

LEI 9.271/96: O DIREITO À PRESCRITIBILIDADE, A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE E AS PRIMEIRAS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Luiz Flávio Gomes

Juiz de Direito em São Paulo.

Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal no MPM/Damásio.

Sumário

1. O direito à prescritibilidade. 2. A questão da retroatividade da Lei 9.271/96. 3. Primeiras tendências jurisprudenciais acerca da retroatividade da Lei 9.271/96. 4. Conclusões.

1 O DIREITO À PRESCRITIBILIDADE

A doutrina, mesmo antes do início da vigência da Lei 9.271/96, que se deu em 17 de junho de 1996, já antevia que as questões atreladas ao “direito à prescritibilidade” e à sua virtual retroatividade iriam demandar muita reflexão e discussão.¹ Suspenso o processo (em virtude de o acusado ter sido citado por edital e não ter comparecido nem constituído defensor), consoante os ditames do recente diploma legal, também fica suspenso o prazo prescricional. O ponto central da polêmica, verdadeiramente nevrálgico, reside no seguinte: a suspensão do prazo prescricional é eterna ou tem limite? Como sabemos, duas correntes já se formaram: uma dizendo que a suspensão não tem nenhum limite, outra sustentando ponto de vista contrário.²

Se a suspensão do prazo prescricional não tivesse limite, seria o caso de se admitir que a lei nova teria criado uma “situação de

1 Ver *Boletim IBCCrim* n. 42. Edição especial.

2 Cf. JESUS, Damásio E. de. *Boletim...*, cit., p. 3.

imprescritibilidade” (o que equivale dizer que determinado crime, em razão da suspensão do processo, na prática, tornar-se-ia imprescritível). A doutrina internacional, de modo praticamente uníssono, não reconhece nos dias atuais nenhuma legitimidade na pretensão político-criminal de que alguns crimes sejam imprescritíveis. Como afirma o íncrito e renomado professor de Coimbra, *Jorge de Figueiredo Dias*³

“não há no catálogo penal crime algum, por mais repugnante que seja ao sentimento jurídico, relativamente ao qual possa dizer-se que as expectativas comunitárias de reafirmação contrafáctica da validade da norma violada e as exigências de prevenção especial perduram indefinidamente [...] uma tal persistência possui, a partir de um certo momento, o carácter da ‘memória histórica’, incapaz de fundar preventivamente a necessidade de punição.”

Pura vingança, retribuição, necessidade “absoluta” de pena, no sentido “kantiano”, justificariam a imprescritibilidade.

A consciência internacional e o estágio atual de civilização da humanidade repugnam, veementemente, a imprescritibilidade dos delitos. Malgrado o consenso praticamente universal, nosso legislador constituinte de 1988 deliberou, em duas hipóteses, reconhecer a imprescritibilidade: Art. 5º, incisos XLII (crime de racismo) e XLIV (ação de grupos armados contra o Estado de Direito). Mas não autorizou a criação pelo legislador derivado (ordinário) de nenhuma outra hipótese mais. Nem sequer nos crimes hediondos e equiparados (inciso XLIII), que receberam tratamento “duro”, foi permitida a restrição da imprescritibilidade. A prescritibilidade (possibilidade em abstrato de que o delito algum dia venha a prescrever em razão do decurso do tempo) é, destarte, no Estado Constitucional e Democrático de Direito brasileiro, a regra geral; a imprescritibilidade é a exceção. Sendo assim, ressalvadas as duas exceções “constitucionais”, nenhuma outra pode ser criada pelo legislador “infraconstitucional”.

Assentados esses pressupostos jurídicos e doutrinários, pergunta-se: como devemos interpretar a lei ordinária (9.271/96) no ponto em que determinou a suspensão do prazo prescricional? Esse texto legal só

3 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português – As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 703.

tem coerência constitucional (vertical) e, portanto, só pode ser materialmente admitido como norma (vinculante) do vigente *ius positum* se interpretado que a suspensão da prescrição não é eterna (é dizer, tem que ter limite). Do contrário, estaríamos diante de regra absolutamente inconstitucional, tal qual reconheceu, em 24/7/96, a 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em votação unânime, sendo relator o eminente juiz A. C. Mathias Coltro, *in verbis*:

“A suspensão do prazo prescricional prevista na Lei 9.271/96 é inconstitucional por prever casos de imprescritibilidade além dos enumerados, de forma específica e exclusiva, pela Lei Maior, devendo-se reconhecê-la como tal, especialmente em função dos inúmeros processos sujeitos à defeituosa incidência dessa norma quanto ao direito do acusado ao sistema prescricional” (TACrim – SP, Apelação n. 1.005.811, Rolo/flash 1053/326. No mesmo sentido v. TACrim – SP, Apelação 1.018.175, Voto vencedor de A.C. Mathias Coltro, Rolo/flash 1050/307).

Dois são os aspectos que devem ser realçados nos julgados que acabam de ser mencionados: **1.** muito corretamente, reconheceu-se o “direito do acusado ao sistema prescricional”. Cuida-se do direito à prescritibilidade, líquido e certo em todos os delitos, menos naquelas duas exceções que emanam da Carta Magna. Esse direito, aliás, por significar mera possibilidade de que o delito algum dia venha a prescrever, não se confunde, obviamente, com o direito concreto à prescrição, que só se completa com o inteiro transcurso do prazo prescricional previsto em lei; **2.** para se chegar à conclusão de inconstitucionalidade da lei, partiu-se da interpretação de que ela criou uma inaceitável “situação de imprescritibilidade” (suspensão eterna do prazo). Concebendo-se que isso efetivamente tivesse ocorrido, a inconstitucionalidade seria deveras manifesta, porque, como afirma a doutrina moderna, e até mesmo algumas Constituições, sendo o caso da portuguesa (art. 18, n. 2), “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição...”. A existência de autorização expressa para se restringir direitos e garantias, consoante o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho,⁴ é requisito formal ab-

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed, Coimbra: Almedina, 1989, p. 483.

solamente imprescindível. Não havendo na nossa Constituição permissão expressa para o legislador ordinário ampliar o rol dos delitos imprescritíveis, é evidente que o da Lei 9.271/96 não poderia fazê-lo. Essa, no entanto, e disso não podemos nos esquecer, é apenas uma das formas de se interpretar o texto legal em questão.

A outra forma de se interpretar a Lei 9.271/96, no que concerne à suspensão do prazo prescricional, seria a seguinte: a suspensão do prazo tem que ter limite (pois, do contrário, estaria criada uma “situação de imprescritibilidade”, que é, como vimos, inconstitucional). Forte e renomada doutrina já emergiu em torno da tese limitadora.⁵ Pode-se discutir, segundo nosso ponto de vista, sobre qual seria o melhor critério limitador da suspensão do prazo prescricional: pena mínima, pena máxima, prazos do art. 109, vinte anos, trinta anos etc. (de todos, diga-se de passagem, o que mais atende ao princípio da proporcionalidade é a combinação da pena máxima em abstrato com o art. 109). Mas de modo algum cabe qualquer polêmica sobre a imperiosa necessidade de se pôr um limite a essa suspensão da prescrição. Aliás, a palavra suspensão, até etimologicamente, traz em si a idéia de algo temporário, passageiro, não duradouro. Suspensão que não seja provisória, temporária, não é suspensão, é interrupção eterna.

Do que foi exposto até aqui, impõe-se desde logo extrair uma primeira conclusão: a única interpretação (e aplicação) constitucionalmente válida que se pode adotar em relação à Lei 9.271/96, na questão relacionada com a suspensão do prazo prescricional, consiste em reconhecer, no ato da suspensão do processo, que aquela (suspensão da prescrição) vige por tempo determinado, por tempo certo e limitado, que deve corresponder, no nosso modo de entender, a “um período prescricional” (pena máxima em abstrato combinada com o art. 109 do CP).⁶ Dito de outra maneira: durante um “período prescricional” (computado pela pena em abstrato combinada com o art. 109 do CP) não corre a prescrição. Mas terminado esse período, o prazo prescricional que estava em andamento retoma o seu curso (note-se: retoma o curso, pois estamos diante de causa “suspensiva”, não interruptiva; logo, o

5 Ver FRANCO, Alberto Silva; JESUS, Damásio E. de e CHOUKR, Fauzi H. *Boletim...*, cit., p. 2, 3 e 7.

6 No mesmo sentido JESUS, Damásio E. de. *Boletim...*, cit., p. 3.

tempo que transcorreu antes da suspensão do processo não desaparece, é válido e deve ser computado).

Assim interpretada a Lei 9.271/96, assegura-se a intangibilidade do “direito à prescritibilidade”, que possui, aliás, como visto, cunho constitucional. Mas impõe-se um esclarecimento fundamental: referido direito à prescritibilidade (possibilidade *in abstracto* de que o delito algum dia venha a prescrever) não significa que o prazo prescricional não possa estar sujeito a causas “interruptivas” ou “suspensivas”. Em todos os ordenamentos jurídicos modernos elas estão presentes. E as causas suspensivas do curso prescricional, desde que transitórias, são absolutamente compatíveis com tal direito. Por inúmeras razões, quando o Estado não pode transitoriamente exercer o *ius puniendi*, nada mais justo que a suspensão do prazo prescricional, pois do contrário o Estado seria “punido” (com o transcurso do prazo) sem nada poder fazer em termos de *persecutio criminis*. O que não é concebível, jamais, é a existência de uma causa suspensiva eterna, perene. Pois aí resulta afetado o “conteúdo essencial” do direito à prescritibilidade.

Se observarmos bem as causas suspensivas que temos no nosso *ius positum* (CP, art. 116, I – questão prejudicial; CP, art. 116, II – enquanto se cumpre pena no estrangeiro; CP, art. 116, parágrafo único – enquanto se cumpre pena por outro motivo; CF, art. 53, § 2º – indeferimento do pedido de licença para processar parlamentar; CPP, art. 368 – enquanto se cumpre carta rogatória citatória; Lei 9.099/95, art. 89, § 6º – enquanto dura a suspensão condicional do processo) logo se constata a nota da transitoriedade em todas elas. Se da suspensão do prazo prescricional a transitoriedade é característica essencial, não há como enfocar de forma diferente a contemplada na Lei 9.271/96.

Um outro fundamento pode ser agregado à tese da temporariedade da suspensão do prazo prescricional: houve uma evidente preocupação do legislador em estabelecer um “equilíbrio de armas”. A suspensão do processo impede que o Estado exerça a persecução penal; estando ele impedido de agir, resulta claro que não pode ser “punido” com o transcurso do prazo prescricional. O prejudicado, até essa altura, é o acusado (porque não tem contado em seu benefício o transcurso do tempo). De qualquer modo, é o “preço” que ele tem que pagar (durante um certo período) para ver respeitado o seu direito de estar presente na colheita das provas (direito de autodefesa). Mas, de outro lado, convém ponderar que ele, Estado, também tem o dever de diligenciar, visando o

encontro do acusado. Uma das proeminentes tarefas dos órgãos da persecução penal, aliás, é exatamente a de investigar o delito e encontrar o seu autor. Desde que passado um determinado período sem que o Estado cumpra esse seu dever, nada mais correto que recomeçar a contagem do prazo prescricional. Porque nessa altura já se constata uma certa negligência sua.

O direito à prescritibilidade, por último, não podemos deixar de registrar, do ponto de vista teórico, deita suas raízes na teoria do esquecimento (depois de um certo período esmaece ou desaparece o clamor social causado pela infração), na teoria dos fins da pena (o transcurso do tempo torna desnecessário – tanto do ponto de vista retributivo, quanto preventivo – qualquer sanção), na teoria do esvaziamento probatório (com o tempo as provas do delito vão se diluindo, com o que proporcionalmente aumenta-se o risco de erro judiciário) etc.

Reconhecido e assegurado o direito à prescritibilidade, que tem sua fonte, consoante o clássico magistério “kelseniano”, no topo da pirâmide jurídico-normativa brasileira, em termos práticos, sempre que o juiz suspender o processo em virtude de citação por edital, urge que desde logo deixe bem claro que a suspensão do prazo prescricional se dá por prazo certo, limitado, determinado (que corresponde, conforme vimos, a um período prescricional em abstrato). Considerando que o “direito à prescritibilidade” (possibilidade de uma futura e concreta prescrição) é direito atual, presente, imediato, não mera expectativa de direito (mera expectativa existe, isso sim, sobre o direito concreto à prescrição, que depende do transcurso do tempo legal), urge que o juiz o declare desde logo no ato jurisdicional de suspensão do processo. Aliás, é muito conveniente que se assinale nos autos a data-limite da suspensão do prazo prescricional. Vencida essa data-limite, referido prazo retoma seu curso. E em um dia o delito prescreverá.

Duas posturas outras, ambas passíveis de questionamento, pode ter o juiz no ato da suspensão do processo: **1.** ele pode suspendê-lo e nada mencionar sobre o “direito à prescritibilidade”: nesse caso impõe-se a utilização dos embargos de declaração para que referido direito seja devidamente esclarecido; **2.** ele pode suspendê-lo e afirmar que a suspensão do prazo prescricional não tem limite: essa é a interpretação literal da lei, flagrantemente contrária à Constituição, como procuramos enfatizar; estaríamos diante de uma ofensa a direito líquido e certo, atrelado ao *ius libertatis*, logo, reparável inclusive por *habeas corpus*.

Em suma: suspenso o processo em virtude de citação por edital, urge ao mesmo tempo que fique bem claro que a suspensão do prazo prescricional se dá por tempo certo, limitado, determinado. É o reconhecimento do “direito à prescritibilidade”, de assento constitucional. A conclusão que acaba de ser extraída é indiscutivelmente válida, conforme nosso juízo, em relação a todos os delitos que ocorreram ou estão ocorrendo de 17 de junho de 1996 em diante (data de vigência da Lei 9.271/96). Já no que concerne aos delitos praticados antes da lei, entra em cena a complexa questão da sua retroatividade ou irretroatividade, que veremos em seguida.

2 A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE DA LEI 9.271/96

No que concerne ao seu aspecto processual (suspensão do processo por causa da citação por edital), não se nega que a Lei 9.271/96 é benéfica; já no que se relaciona com a suspensão do prazo prescricional (que foi imaginada para não incentivar a impunidade, consoante o autorizado magistério de *Ada Pellegrini Grinover*),⁷ seria prejudicial (e quiça até inconstitucional), daí a incensurável preocupação de *Alberto Silva Franco*⁸ no sentido de que o próprio legislador ou a jurisprudência deveria se encarregar de adequá-la aos ditames constitucionais vigentes (encontrando-se um termo final para a causa suspensiva da prescrição).

Formaram-se três correntes em torno do tema: **1.** irretroatividade total: sustentada por *Damásio E. de Jesus* e *André V. de Almeida*;⁹ **2.** retroatividade total (da suspensão do processo e da suspensão do prazo prescricional) e **3.** retroatividade parcial: retroação da parte benéfica (processual) e irretroação da parte maléfica (prescrição). Esta foi a tese suspenhada por nós,¹⁰ nos albores da vigência da Lei 9.271/96, fulcrada basicamente no seguinte: imaginava-se (e até hoje não existe nenhum acórdão sobre a matéria) que a suspensão do prazo prescricional não tivesse nenhuma limitação temporal.¹¹

7 Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. *Boletim...*, cit., p. 1.

8 Ver FRANCO, Alberto Silva. *Boletim...*, cit., p. 2.

9 JESUS, Damásio E. de; ALMEIDA, André V. de. *Boletim...*, cit., p. 3 e 6.

10 Ver *Boletim IBCCrim*, cit., p. 4 e 5 e *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 15, p. 3/12.291, ago./1º quinz./1996.

11 Ver a preocupação, nesse sentido, de FRANCO, Alberto Silva. *Boletim...*, cit., p. 2.

Partindo-se desse pressuposto (de que a suspensão da prescrição é eterna), é evidente que a nova lei, nessa parte, seria flagrante e desproporcionalmente prejudicial ao acusado que cometera crime antes da sua vigência. Se na data da conduta o delito era prescritível, impõe-se ademais a invocação da doutrina do direito adquirido (é o direito à prescritibilidade, amparado pelo direito adquirido a essa prescritibilidade). Não se admitindo nenhum limite temporal à suspensão do prazo prescricional, a outra conclusão não se pode mesmo chegar: a lei nova estaria criando uma “situação de imprescritibilidade”. Não seria o caso, é bem verdade, de se dizer que a lei nova “tornou o crime imprescritível”, no mesmo sentido que fizera a Constituição Federal em duas hipóteses (art. 5º, incisos XLII e XLIV). Ela não fez isso. O que fez foi criar uma “situação nova de imprescritibilidade”.

Admitindo-se que a suspensão do prazo prescricional seja ilimitada (eterna), cabe perguntar: quem cometera algum crime sob a égide das leis anteriores, é dizer, sob o império de regras que cuidavam da prescritibilidade do fato, pode de repente ser prejudicado por uma regra nova oposta, de imprescritibilidade (eterna) do mesmo fato? O delito que era prescritível antes da lei nova repentinamente pode ser inserido numa nova situação legal, de imprescritibilidade sem limite? A resposta a essas indagações só pode ser negativa. Concluindo, se a suspensão do prazo prescricional não tem limite, a lei nova só pode ser irretroativa, porque clara e desproporcionalmente mais prejudicial para o infrator. Eventual retroatividade, nesse caso, violaria o princípio constitucional da irretroatividade da lei nova prejudicial (art. 5º, inciso XL), assim como o direito adquirido à prescritibilidade.

A outra e muito diferente conclusão pode-se chegar se se admite a tese contrária, como vimos na primeira parte deste trabalho, de que a suspensão do prazo prescricional tem limite. O cerne do problema da retroatividade ou não da lei nova pode estar vinculado, como se observa, à *vexata quaestio* de se admitir ou não limite à suspensão do prazo prescricional. Admitindo-se algum “limite”,¹² já não se pode dizer que a nova lei tenha criado uma “situação de imprescritibilidade” (eterna). O crime continuaria prescritível e a novidade estaria unicamente na sus-

12 Tal como propugnaram logo após a vigência da lei, respectivamente, FRANCO, Alberto Silva; JESUS, Damásio E. de e CHOUKR, Fauzi H. *Boletim...*, cit., p. 2, 3 e 7.

pensão do prazo prescricional por um período. Expirado esse período, volta-se à contagem prescricional que estava suspensa (reinicia-se o prazo que estava em curso).

Assim enfocada a nova lei, não parece desarrazoada a tese da sua retroatividade total (parte processual e parte penal), mesmo porque caberia considerar o seguinte: em todas as hipóteses legais de suspensão do prazo prescricional (CP, art. 116; CF, art. 53, § 2º; CPP, art. 368; Lei 9.099/95, art. 86, § 6º) dá-se o advento de uma situação nova “posterior” ao delito. A causa suspensiva do prazo prescricional (surgimento de uma questão prejudicial, denegação de licença para processar parlamentar, início de cumprimento de uma prisão, suspensão condicional do processo, expedição de carta rogatória citatória) sempre surge depois do delito. A suspensão do prazo, nessas hipóteses, significa indiscutivelmente um certo prejuízo para o acusado, mas é uma imposição (proporcional) para se estabelecer um “equilíbrio de armas”. Se o Estado, pelas razões supra-indicadas, não pode exercitar temporariamente a persecução penal (não pode, em outras palavras, “fazer andar o processo”), tampouco parece justo que seja “punido” com o transcurso do tempo. Assim, considerada a questão, não tem relevância que a causa suspensiva tenha por base uma lei precedente ou venha inserida no contexto de uma lei nova.

Pois se de um lado é justo favorecer o acusado com a suspensão do processo porque foi citado por edital (suspensão que se dá em seu benefício, para assegurar-lhe o direito de autodefesa), de outro, nada mais correto nessa hipótese que suspender o curso do prazo prescricional, inclusive em relação a crimes anteriores à lei nova. É o preço que o acusado terá que pagar para ter o processo suspenso, que é algo feito em seu benefício. Mas tudo isso só é concebível se o prazo da suspensão da prescrição conta com “limite” razoável. Pois aí se constata um prejuízo (sacrifício) proporcional ao benefício conquistado.¹³ No fundo, o que temos em conflito são dois direitos fundamentais do acusado: de um lado o direito de autodefesa, como expressão do devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc.; de outro, o direito de não ser prejudica-

13 Ver sobre o princípio da proporcionalidade GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990, p. 223 et seq.

do por uma lei “penal” nova. Urge a ponderação desses valores. Se ilimitado o prazo, a lei nova é indiscutivelmente irretroativa, na sua parte penal, pois então estaríamos diante da presença de um prejuízo (sacrifício) desproporcional ao benefício alcançado. A teoria da proporcionalidade, que entra em cena sempre que vários direitos fundamentais estão em conflito, é extremamente útil para nos dar uma luz ao complexo problema em questão.

Concluindo, se “limitado” o prazo de suspensão da prescrição (prazo certo, determinado), pode ser sustentável a tese da retroatividade total da lei (tanto na sua parte processual como penal). Porque aí o delito continua “prescritível”: o prazo ficará suspenso por um período (combinação da pena em abstrato com o art. 109), mas volta. E em um dia o delito prescreverá. Mas em nenhuma hipótese seria admissível retirar do infrator esse direito à prescritibilidade. Pode o prazo prescricional estar sujeito a interrupções, suspensões temporárias; o que não se pode, definitivamente, ressaltadas as duas exceções constitucionais, é aniquilar o irrefutável e incontestável direito à prescritibilidade.

3 PRIMEIRAS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA RETROATIVIDADE DA LEI 9.271/96

Na incipiente jurisprudência sobre o tema enfocado já se constata as três tendências antes assinaladas: **1.** irretroatividade total da lei (TJSP, *Habeas Corpus* 213.023-3/4, Rel. *Gonçalves Nogueira*; TACrim – SP, Apelação Criminal 991.313, Rel. *Lopes da Silva*); **2.** retroatividade parcial (retroação da parte processual e irretroação da parte penal) (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.011.381, Rel. *Almeida Braga*; TACrimSP, Apelação Criminal 1.018.175, Rel. *Almeida Braga*); **3.** retroatividade total, que é a tendência jurisprudencial amplamente dominante (já com mais 30 acórdãos, tanto do TJSP como do TACrim – SP).

No que concerne à suspensão do processo, em virtude da citação por edital, já se formou, assim, uma ampla tendência jurisprudencial no sentido de sua aplicação retroativa (leia-se: a processos em andamento). Inclusive a processos em fase recursal (TACrim – SP, Apelação Criminal 994.633, Rel. *Ericson Maranhão*; TACrim – SP, Apelação Criminal 1.012.739, Rel. *Fernando Matallo*; TJSP, Apelação Criminal 182.150-3/4, Rel. *Fanganiello Maierovitch*); o limite da retroatividade

é a coisa julgada (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.013.591, Rel. *Figueiredo Gonçalves*). Mesmo no caso de absolvição em primeiro grau, aplica-se retroativamente a lei nova (TACrim – SP, Apelação criminal 1.021.597, Rel. *Xavier de Aquino*). Essa retroatividade, no entanto, não afeta a validade dos atos processuais anteriormente praticados (TACrim – SP, Apelação criminal 979.991, Rel. *Erix Ferreira*; TACrim – SP, Apelação Criminal 1.019.315, Rel. *José Urban*).

Justifica-se a retroatividade benéfica da Lei 9.271/96: pela presunção de não conhecimento da acusação (TACrim – SP, Apelação criminal 1.011.633, Rel. *Ericson Maranhão*); para assegurar a efetiva oportunidade de defesa e o contraditório (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.010.175, Rel. *Pericles Piza*; TACrim – SP, Recurso em Sentido Estrito 1.014.947, Rel. *Ericson Maranhão*; TACrim – SP, Apelação Criminal 1.012.739, Rel. *Fernando Matallo*); porque se trata de lei processual, regida pelo princípio da aplicação imediata (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.010.257, Rel. *Ricardo Lewandowski*; TACrim – SP, Apelação Criminal 1.016.391, Rel. *José Urban*; TACrim – SP, Apelação Criminal 979.991, Rel. *Erix Ferreira*; TACrim – SP, Apelação Criminal 1.011.045, Rel. *Penteado Navarro*); porque se trata de direito subjetivo (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.015.487, Rel. *Pericles Piza*); porque vige a regra o *tempus regit actum* (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.020.889, Rel. *Ericason Maranhão*); porque a condenação efetiva é mais gravosa que a ameaça de condenação, ainda que esta perdure por algum tempo (TACrim – SP, Apelação Criminal 1.010.889, Rel. *Ericson Maranhão*).

Não houve, no entanto, até o momento, nenhuma preocupação com o reconhecimento do “direito à prescritibilidade”. Pelo teor dos acórdãos, a suspensão do prazo prescricional não teria nenhum limite. Seria eterna. Isso é, como vimos, extremamente questionável, sobretudo do ponto de vista constitucional. Urgem, nessas hipóteses, embargos de declaração, para que fique bem claro o direito à prescritibilidade. Se porventura for denegado, cabível será inclusive *habeas corpus* para discuti-lo e vê-lo reconhecido.

4 CONCLUSÕES

1ª A Lei 9.271/96, no ponto em que determina a suspensão do prazo prescricional, constitucionalmente falando, só admite uma única

interpretação (materialmente) válida: a de que esse prazo tem que ter limite, isto é, não pode ser eterno.

2ª De todos os sugeridos, o melhor critério “limitador” reside na combinação da pena máxima em abstrato com o art. 109 do Código Penal; o prazo, assim, fica suspenso por um “período prescricional em abstrato”.

3ª Expirado esse “período prescricional-limite”, o prazo da prescrição retoma o seu curso (conta-se, destarte, o tempo transcorrido anteriormente).

4ª Caso se interpretasse a lei no sentido de que o prazo da suspensão da prescrição não tem limite, estaríamos diante de preceito inconstitucional, por afetar o “direito à prescritibilidade” (que é a possibilidade de que o delito em algum dia venha a prescrever). Não seria, assim, aplicável nem aos crimes ocorridos depois de 17 de junho (data de vigência da lei) e tampouco aos ocorridos antes dessa data (porque ademais afetaria o princípio da irretroatividade maléfica, bem como o do direito adquirido); se tivesse sido criada uma “situação de imprescritibilidade” (eterna), o prejuízo para o acusado seria flagrantemente desproporcional ao benefício alcançado; logo, o melhor seria fazer retroagir a parte processual benéfica e não retroagir a parte penal maléfica.

5ª Em sentido oposto, caso se admita, como entendemos ser o correto, que a suspensão do prazo prescricional conta com limite, a constitucionalidade do preceito legal torna-se incontestável. E seria válido tanto para os crimes ocorridos depois da lei (17 de junho) como para os anteriores.

6ª Com isso pode-se dizer sustentável a tese da retroatividade total da lei nova: primeiro porque não resultaria afetado o “direito à prescritibilidade”; em segundo lugar porque o prejuízo que implica ao acusado (suspensão do prazo prescricional) resulta absolutamente proporcional ao benefício conquistado (suspensão do processo para assegurar o direito de autodefesa). Pela teoria da proporcionalidade explica-se o sacrifício de um para a tutela de outro direito fundamental.

7ª Mas só tem pertinência, como se vê, a invocação da retroatividade total da lei nova, fundada na teoria da proporcionalidade, se se admite, clara e inequivocamente, que a suspensão do prazo prescricional se dá por tempo certo, limitado, determinado. Do contrário, a melhor tese nos parece a da retroação da parte processual benéfica e irretroação da parte penal maléfica.