

Alguns Aspectos da Prescrição Retroativa em Direito Penal

CARLOS VITOR MARANHÃO DE LOYOLA
Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná

Com a alteração do Código Penal introduzida pela Lei n.º 7.209, de 11 de junho de 1984, a prescrição retroativa, até então admitida pela Súmula 146, do Supremo Tribunal Federal, passou a ter previsão legal, constando do artigo 110 e seus parágrafos, do estatuto penal substantivo.

Estabelece o parágrafo 1.º:

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

O parágrafo 2.º, por sua vez, preceitua que

“a prescrição de que trata o parágrafo anterior pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.”

Pois bem, em primeiro lugar cumpre observar ser pacífico, ante a nova redação e análise de tais dispositivos, que a prescrição retroativa

ou intercorrente reveste-se em causa extintiva da pretensão punitiva do Estado. Decorrido o lapso temporal entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este ato processual e a publicação da sentença condenatória recorrível, opera-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pena concretizada, desde que a acusação não tenha recorrido para agravá-la, ou seja improvido o recurso por ela interposto. E, consumada tal modalidade prescricional pela fluência do lapso temporal previsto em lei, ocorre por si só a própria *rescisão da sentença condenatória*, no exato momento do trânsito em julgado para a acusação, impedindo, assim, a constituição da coisa julgada material e o conseqüente surgimento da pretensão executória do Estado. A respeito do tema, aliás, com indiscutível acerto leciona DAMÁSIO E. DE JESUS:

“A prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva, rescindindo a sentença condenatória e seus efeitos principais e acessórios” (*Direito Penal*, v. 1.º, 1985, p. 633).

Surge, então, diante de tais considerações, a debatida questão a respeito de dispor ou não o próprio juiz da condenação competência para declarar extinta a punibilidade, ante a ocorrência da prescrição retroativa, se a competência é dos Tribunais, ou mesmo do Juiz de Execuções Penais.

A orientação doutrinária prevalente tem sido no sentido de que após o trânsito em julgado o juiz de primeiro grau exaure sua jurisdição, estando impossibilitado processualmente em declarar extinta a punibilidade, por haver cessado a sua competência. Adotam tal posição, dentre outros, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR (*Comentários ao Código Penal*, v. 1/489, Saraiva, 1986); JÚLIO FABRINI MIRABETE (*Manual de Direito Penal*, vol. 1/401, Atlas, 1987); PEDRO BARCELOS (*Prescrição Retroativa*, em RT 620/267); DAMÁSIO E. DE JESUS (*Prescrição Penal*, p. 150,

Saraiva, 1987); JOÃO ESTEVAM DA SILVA ("Prescrição Retroativa só no Tribunal", in *O Estado de S. Paulo*, ed. de 20-3-91, Seção Justiça, p. 21).

Entretanto, há doutrinadores que entendem que a prescrição retroativa pode ser declarada em 1.º grau, reunidos os pressupostos legais, dentre eles ALBERTO SILVA FRANCO e outros (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2.ª ed., Ed. RT, 1987, p. 366), sendo que alguns acórdãos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já adotaram tal posição (RT 607/322; RT 633/313; JTACrimSP 86/161).

Perfeitamente delineadas as teses divergentes, parece-me que o posicionamento mais adequado está com os que admitem que a prescrição retroativa pode ser declarada pelo próprio juiz da condenação, independentemente de qualquer recurso.

Com efeito, conforme afirmam ALBERTO SILVA FRANCO e outros (obra citada, p. 366),

"guarda inteira pertinência a conclusão de que a prescrição retroativa pode ser reconhecida em 1.ª instância. Ao declarar rescindida a sentença condenatória, não está o juiz de 1.º grau nem reformando seu próprio ato, exaurida a sua jurisdição, nem cuidando de matéria que não lhe está afeta. Em verdade, ao reconhecer a incidência da prescrição retroativa, o juiz do processo ou o juiz da execução atende apenas a um imperativo legal, pois é a lei e não ele quem atribui à declaração o efeito de invalidar a sentença condenatória, obstando-lhe a formação da coisa julgada e a constituição do título penal executório."

Ora, sem dúvida alguma, ocorrendo a prescrição retroativa, jamais poderá o Estado cumprir a sua pretensão executória, mesmo ainda inexistindo declaração judicial a respeito, desde que a prescrição ocorre natu-

ralmente, pela simples fluência do lapso temporal. Por tal motivo, o juiz de 1.º grau, ao declarar extinta a punibilidade, não está modificando a sentença condenatória que não chegou a formar coisa julgada, nem tratando de matéria que não é de sua competência, mas sim, em decorrência de uma situação jurídica já consumada (fluência do prazo prescricional retroativo), cumpre ele o dever que lhe é determinado pelo artigo 61 do Código de Processo Penal, que preceitua:

“Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

Nem se diga, por outro lado, que a competência para declarar a extinção de punibilidade, pela prescrição retroativa, seja do Juiz de Execuções Penais, posto que, em casos tais, conforme já foi dito, o Estado não tem constituído, em nenhuma oportunidade, título penal executório.

Acresce observar, por fim, que o processo penal, em sendo fundamentalmente instrumental, só conserva utilidade enquanto persistir alguma expectativa de punibilidade por parte do Estado; extinta a punibilidade, pela simples consumação do período prescricional, não mais existe qualquer interesse do Estado no processo, perdendo toda e qualquer significação sua manutenção que, subsistindo em razão de qualquer rigor formal, estará causando evidente constrangimento ilegal ao réu, que deve ser evitado.

Em suma, transitada em julgado a sentença para a acusação, pode o próprio juiz da condenação declarar a prescrição retroativa, uma vez constatada a ocorrência, revestindo-se a providência em medida não vedada processualmente, que se identifica com a premente necessidade de adoção de conceitos desapegados ao exagerado formalismo, proporcionando maior agilidade e racionalização à prestação jurisdicional, mormente quando trata de questão ligada à liberdade individual do cidadão.