

## **EXTINÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

*Leônidas Ribeiro Scholz*

\*Publicado em *Boletim IBCCRIM*, jun./2010, ano 18, nº 211, p. 10/11.

A Lei federal 12.234, de 5 de maio de 2010, a par de alterar o inciso VI do artigo 109 do Código Penal, para elevar de dois para três anos o prazo prescricional decorrente de pena máxima inferior a um ano, revogou o § 2.º do artigo 110 e modificou o § 1.º, para incluir a ressalva de que a prescrição retroativa não pode, “*em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*”.

Tão logo aprovado pelo Congresso e enviado ao Presidente da República, para eventual sanção, o respectivo projeto – fato cujo conhecimento obtive por mensagem transmitida pelo ilustre advogado **Andre Kehdi** –, externei, em resposta, ligeira opinião, na sequência e por sugestão dele e da dra. **Flávia Rahal**, Presidente do IDDD, detalhada no texto que, adiante transcrito, conserva atualidade e pertinência na medida em que a lei em referência reproduz, integralmente, a proposta legislativa enviada à Presidência da República:

“O projeto de lei em epígrafe, composto por quatro artigos, já à partida peca por sensível impropriedade técnico-jurídica: a alteração dos artigos 109 e 110 do Código Penal, promovida, como expressamente dispõe seu artigo 1.º, 'para excluir a prescrição retroativa', a tanto, porém, não se presta.

A inserção, ao fim do § 1.º do artigo 110, da oração adversativa 'não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa', assim como a revogação do seu § 2.º – que contempla, exatamente, a possibilidade eliminada por sobredita e, portanto, redundante ressalva –, compreendem apenas um dos ‘termos’ da denominada prescrição retroativa, o da data da infração penal, consoante os critérios elencados pelo artigo 111.

Não alcançam nenhum dos outros – visto que posteriores, todos, à 'denúncia ou queixa' (art. 117 do CP) – que delimitam espaços de tempo suscetíveis à configuração, depois do trânsito em julgado da condenação para a acusação ou de improvido seu recurso, da denominada prescrição retroativa (p. ex.: do recebimento da denúncia à publicação da sentença condenatória ou, na hipótese de absolvição em primeira instância e condenação em segunda, do acórdão condenatório; da publicação da sentença condenatória ao trânsito em julgado para o réu).

Não é esse, todavia, o único equívoco do projeto de lei em pauta. Nem o mais grave.

Aparentemente inspirado pelo propósito de combater a impunidade, fenômeno para o qual, na errônea concepção de alguns, preponderante papel desempenharia o instituto da prescrição, não faz ele senão estimular a incúria estatal no exercício do poder-dever de apurar as infrações penais, na exata medida em que suprime, com a eficácia temporal retroativa da data do fato delituoso, a extinção da punibilidade como consectário natural e lógico do descumprimento, pelo Estado, do prazo fixado para fazê-lo, já então, ademais, em consonância com a pena aplicada e, pois, objetiva e subjetivamente adequada à concreta reprovabilidade do caso.

Como adverte, com peso e tomo, entre outras, a consagrada obra *Código Penal Comentado*, de **Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto**, o *'instituto da prescrição, outrossim, é fundamental em um Estado de Direito Democrático, por várias razões, dentre as quais: a. confere segurança jurídica ao cidadão, vedando seja ele perseguido criminalmente por tempo indeterminado; b. impõe ao Estado que efetivamente se movimente em sua atividade jurisdicional, em prol da própria sociedade; c. com o decurso do*

*tempo, a pena perde a sua finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora'.*

E, mais: *'Não obstante sempre existam aqueles que criticam o instituto da prescrição, como **Quintiliano Saldaña**, para quem ele recompensava o que fugira, e castigava, duramente, a honradez penitenciária do que não soubera ou não quisera fugir' (El Futuro Código Penal, Madrid, sem referência à editora, 1923, p. 41, apud Aloysio de Carvalho Filho), a verdade é que tal linha argumentativa não vingou, mesmo porque, como afirma **Degois**, também lembrado por **Carvalho Filho** (ob. cit., p. 221), 'a prescrição é um meio necessário de compatibilizar a justiça penal com a realidade dos fatos, nunca um instrumento de impunidade ou de estímulo à criminalidade. Desonera o criminoso (...) não porque tenha ele conquistado, à custa da incúria alheia, esse privilégio de isenção penal, mas porque justiça que tarda é justiça intempestiva, o que vale dizer falha nos seus objetivos práticos e, pois, sem bases jurídicas e morais. A sociedade, ela mesma, tem interesse em se poupar ao espetáculo, algo desconcertante, dessa justiça fora de tempo'.*

Ademais, como já tivemos a oportunidade de afirmar (cf. Roberto Delmanto Junior, *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 332-339), *o instituto da prescrição, além*

do importantíssimo papel de evitar punições completamente extemporâneas e já sem significado como medida de prevenção especial e geral, retributiva e ressocializadora, possui a correlata função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário. Para tanto, basta lembrar a corriqueira preocupação dos juízes, ao conduzirem a instrução e proferirem suas sentenças, em não deixar escoar o prazo prescricional, sem restringir, evidentemente, os direitos da defesa. Celeridade que significa diligência e não precipitação, e que é um direito do acusado, estatuído na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7.º, n. 5), e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (art. 9.º, n. 3), ambos ratificados pelo Brasil (art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, da Magna Carta). Cumpre referir, por fim, a pertinente observação de **Hans-Heinrich Jescheck** (Tratado de Derecho Penal – Parte General, 4ª ed., traduzida para o espanhol por José Luiz Manzanares Granada, Editorial Comares, 1993, p. 822), no sentido de que também há o aspecto processual a favor do instituto da prescrição, mesmo porque, com o passar do tempo, as provas que não tenham porventura desaparecido tornam-se evidentemente mais frágeis, aumentando-se o risco da ocorrência de erros judiciais' (8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403).

Nesse lineamento, ao banir a prescrição da intenção punitiva regulada pela pena aplicada – precisamente a que, por promover a efetiva correlação axiológica entre resposta penal e fato delituoso em concreto praticado e julgado, estabelece a impreterível proporcionalidade entre sua específica reprovabilidade e o espaço de tempo no qual cumpre ao Estado exercer seu poder-dever de punir – da fase pré-processual da persecução criminal – exatamente aquela em que, por não se materializarem, ao menos em sua plenitude, os direitos e garantias individuais fundamentais, reduz-se sensivelmente não só o espectro de proteção ao cidadão sobre o qual recaía suspeita de prática delituosa, como também a possibilidade de intervenção sua ou de seu advogado no respectivo procedimento (cuja eventual demora, portanto, a ele não cabe debitar) – o projeto de lei em tela não encerra outro efeito qual não seja o de fomentar delonga e tardança na investigação criminal.

E, conseguintemente, a perpetuação de atuação estatal que, marcadamente inquisitorial, afigura-se sobremodo invasiva e constrangedora.

Não se afina minimamente com a ordem constitucional a supressão, ainda que por via oblíqua, de balizas temporais para o exercício de atividade estatal assim tão crucial, mesmo porque potencialmente lesiva a

um sem número de atributos essenciais do Estado de Direito, dentre os quais o que se consubstancia no cogente preceito maior a teor do qual '*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam celeridade em sua tramitação*'.  
'

E qual seria um dos meios mais eficazes de garantir celeridade na tramitação de processos e procedimentos a não ser, justamente, a estipulação de marcos temporais para a prática dos atos que os movimentem, com a necessária sanção, representada pelo perecimento da possibilidade jurídica de implementá-los, para o decurso, em branco, dos prazos por eles definidos?

Proscrever a prescrição retroativa – justo a que reflete e traduz a real proporcionalidade entre a gravidade concreta e específica de infração penal certa e determinada e o intervalo de tempo legalmente havido por suficiente para a realização do magistério punitivo do Estado – da etapa extrajudicial da persecução criminal, outorgando-lhe, nessa perspectiva e a despeito do expressivo séquito de gravames que potencializa em detrimento da honra, da imagem, da liberdade e do patrimônio dos – a vingar o projeto – 'eternos suspeitos e investigados', nefasta isenção de limite e de significado temporais, corporifica notável desserviço ao verdadeiramente eficaz

enfrentamento da impunidade, além de solapar o mandamento constitucional '*da duração razoável dos processos e dos meios que garantam celeridade em sua tramitação*', um dos quais, ainda que pelo viés sancionatório, mas fora de dúvida, o do instituto da prescrição”.