

DIREITO CRIMINAL

RETROACTIVIDADE

DA

LEI PENAL QUANTO Á PRESCRIPÇÃO

Alterados profundamente como foram pelo novo Cod. Penal brasileiro os prazos e as condições do Cod. do Processo e da lei de 3 de Dezembro de 1841 para a prescrição da acção penal, sem que após as novas disposições fosse expressamente declarado, como cumpria, qual a amplitude da sua efficacia no tempo, tornou-se da mais interessante actualidade para a nossa pratica forense a antiga controversia, até hoje não derimida na jurisprudencia estrangeira, sobre a retroactividade da lei reguladora do alludido instituto juridico.

Assim, ao tratar-se de prescripções começadas, mas não acabadas, antes da promulgação do Codigo de 1890, não raro se deterão perplexos os nossos juizes ante o embate multiplo e confuso dos argumentos com que se degladiam civilistas e criminalistas conspicuos, pugnando, alguns a favor da applicação da lei antiga, outros pela retroactividade da lei nova,

outros, ainda, pela preponderancia da lei mais favoravel ao delinquente d'entre as que se hão succedido desde a perpetração do delicto; sem contar a transacção proposta por Merlin, já hoje geralmente abandonada, que resultaria d'uma media na razão composta do prazo exigido pela lei antiga, do estabelecido na lei nova e do tempo decorrido da data do delicto até a publicação da ultima lei.

Propondo-nos não mais que a adduzir * algum subsidio que accaso possa contribuir para o pronunciamiento da jurisprudencia nacional sobre a questão, nos limitaremos a considerar, dentre as opiniões divergentes, apenas a segunda e a terceira, por serem as que modernamente reúnem maior numero da proselytos; empenhando-nos, aliás, em fundamentar a nossa preferencia principalmente em argumentos baseados na legislação penal patria.

*
* *

A opinião dos que sustentam a applicação da lei nova á prescripção da acção e da pena, começada na vigencia da lei anterior, revela claramente nos que a seguem a preocupação systematica, embora nem sempre confessada, dos principios do Direito Civil sobre a retroactividade das leis.

Por isso que a prescripção pertence ao quadro de direito formulario, diz-se, nada póde obstar que as disposições legislativas sobre essa materia applicuem-se como as demais disposições processuaes, aos pleitos pendentes.

Por isso que a prescripção é de ordem publica, fundada no interesse geral, accrescenta-se, é obvio que o prazo e as condições da lei anterior não constituem

para o accusado um direito adquirido que deva limitar a efficacia da nova lei quanto ao passado.

E' de vêr-se, porém, desde já que á pertinencia de taes argumentos contrapõe-se a consideração de ordem geral, adduzida pelos proprios civilistas, (1) de ser a prescripção da acção penal ou da pena regida por considerações particulares que nada têm de commum com as do Direito Civil. No dominio deste ramo do Direito a não retroactividade da lei justifica-se pela garantia devida aos factos consummados e aos direitos adquiridos nas relações de ordem privada; de sorte que, fóra destes casos o imperio da lei não soffre limitações. No dominio do Direito Penal, diversamente, imprecedentede qual seria a allegação de direitos adquiridos, é a equidade que prescreve á sociedade o dever de sempre applicar a lei mais favoravel, quer seja a que foi violada pelo delinquente, porque seria iniquo julgal-o segundo uma lei mais rigorosa que elle não poderia conhecer nem prever, quer seja a lei nova, que, facto espontaneo do poder publico, inhibe-o por isso de recusar aos delinquentes anteriores a indulgencia que elle proclama justa para os delinquentes futuros. (2)

Assim, embora seja retroactiva a lei civil quando tem por objecto a jurisdicção e o processo, bem como quando não offende direitos adquiridos, nada auctoris a que se transporte o argumento para o dominio da lei penal, onde differentes são as razões de decidir.

Demais, muito longe de ser premissa irrecusavel a classificação da prescripção da acção penal na categoria das leis de fórmula, a verdade é que a pratica

(1) Aubry et Rau, Tr. de Dt. Civil Fr., tom. 1.º, pag. 61.

(2) Carrara,—Programme du Cours de Dt. Crim. § 773.

legislativa contemporanea tem repudiado essa doutrina, transferindo, quasi sem excepção, dos codigos processuaes para as codificações de leis que affectam á substancia do direito os preceitos referentes á prescripção, pratica esta entre nós seguida pelo Codigo de 1890 em opposição ás tradições consagradas pelo nosso Codigo do Processo e por leis subsequentes.

Quanto ao argumento baseado no aserto de jamais poder o delinquente invocar um direito adquirido contra as reformas da legislação penal, é manifesto que só vale como refutação d'uma razão infundada dos primeiros criminalistas que defenderam a não retroactividade da lei penal; não attingindo, pois, os motivos actualmente invocadas pelas que entendem que a lei jamais deve retroagir em detrimento do accusado.

Esta doutrina não precisa effectivamente acollher o delinquente sob a inviolabilidade de imaginarios direitos adquiridos; os seus sequazes reconhecem que o interesse privado do delinquente não póde ser anteposto ao interesse social, que se presume melhor garantido pela lei nova; mas de outra parte affirmam que, assim como o direito social de punir não deve alcançar os factos anteriores a que a lei nova commina pena mais severa do que a da lei sob cujo imperio foram praticados, assim tambem o direito de exercer a acção penal não deve colher, pelo alongamento do prazo para a prescripção, os delinquentes anteriores já resguardados pelo prazo menor da prescripção começada na vigencia da lei antiga.

A prescripção constitue, assim como a pena, um dos elementos do juizo penal a que o deliquente estava sujeito até a promulgação da lei nova (3); seria, pois,

(3) Mailher de Chassat, Th. de la retr. tom. 2., pag. 298., Carrara, op. cit., nota ao § 773.

mais do que contradictorio, seria iniquo que o poder publico scindisse o organismo judiciario para applicar, em beneficio do réu, a pena mais branda da lei antiga e, em prejuizo do accusado, o prazo mais longo da lei nova.

Si é verdade que a nova lei faz presumir a insufficiencia ou o defeito da antiga em face das necessidades da defesa social, tambem não o é menos que seria injusto que á sociedade fosse licto aggravar a condição anterior do delinquente, subtrahindo-se ella própria ás consequencias da sua imprevidencia.

Gabba, (4) o eminente professor cuja autoridade é tão frequentemente invocada a favor da doutrina que impugnamos, não nos parece que haja considerado o assumpto com a costumada elevação de idéas.

Eis como elle pretende justificar a opinião que adoptou:

«Noi abbiamo detto che all'applicazione retroattiva di una nuova legge penale più severa della precedente osta la possibilità dell'abuso di tale principio, a danno e persecuzione di certi persone, che la legge antica non avrebbe colpita, e che gli autori de la nuova legge prendono principalmente di mira. Si non fosse questo riguardo, ogni e qualunque nuova legge penale dicemmo che a parer nostro dovrebbe esser retroattiva. Or bene, egli è evidente che siffatto riguardo non può applicarsi ad una legge penale, la quale renda più difficile la prescrizione dell'azione penale. Imperochè, o le persone a danno delle quali ridonderebbe la nuova legge prescizionale sono conosciute da chi la propone, e la mira ostile alle medesime avrebbe dovuto o dovrebbe avere piuttosto per effetto di accelerare in confronto di esse il processo e

(4) Retroattività delle leggi, tomo 2, pag. 383.

la sentenza, o quelle persono costituiscono una intiera categoria, come p. es. di delinquenti politici, e mal si comprende come la averzione alle medesimi se accontenti di una piú lontana soddisfazione, o di prolungare ai rei il timore di esseri scoperti e puniti».

Dos conceitos que vimos de reproduzir vê-se que o preclaro cathedratico de Pisa pretende que a razão unica pela qual a lei penal mais rigorosa que a precedente não deve retroagir consiste na possibilidade de ser aquella inspirada em aversão do legislador contra determinadas pessoas, razão esta que, diz o mesmo jurisconsulto, não procede com referencia á retroactividade da lei prescricional.

Em contrario ao argumento do illustre professor seja-nos relevado, *si licet parvis* . . ., adduzir que a possibilidade do abuso da funcção legislativa contra pessoa determinada ou não justifica, por menos plausivel, a não retroactividade da lei penal mais severa, ou, caso a justificasse, seria de igual procedencia a respeito de toda e qualquer lei, que, assim como a penal, poderia visar a perseguição de pessoa ou classe determinada. O argumento, segundo a censura escolastica, prova de mais.

De outra parte, menos fundado nos parece o asserto de que a lei prescricional forrar-se-ia ao risco de converter-se em instrumento de perseguição, em razão de poder o legislador servir-se de expedientes mais efficazes; pois a ninguem deixará de occorrer que circumstancias occasionaes irremoviveis possam limitar a opção dos meios mais adequados á realisação do objectivo do autor da lei.

Pensamos, portanto, poder concluir que a verdadeira razão que exige a não retroactividade da lei penal mais rigorosa com referencia aos crimes ante-

riormente perpetrados é o sentimento da equidade que deve presidir a applicação das reformas legislativas, maximè na evolução do direito repressivo.

E essa razão, já hoje consagrada em quasi todos os codigos com referencia á applicação da pena, impõe-se com equal procedencia relativamente á prescripção da acção penal.

*
* *

O nosso Codice Penal de 1890, que vezes tantas modelou as suas disposições pelas correlatas do actual Codice Penal italiano, deste affastou-se entretanto, quanto á fórma, sobre a retroactividade da lei penal.

Assim é que no Codice brasileiro não se reproduzio a disposição do ultimo alinea—do art. 2.º do Codice italiano, concebido nos seguintes termos:

«Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizione sono più favorevoli all'imputato».

Não houvesse o legislador patrio preferido enunciar o seu pensamento sob fórma diversa, como o fez no art. 3.º, que entre nós seria incontroverso, como o é na Italia, segundo attesta Pessina, (5) que a lei prescricional mais rigorosa não é applicavel aos factos anteriores.

Não obstante, pensamos que consequencia identica decorre logicamente do enunciado do Codice brasileiro.

(5) Il nuovo codice penal, comment. ao art. 2.º, pag. 49.

O citado art. 3.º assim dispõe:

«A lei penal não tem efeito retroactivo, todavia o facto anterior será regida pela lei nova:

a) Se não fôr considerado passivel de pena;

b) Si fôr punido com pena menos rigorosa».

Temos, pois, como regra—a não retroactividade da lei; como excepções—os dous casos figurados.

Donde naturalmente, decorre, que, não estando incluída em nenhuma das excepções a lei que alonga o prazo da prescripção, cumpre subordinal-a á regra da não retroactividade.

Quanto á lei prescripcional mais favoravel não é tão evidente a solução, pois que, omittida nas disposições do art. 3.º do Código, parecerá, tal vez que o intuito do legislador foi sujeital-a igualmente á regra geral que estabeleceu.

Seria entretanto esse intuito de tal modo aberrante dos principios scientificos e dos precedentes legislativos, que não hesitamos em reputar defeituoso nesta parte o enunciado literal da lei para corrigil-o de harmonia com o pensamento do legislador.

E sendo doutrina corrente, ao tempo em que foi promulgado o Código brasileiro, segundo confessa o proprio Gabba, loc. cit., que a lei prescripcional applica-se, quando mais favoravel, aos factos anteriores; tendo sido a mesma doutrina consagrada pelo moderno Código italiano, cujo influxo transparece com tanta frequencia na obra do legislador patrio, devemos, sem duvida, preferir a interpretação que resalva, de par com as regras da hermeneutica, os preceitos da equidade na applicação da lei penal.

In omnibus quidem, maxime tamen in jure, equitas spectanda.—L. 90, D, de reg. jur.

Brasilio dos Santos.