

A prescrição em perspectiva como falta de interesse de agir na ação penal



Ana Lya Ferraz da Gama Ferreira

Juíza Federal Substituta na 5ª Vara Federal de Campo Grande. Coordenadora da Central de Conciliação de Campo Grande. Coordenadora Adjunta do Núcleo Regional de Campo Grande da Escola de Magistrados da 3ª Região. Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós Graduada em Direito Público com ênfase em Tributário. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso.

1. Considerações iniciais.

A extinção da punibilidade é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão da ocorrência de situações especiais previstas na lei. Estão elencadas de forma exemplificativa no artigo 107 do Código Penal, podendo ser divididas entre gerais (as que podem ser aplicadas a qualquer crime) e específicas (as que exigem delitos determinados para serem aplicadas).

A ocorrência de uma causa extintiva de punibilidade tem como consequência, como o próprio nome nos remete, a impossibilidade do Estado impor uma pena ao acusado. Salvo nas hipóteses de anistia e *abolitio criminis*, o delito remanesce, ou seja, a ocorrência de uma causa extintiva atinge tão somente a pretensão punitiva ou executória do Estado, não recaindo sobre os elementos essenciais do delito.

A causa extintiva da punibilidade pode ser decretada a qualquer momento durante o trâmite processual. Havendo seu reconhecimento antes do trânsito em julgado da sentença, é atingido o direito de punir do Estado e

consequentemente não subsiste nenhum efeito do processo ou da sentença condenatória. Por outro lado, se o reconhecimento da causa extintiva se dá após o trânsito em julgado, temos a extinção da pretensão executória do Estado, remanescendo os efeitos secundários da sentença condenatória.

Há várias causas extintivas da punibilidade, elencadas em regra no rol do artigo 107 do Código Penal. Este rol é exemplificativo, podendo haver previsão de outras hipóteses em leis especiais e até mesmo ser considerada a possibilidade da existência de causas implícitas de extinção da punibilidade, como o disposto no artigo 522 do Código de Processo Penal. Não nos ateremos, neste trabalho, a dispor acerca de todas as causas extintivas de punibilidade, remetendo o leitor à verificação do rol exemplificativo do artigo 107 do Código Penal.

O objeto do presente estudo é a análise da prescrição (causa extintiva de punibilidade) em sua modalidade em perspectiva, teoria que foi há tempos totalmente repugnada pela doutrina e jurisprudência e que vem ganhando força, sendo defendida inclusive pelos

órgãos acusatórios.

A despeito de a prescrição no direito penal ter natureza de causa extintiva da punibilidade, instituto afeto ao direito material, neste trabalho buscaremos sua compreensão através do estudo de seus elementos intrínsecos de direito material, mas aplicados como fundamento para rejeição da denúncia ou queixa por ausência de justa causa que legitime a propositura da ação.

Passemos, então, a discorrer algumas linhas gerais sobre o instituto da prescrição no direito penal.

2. O instituto jurídico da prescrição: sua natureza e aplicabilidade no direito penal.

A natureza jurídica da prescrição é a de fato jurídico ordinário, ou seja, o fato jurídico considerado em seu sentido amplo. O principal objetivo da prescrição é conferir segurança e estabilidade às relações jurídicas.

É possível citar dois fundamentos para a prescrição, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva: pelo aspecto subjetivo e voluntário, temos a inércia do titular de uma pretensão; pelo aspecto objetivo, como fato jurídico *stricto sensu*, temos o decurso do tempo.

O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis. Até nos seus direitos. Particularmente quanto a estes, pode exercer relevante papel. Uma vez é requisito de seu nascimento, outras vezes é condição de seu exercício, seja em decorrência da declaração de vontade, (...) seja em decorrência de determinação legal, quando é a lei que institui o momento inaugural da relação jurídica; outras vezes ainda é causa de sua extinção (...).¹

O decurso do tempo nas relações jurídicas apresenta um duplice ângulo de visão. Por um lado, trata-se de meio aquisitivo de direitos (prescrição aquisitiva) e, por outro, leva à extinção de pretensão jurídica quando não exercida em um dado período em razão de inércia do seu titular (prescrição extintiva).

A prescrição é norma jurídica que prevê, em seu antecedente, o decurso de tempo qualificado pela inércia do titular de um direito e, em seu conseqüente, a perda da pretensão a um direito. A prescrição extintiva é norma que disciplina o prazo para o exercício do direito do detentor da pretensão, perante o Estado Juiz.

Importante lembrar que, no Código Civil de 1916, a prescrição era tratada como causa de “perda do direito de ação”. Por muitos anos, este foi o conceito de prescrição difundido nas universidades e aplicado no exercício da atividade jurídica.

A ideia de prescrição diretamente relacionada ao direito de ação tem suas raízes no direito romano. O Imperador Justiniano, em suas publicações, trouxe uma definição do direito de ação nos seguintes termos “em verdade, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”.

Essa definição foi, em um momento posterior, a sustentação para uma das teorias que explicavam o direito de ação, difundida por Savigny no século XIX e conhecida como teoria clássica, imanentista ou civilista do direito de ação.

Realmente, havia de um lado, os que defendiam que as fontes romanas reconheciam a ação a quem não havia sofrido nenhuma violação. De outro lado, despontavam os que, a exemplo de Savigny, reputavam a violação, a lesão do direito, um pressuposto essencial da ação. Tal distinção deu origem às chamadas *actio* e *actio nata*, entendidas, respectivamente, como ação potencial e ação atual; a primeira refere-se à ação que independia de lesão ao direito e a

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 569.

segunda diz com o conceito de ação que dependia da existência de uma lesão ao direito subjetivo material.²

A concepção da prescrição como perda do direito de ação perdeu forças no momento em que o direito processual ganhou autonomia. A partir de então, a ação deixa de se identificar com o próprio direito subjetivo material, não sendo mais materialização de um direito dependente ou nascido daquele, a partir de sua violação.

Outra crítica que pode ser feita àquela concepção de prescrição recai no fato que o exercício do direito de ação é garantido constitucionalmente nos termos do artigo 5º, XXX, da Constituição da República. É também considerado como cláusula pétrea, ou seja, impossibilitado de ser extinto por emenda constitucional. Assim, incabível aceitar que uma norma infraconstitucional tivesse aptidão para estabelecer a perda de um direito autônomo, abstrato, público e resguardado pela Constituição, qual seja, o direito de ação.

Em muita boa hora adveio a nova redação do artigo 189 no Código Civil em 2002, que trouxe de forma incontestante a relação direta entre prescrição e pretensão, excluindo quaisquer dúvidas que pudessem restar sobre a pretensão atingir o direito de ação.



Dispõe nos seguintes termos:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Foi a doutrina alemã que deu origem à ideia de pretensão. Nos dizeres de Caio Mario:

O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer. Se, entretanto, num dado momento, ocorre a sua violação por outrem, nasce para o titular uma pretensão exigível juridicamente - *Anspruch*. O sujeito não conserva inde-

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em júri*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 73.

finitamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer.³

Leonardo Carneiro complementa:

Enquanto o exercício da pretensão faz supor que o devedor, premido, atenda ao seu dever jurídico, a ação, uma vez exercida, consiste na prática de atos materiais voltados contra o sujeito passivo, independente do seu comportamento. Em outras palavras, no exercício da pretensão, o titular do direito apenas exige seu cumprimento, aguardando o correlato atendimento pelo obrigado. Já na ação, não há tal atitude passiva de espera do cumprimento, despontando, isto sim, a prática de atos conducentes à realização ou concretização do direito.⁴

Podemos então extrair os requisitos necessários para que haja a ocorrência da prescrição: a) existência de uma pretensão; b) inércia do titular de um direito, c) continuidade desta inércia por um período de tempo, d) ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo da prescrição.

Não basta a ocorrência tão somente do decurso do tempo. Este pode ser deveras prolongado, mas isso não gera necessariamente a extinção da exigibilidade do direito. Para que haja a extinção da pretensão é preciso a ocorrência conjunta dos requisitos adrede expostos.

Consumada a prescrição, o que se esgota assim, não é o direito de ação, mas sim a pretensão, isto é, a exigibilidade do direito de que se alega ser o titular. Trazendo todo o raciocínio exposto para o direito penal, a ocorrência da prescrição implica na extin-

ção da pretensão punitiva ou executória do Estado, a depender do momento em que é reconhecida.

Da mesma forma que no âmbito cível, é matéria de ordem pública, podendo ser decretada de ofício, independentemente de provocação das partes, em qualquer grau de jurisdição. Trata-se de matéria preliminar cuja análise antecede o mérito da ação penal. Ou seja, quando reconhecida em momento anterior ao da sentença, impede que o juiz adentre no exame da materialidade e autoria do delito praticado.

Em regra, todos os delitos se submetem aos prazos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal, salvo os crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático, os quais são expressamente previstos na Constituição como imprescritíveis.

Os prazos prescricionais têm natureza jurídica de prazos penais, cuja contagem inclui o primeiro dia não se suspendendo nas férias, tampouco sendo prorrogados em razão de fim de semana ou feriado.

O Código Penal prevê duas formas distintas de se aferir o transcurso do lapso prescricional:

a) *Pela pena em abstrato*: nessa hipótese não tratamos com a condenação, haja vista que a análise do decurso do prazo prescricional se faz em momento anterior a esta. Assim, é utilizada a pena máxima em abstrato prevista no preceito secundário do tipo penal. Com base na pena máxima, busca-se o prazo prescricional de acordo com o disposto no artigo 109 do Código Penal e, assim, verifica-se se houve ou não esta causa extintiva da punibilidade. Como ainda não houve condenação, a utilização prática da prescrição da pena em abstrato se dá em regra entre a data do delito e o recebimento da denúncia (para os delitos cometidos até 05 de maio de 2010, em razão da alteração feita pela Lei nº 12.234/2010), bem como entre a data do recebimento da de-

3 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 571.

4 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 73.

núncia e a prolação da sentença, quando esta ainda não tenha transitado em julgado para a acusação. Caso haja a incidência de causa de aumento, imputada na denúncia, aplica-se à pena máxima o maior grau do aumento. Por outro lado, se houver incidência de causa de diminuição, utiliza-se o mínimo. Tudo para se chegar ao limite máximo da pena naquele caso concreto.

b) *Pela pena em concreto*: Neste caso, o prazo prescricional é contado tendo como parâmetro a sentença condenatória com trânsito em julgado, pelo menos para a acusação. Há a pena em concreto, que remete ao artigo 110 do Código Penal, a qual deve ser considerada para fins de verificação do prazo prescricional a ser aplicado. Nesse sentido, a Súmula nº 146 do STF:

A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Ainda na análise da prescrição pela pena em concreto, cabível uma ponderação. Diante de todo exposto acerca da teoria geral da prescrição, concluímos que a mesma ocorre pelo decurso do lapso temporal transcorrido após o nascimento da pretensão. Ocorre que, somente o trânsito em julgado para a acusação não faz nascer a pretensão punitiva do Estado. É preciso o trânsito em julgado para ambas as partes para que seja iniciada a execução definitiva da pena. Assim, entendemos inconcebível a existência deste marco interruptivo da prescrição (sentença transitada em julgado somente para a acusação), pois mesmo que haja a vontade estatal de punir, é inviável a execução da pena, sendo necessário aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Não há que se falar em inércia estatal e, tampouco, em prescrição.

Há muito ainda a se discorrer sobre o assunto, mas foge do objeto deste trabalho.

Há uma terceira forma de se computar a prescrição, qual seja a prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva, consideran-

do a pena virtualmente aplicada ao réu em uma futura sentença. A maioria da doutrina e jurisprudência não acata esta contagem do prazo prescricional por entender que o magistrado, ao considerar antecipadamente a possível pena aplicada ao acusado, faz um prejulgamento, incompatível com o princípio da presunção de inocência.

A ausência de disposição legal para que a prescrição antecipada seja decretada traz um problema de ordem prática considerando que no direito penal vige a interpretação restrita da lei e a prescrição em perspectiva não é prevista como causa extintiva da punibilidade. Assim, outra solução pode ser dada ao caso concreto. Como bem discorre Nucci:

Acreditamos ser razoável dar outra solução ao problema. Em vez de julgar extinta a punibilidade, o que não encontra previsão legal, pode o magistrado, acolhendo pedido do Ministério Público, determinar o arquivamento do inquérito policial, por falta de interesse de agir, uma vez que este se constituiu, dentre outros fatores, na utilidade do processo. Se não houver requerimento do órgão acusatório nesse sentido, pode o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, pelo mesmo fundamento.⁵

Esta outra solução migra do campo do direito material, face a ausência de previsão legal da prescrição antecipada, para o campo do direito processual, no âmbito das condições da ação.

Importante ressaltar que toda a discussão objeto deste trabalho é aplicada aos delitos ocorridos até ao advento da Lei nº 12.234/2010, a qual eliminou do sistema jurídico a prescrição retroativa, que levava em consideração período anterior a data do recebimento da denúncia ou queixa.

Passemos, então, a discorrer sobre os fundamentos que, a meu sentir, legitimam

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 598.

o magistrado a rejeitar a denúncia ou queixa quando, no caso concreto, seja possível concluir pela inviabilidade da ação penal em razão da aplicação da prescrição em perspectiva.

3. O decurso do prazo prescricional considerado em perspectiva como ausência de justa causa na ação penal.

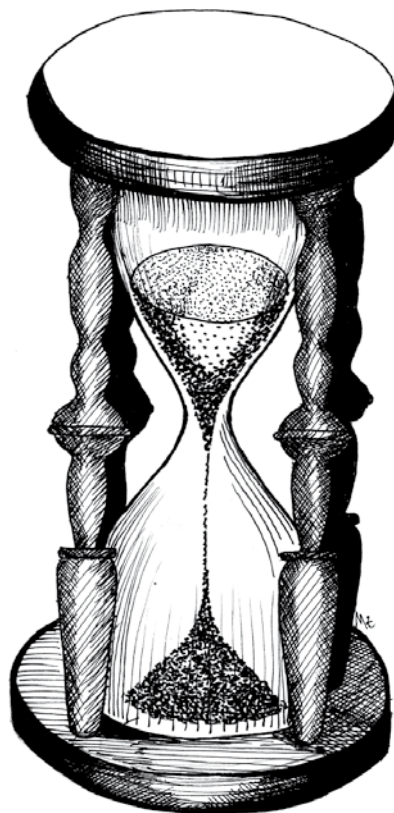
O início da ação penal pública ou privada dá-se pelo oferecimento da denúncia ou queixa, independentemente do recebimento do feito pelo juiz. Ao receber a denúncia ou queixa, o juiz reconhece a regularidade do exercício desde direito, não havendo ainda participação do acusado na relação jurídica processual. Esta relação torna-se triangularizada somente com a citação do acusado.

A citação é a condição de existência do processo em relação ao réu. Trata-se de ato através do qual se comunica ao acusado de que em face dele foi proposta uma ação penal, de forma a dar-lhe conhecimento da demanda instaurada e oportunidade de exercício da ampla defesa e garantias individuais. A citação ocorre em momento posterior ao recebimento da denúncia e, para que esta ocorra, indispensável a análise dos elementos necessários à regularidade da peça acusatória.

A denúncia é a petição inicial, que contém a acusação feita pelo Ministério Público contra o acusado pela prática do fato criminoso. Tendo natureza jurídica de petição inicial da ação penal, a denúncia deve preencher as condições da ação e pressupostos processuais de forma a se atestar a regularidade da mesma.

As denominadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento e julgamento da pretensão veiculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências, ligadas ora à identidade das partes, com referência ao objeto da re-

lação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional.⁶



Pois bem. Como condições da ação temos a legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a justa causa, recém introduzida no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.719/2008. Na verdade, não resta claro que a justa causa tem natureza de condição da ação, contudo, discutir se a natureza da justa causa é de quarta condição da ação ou de elemento contido no interesse de agir extrapola os objetivos deste trabalho.

A presença das condições da ação, tanto no âmbito cível, como no penal, possibilita ao julgador a análise do mérito da questão trazida em juízo. O direito de ação é garantido a

⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101.

todos pela Constituição Federal, direito este exercido através da provocação da jurisdição independentemente de uma resposta de mérito a pretensão deduzida em juízo. A falta das condições da ação no caso concreto não impede a provocação do Poder Judiciário, mas sim o julgamento de mérito da pretensão de direito material apresentada aos órgãos jurisdicionais.

Tracemos algumas linhas gerais acerca das condições da ação penal:

a) *Legitimidade de parte*: a questão da legitimidade de parte no âmbito penal é muito mais simples de ser estudada do que no âmbito cível. Isso porque, salvo o *habeas corpus* e a revisão criminal, somente algumas pessoas específicas podem fazer parte do pólo ativo da ação penal.

Em regra, o Ministério Público é o órgão legitimado a figurar no pólo ativo da ação penal. Excepcionalmente, nos casos de inércia do Ministério Público, é facultado à parte ingressar com a ação penal de forma subsidiária. Há também os casos em que tão somente o ofendido tem legitimidade para interpor a ação. São os casos de ação penal privada, onde a lei atribui apenas ao particular a iniciativa da ação penal.

Interessante que, ao contrário do processo civil, onde por vezes é analisada a legitimidade passiva como condição da ação; no processo penal, esta matéria é questão meritória, não sendo objeto de análise preliminar. A autoria do delito é um dos pontos que compõem o mérito da ação penal. Assim, a legitimidade de parte como questão preliminar só traz relevância no que tange ao pólo ativo, qual seja à iniciativa da ação penal.

b) *Possibilidade jurídica do pedido*: o estudo da possibilidade jurídica do pedido no direito penal traz algumas dificuldades em razão da previsão expressa do artigo 383 do Código de Processo Penal que possibilita ao magistrado a correta subsunção do fato à norma penal correspondente, com a aplicação

da sanção efetivamente cominada.

Assim, caso a parte autora requeira a condenação por determinado fato, imputando uma pena não prevista ou até mesmo proibida no direito penal, não cabe ao juiz rejeitar a peça acusatória por impossibilidade jurídica do pedido, mas sim proceder ao regular trâmite processual e, ao fim, aplicar a pena prevista no preceito secundário do tipo penal, independentemente do requerido pela acusação.

Importante ressaltar a questão que ocorre quando o fato narrado não corresponde a um tipo penal previsto em lei. Em tese, não haveria possibilidade jurídica do pedido, haja vista que o fato narrado não é passível de condenação. A dificuldade prática recai sobre os motivos pelos quais esta denúncia será rejeitada. Se o magistrado a rejeita por impossibilidade jurídica do pedido, tratar-se-á de questão preliminar, fazendo tão somente coisa julgada formal pois não houve ingresso ao mérito da ação.

Ressalvo minha opinião pessoal nestas hipóteses de denúncia onde o fato narrado não seja considerado delito. Entendo, em uma análise mais favorável ao réu, que é cabível rejeição da denúncia por atipicidade material dos fatos narrados. Trata-se de decisão de mérito, dada quando do (não) recebimento da denúncia, a qual faz coisa julgada material e conseqüentemente proporciona maior segurança jurídica ao acusado.

c) *Interesse de agir*: O interesse de agir, para ser melhor compreendido, deve ser analisado dividindo-o no binômio necessidade-utilidade. A análise da necessidade, no processo civil, traz extrema relevância, pois imperioso que o autor demonstre, na inicial, que sua pretensão foi resistida pela parte requerida, de forma a configurar uma lide. Já no processo penal, não há que se falar na existência de pretensão resistida, haja vista que é indispensável o devido processo legal para que se aplique a pena prevista ao acusado do cometimento de um delito. Mesmo que haja confissão do acusado e concordância a ser

submetido às penas cominadas em lei, é indispensável o regular trâmite da ação penal para que haja condenação com suas consequências devidas. Assim, a “necessidade” do processo para concretização da pretensão punitiva do Estado não traz maiores esforços, haja vista as garantias constitucionais que preveem a impossibilidade de aplicação de qualquer sanção penal sem o devido processo legal.

Desta forma, os estudos acerca do interesse de agir recaem sobre a utilidade do processo penal naquele caso concreto.

O interesse de agir, segundo Liebman,⁷ decorre da necessidade de se obter através do processo a proteção do interesse substancial, e pressupõe, por isso, a assertiva de lesão deste interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo.

No âmbito específico do processo penal, entretanto, desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento de jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura que informa seu conteúdo. É dizer, sob a perspectiva da efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil.⁸

Por isso fala-se no binômio interesse-utilidade.

Assim, para restar presente o interesse de agir, importante que o processo penal seja o meio hábil ao resultado pretendido (e o é pois não há pena sem processo), *bem como seja útil para se atingir este resultado*.

A despeito da justa causa estar elencada de forma separada no artigo 395, III, do Có-

digo de Processo Penal, muitos autores, dos quais compartilho o entendimento, defendem a ideia de que a justa causa deve ser estudada como um dos elementos do interesse de agir.

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, incluiu a justa causa como questão preliminar, expressamente prevista no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, sem contudo identificar sua natureza jurídica.

Afrânio Silva Jardim, citado por Pacceli, enumerava a justa causa como a quarta condição da ação.

Sustentava o ilustre processualista que o só ajuizamento da ação penal condenatória já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar grandes repercussões na órbita do seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades. Por isso, a peça acusatória deveria vir acompanhada de suporte mínimo de provas, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade.⁹

Para o referido processualista, a justa causa seria, assim, uma quarta condição da ação. Já Pacceli admitia desde sempre a exigência da justa causa sem, entretanto, entrar no mérito da sua natureza. Assim, fosse ela entendida como quarta condição da ação ou contextualizada no conteúdo do interesse de agir; de qualquer forma, a presença de justa causa deveria ser analisada pelo magistrado no momento do recebimento da denúncia.

Analisar a justa causa como elemento do interesse de agir, entendendo este como a viabilidade e efetividade da ação penal, abre a oportunidade de trazer à baila a possibilidade de rejeição da peça acusatória através do reconhecimento da prescrição em perspectiva.

A prescrição em perspectiva, sobre a

7 LIEBMAN, Enrico Túlio *apud* MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

8 OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 102.

9 JARDIM, Afrânio Silva *apud* OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 111.

qual já fizemos uma breve introdução, é instituto desprovido de previsão legal e com aplicação repugnada por grande parte da doutrina e da jurisprudência, mas que vem alcançando mais espaço dentro do processo penal, em especial dentre aqueles que analisam a viabilidade da ação penal em conjunto com a efetividade do processo.

Trata-se de instituto criado doutrinariamente, através do qual, em uma análise de cognição sumária, verifica-se se há grandes possibilidades de o delito imputado ao acusado ter sua pena cominada em concreto no patamar mínimo.

Assim, no ato de recebimento da denúncia, o magistrado, fazendo esta análise em perspectiva, verifica, diante do fato narrado, se há grandes possibilidades da pena restar fixada no mínimo legal. Sendo positiva a resposta, remete-se aos prazos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal e, tendo transcorrido o lapso previsto entre a data do fato e o recebimento da denúncia, aplica-se a chamada prescrição em perspectiva, pois demonstrada, desde então, a inviabilidade da ação penal. Leva-se em conta eventual decisão condenatória e a pena cabível, com base nos elementos de informação produzidos na fase inquisitorial.

Vou mais além. Dentre os doutrinadores que defendem a prescrição em perspectiva, a grande maioria se atém a aplicá-la nas hipóteses onde a pena em perspectiva se limite ao mínimo legal. Entendo que podem ser virtualmente consideradas eventuais agravantes ou causas de aumento desde que haja uma margem considerável para a aplicação da prescrição.

Como exemplo cito um estelionato contra a previdência ocorrido em 2003, ou seja,



há nove anos. O delito de estelionato contra a previdência apresenta como preceito secundário a pena de 01 a 05 anos, sobre a qual ainda incide a causa de aumento de 1/3. Pois bem. Se analisarmos a prescrição sobre a pena em abstrato (06 anos e 08 meses considerada já a aplicação do aumento), este delito prescreveria no ano de 2015. Contudo, o magistrado, na análise da denúncia, consegue visualizar abstratamente a possibilidade do intervalo de pena a ser aplicado naquele caso. Logo, como entre 2003 e a data de hoje se passaram mais de oito anos, o delito estaria prescrito mesmo se a pena aplicada fosse de 04 anos, muito acima do termo médio entre o mínimo e o máximo cominado pela lei. Neste caso há um intervalo elástico de análise da pena em perspectiva a ser aplicada, o que propicia segurança ao juiz ao fazer a análise no caso concreto.

Um bom critério a ser utilizado é considerar o caso concreto da seguinte forma: as circunstâncias judiciais devem ser efetivamente favoráveis ao réu e, ao fim, ser necessário pelo menos dobrar a pena mínima e mesmo assim ainda dar prescrição.

É certo que, na dúvida, sempre a questão *pro societate* deve prevalecer, optando o juiz pelo recebimento da denúncia e, no momento posterior, decretar a prescrição.

Nesses casos, constata-se que a ação penal é desprovida de viabilidade, haja vista que demonstrada a inutilidade da atividade processual correspondente.

Ainda citando Pacceli:

Do ponto de vista do exercício do Poder Público, com efeito, não se deve admitir o desenvolvimento de atividade jurisdicional inútil, ou útil apenas a determinados fins e interesses. Não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, sobretudo quando o único fundamento a legitimar tal pretensão seja a inadequação da iniciativa persecutória.¹⁰

Há uma grande quantidade de magistrados e membros do Ministério Público Federal de primeira instância reconhecendo a possibilidade de arquivamento de inquérito ou até mesmo rejeição da peça acusatória sob o fundamento de falta de justa causa para ação penal em razão de seu futuro fracasso pela prescrição da pena a ser aplicada. Contudo, referido entendimento ainda não chegou aos Tribunais, que são rigorosos em não aceitar a possibilidade de reconhecimento de ausência de justa causa considerando o cálculo do prazo prescricional pela pena em perspectiva.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, tem jurisprudência sobre o assunto:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL. EFETIVIDADE. AUSÊNCIA. PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU PROJETADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A persecução penal, como espécie do gênero das ações estatais, deve ser eficiente, eficaz e efetiva. De nada adianta impulsioná-la quando verificada, *ab initio*, a impossibilidade de sua futura e eventual execução. Percebida a inutilidade do eventual e

incerto provimento condenatório, é de rigor seja declarada extinta a punibilidade do agente em face da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal. Inviável seja negada a aplicação do instituto por desproporcional apego ao formalismo. Tutelar o processo penal natimorto implica malferir os basilares princípios constitucionais do Estado democrático de direito em flagrante e injustificado prejuízo do cidadão. Extinção da punibilidade do agente frente à prescrição em perspectiva. (TRF 4ª Região, RSE 2004.71.07.005182-1/RS, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, j. 18/11/2009, D.E. 02/12/2009)

Muitos magistrados, ao negarem a aplicação da ausência de justa causa pelo decurso do prazo prescricional considerando a pena em perspectiva, o fazem sem argumento de autoridade, apenas elencado a Súmula nº 438 do STJ.

Passemos, então, a analisar a referida súmula, cujo texto, em um primeiro momento contraria todo o exposto no presente trabalho.

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

A princípio, importante ressaltar que a súmula, exceto a vinculante, é a consolidação de um posicionamento de determinado Tribunal, não vinculando o magistrado a decidir nos termos previstos em seu texto.

Para que se aplique determinada súmula no caso concreto, imperioso entender os fundamentos que lhe deram origem e aplicar um critério de subsunção entre estes fundamentos e o caso analisado.

A fim de superar o texto da súmula supercitada, busquei os acórdãos que lhe deram origem os quais trazem como fundamentação precípua os seguintes precedentes:

10 OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113.

Viola os princípios da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade a decisão que reconhece a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena em perspectiva, com base em prognóstico condenatório, *pois tem o réu direito à manifestação do Estado sobre sua pretensão absolutória ou desclassificatória.*

(STJ, RHC 21.929/PR, Quinta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, j. 20/11/2007, DJ 10/12/2007)

Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.

(STJ, RHC 18569, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/9/2008, DJe 13/10/2008)

Ao dizer que o réu tem direito à manifestação estatal sobre a pretensão condenatória ou absolutória, os acórdãos pressupõem a existência de um réu na ação penal, o *que não ocorre antes do recebimento da peça acusatória.*

Não há que se falar em réu antes do recebimento da peça acusatória, conforme já exposto no início deste trabalho. Como no processo civil, a relação processual entre autor (Ministério Público), réu e juiz somente se torna perfeita com a citação do acusado. *Não tendo sido recebida a inicial, não há como se falar em direito do réu em manifestação judicial sobre o mérito da ação penal, pelo simples fato de que por ora, não há réu.*

O mesmo argumento se aplica aos acórdãos paradigmas à súmula que dispõem que o reconhecimento da prescrição em perspectiva viola o princípio da presunção de inocência do acusado. Não consigo vislumbrar a possibilidade de que a rejeição da peça acusatória possa violar o princípio da presunção de

inocência, haja vista que não trará qualquer consequência ao acusado, pois, este ainda não faz parte da relação jurídica processual.

Não havendo a formação completa da ação penal, não há como se falar em réu e, tampouco, em violação de suas garantias processuais.

Nesse sentido:

PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. 1. Transcorrido considerável lapso temporal entre a data da conduta delituosa e a do recebimento da denúncia, o juízo *poderá, por estimativa minuciosa, constatar que a pena eventualmente imposta ao réu, caso condenado, dará ensejo a extinção da punibilidade com base no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, restando a demanda carente de interesse processual* (artigo 43, inciso III, do Código de Processo Penal), já que seu resultado será nulo, o que afasta, em decorrência, a sua justa causa. 2. *Trata-se de hipótese em que se está reconhecendo a ausência de interesse de agir para o início da persecução penal em juízo e não decretando, a destempo, a extinção da punibilidade pela “prescrição antecipada”, com base na “pena em perspectiva”, pois se compreende a advertência que procede dos Tribunais Superiores, que tal decreto encerraria uma presunção de condenação e, conseqüentemente, de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência* (art. 5º, inciso LVII, da CF). (TRF 4ª Região, RSE 2007.71.07.001876-4/RS, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Fernando Wolk Penteado, j. 18/11/2009, D.E. 02/12/2009)

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Isso porque, tendo embora o acusado direito a uma sentença de mérito, nosso

sistema processual penal, inspirado no princípio da economia processual, determina como regra, o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento de mérito, sempre que ocorrer uma causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique o exame do mérito da ação, como *verbi gratia*, na hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional.¹¹

Ademais, não cabe ao julgador deixar de extinguir a punibilidade do réu apenas para proferir ao fim uma sentença absolutória.

Este argumento também pode ser refutado por dois motivos facilmente identificáveis: a uma que a prescrição é matéria prejudicial ao mérito e, ao proferir uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória, o magistrado analisará a questão da prescrição pela pena em abstrato em momento anterior ao mérito. Ou seja, estando o delito prescrito, não há que se falar em direito do réu à absolvição, conforme defendem os julgados que deram origem à Sumula nº 438 do STJ.

A dois pois reitero as palavras de Afrânio Silva Jardim, já expostas anteriormente. O simples fato de o acusado ser réu de uma ação penal, mesmo que desprovida de qualquer viabilidade prática, é por si só, elemento significativo a desestruturar toda sua moral perante a família e a sociedade. Assim, sofrível fazer com que o acusado responda a um processo criminal que dura anos para, ao fim, ser declarada prescrita a pretensão punitiva. Reconhecer a prescrição em perspectiva de processos fadados ao insucesso faz com que o Poder Judiciário se concentre nos demais processos, dando maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional e evitando, com isso, a prescrição intercorrente nos processos em trâmite na vara.

Ademais, dizer que o acusado tem

direito fundamental a uma sentença absolutória em razão do princípio da presunção de inocência é utilizar a questão dos direitos e garantias fundamentais de forma a prejudicar o acusado. Estas são seu escudo contra o Estado. Logo, muito mais favorável ao acusado que seja arquivado o inquérito ou rejeitada a peça acusatória desde o início, do que submetê-lo a um longo processo, para, ao final, ser julgado e condenado (o que ficará registrado na sua ficha de antecedentes), para então decretar-se a prescrição. Absolutamente desarrazoável referido raciocínio.

Nucci bem discorre sobre o assunto dizendo:

Não se esta descumprindo a lei, nem há qualquer ofensa à presunção de inocência; ao contrário, consagra-se o estado de inocência, na medida exata em que o Estado-acusação recusa-se a ofertar ação penal contra o indiciado.¹²

Nada impede que, para não gerar qualquer dúvida no que tange à mitigação do princípio da presunção de inocência, o magistrado conceda vistas ao acusado para que se manifeste concordando ou não com a prescrição.

São ideias apenas para conceder ao acusado o máximo de oportunidade de participação no processo penal, para os que ainda defendem a tese de que o acusado tem direito a uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória. Contudo, entendo como situação rara (para não dizer inexistente) um acusado que prefira responder por um processo crime e ainda correr o risco de ser condenado a extinguir todo o procedimento desde já com o reconhecimento da ausência de justa causa pela prescrição em perspectiva.

Entendo que submeter o acusado a um processo penal em vão viola o princípio da

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 618.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

presunção de inocência. Parece desprovido de qualquer fundamento a defesa da ação penal a qualquer custo, mesmo fadada ao insucesso.

4. Considerações finais.

O Poder Judiciário hoje enfrenta uma situação onde é preciso racionalizar o trabalho e otimizar o tempo para que se consiga dar uma resposta em prazo razoável à sociedade a tudo aquilo que lhe é submetido em obediência ao princípio da duração razoável do processo.

Verifico assim que, analisar uma peça inicial, seja ela cível ou criminal, de forma criteriosa para identificar a presença das condições da ação e pressupostos processuais e conseqüentemente “triar” as ações fadadas ao insucesso neste momento inicial, é um procedimento que enseja uma dedicação expressiva do magistrado, mas que propicia uma maior certeza de que todo o trâmite processual a se desenrolar não terá ocorrido em vão. Contraria os princípios da razoabilidade, da duração razoável do processo, da presunção de inocência, dentre outros, uma ação penal que, depois de anos tramitando, tenha uma sentença reconhecendo a prescrição quando esta poderia ter sido identificada desde o momento inicial.

A ausência de previsão legal para o reconhecimento da prescrição em perspectiva deixa de ser obstáculo na aplicação desta tese quando analisamos de forma criteriosa as condições da ação, em especial a presença do interesse de agir, como requisito da denúncia no momento de recebê-la ou rejeitá-la. Busca-se com isso a identificação da viabilidade da ação penal.



O interesse de agir é diretamente relacionado com a questão da efetividade do processo, de modo que este, ao ser iniciado deve apresentar uma viabilidade mínima de satisfação da pretensão objetivada. No processo penal, o cerne desta satisfação se dá com a aplicação da pena ao acusado quando condenado, como uma resposta estatal pela violação às leis vigentes. Trata-se do escopo principal. Assim, quando desde já seja possível verificar a impossibilidade de se atingir este objetivo pela prescrição da pretensão extintiva estatal, é de se reconhecer que o processo e todo seu desenrolar será inútil, que todos os envolvidos no mesmo terão trabalhado em vão. Em face a este reconhecimento de insucesso do escopo processual, mister se faz a rejeição da peça acusatória por ausência de interesse de agir (justa causa) na ação penal.

Tutelar um processo penal ineficaz contraria princípios constitucionais que embasam o Estado Democrático de Direito prejudicando a celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Teoria do princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugenio Paceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.