecução do delito, como ensina WENZEL (“Der Ablauf der Zeit bringt einmal das staatliche Interesse an der Strafverfolgung zum Erlöschen” — in **Das Deutsche Strafrecht**, Berlin, 1969, pág. 261); no mesmo sentido, ANTOLISEI se refere à atenuação do interesse estatal pelo “decorso del tempo” (**Manuale di Diritto Penale**, PG, Milão, 1969, pág. 588). O nosso HUNGRIA dizia que “o decurso do tempo apaga a lembrança dos fatos como a distância esfuma o relevo das coisas” (“Extinção da punibilidade”, in **Novas questões jurídico-penais**, Rio, 1945, pág. 112).

Nem é criada para favorecer os réus, nem se funda, como lembrava VON LISZT, em alguma força mística do tempo (“Einer mystischen Kraft der Zeit” in **Lehrbuch des Deutschen Strafrecht**, Berlin, e Leipzig, 1919, pág. 276). Obedece a considerações práticas sobre aquilo que SOLER chama de “inconveniencia de una represión muy tardia”, (**Derecho Penal Argentino**, B. Aires, 1970, v. II, pág. 451).

A prescrição significa — é lição de PETROCELLI — uma afirmação do legislador no sentido de que a renúncia à pena, depois de certo período de tempo,

“importi un vantaggio sociale che supera quello della sua applicazione” (**Saggi di Diritto Penale**, Padova, 1965, v. II, pág. 27).

A prescrição tem cidadania legal e convive com a experiência judiciária. Sua ocorrência não representa necessariamente um atestado de desídia sobre as repartições policiais ou forenses; seus efeitos não constituem um fato intolerável, um objeto de lamentação. Triste planeta aquele em que se tenha mais medo da prescrição do que da pena.