

Revista IOB

de Direito Penal e Processual Penal

55 – Abr-Maio/2009

Conselho Editorial

Fernando da Costa Tourinho Filho
Geraldo Batista de Siqueira
Jader Marques
José Henrique Pierangeli
Luiz Flávio Gomes
Luiz Vicente Cernicchiaro
René Ariel Dotti
Roger Spode Brutti
Ronaldo Batista Pinto
Salvador José Barbosa Júnior



A Necessidade de Reconhecimento da Prescrição pela Pena em Perspectiva

ANDERSON BEZERRA LOPES

Advogado Criminal, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

DANIEL ZACLIS

Advogado Criminal, Pós-Graduando em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

Há alguns anos, vozes na doutrina começaram a tratar de uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva estatal não prevista nas hipóteses do art. 109 e ss. do Código Penal. Trata-se da prescrição pela pena em perspectiva (também denominada prescrição antecipada ou virtual). A discussão, que era ainda incipiente, parece não ter prosperado tanto quanto deveria, eis que, em nosso entendimento, os problemas dogmáticos que o instituto apresenta (por exemplo, a falta de previsão legal) não são suficientes para preponderar sobre as virtudes que lhe são inerentes.

Até porque, com a entrada em vigor dos dispositivos responsáveis pela maior alteração de nosso Código de Processo Penal, desde sua promulgação, em 1941, torna-se imprescindível uma reflexão acerca dos efeitos – positivos e negativos – e, especialmente, dos limites que devem permear medidas que buscam, acima de tudo, a celeridade do procedimento criminal. É nesse contexto que se retoma a discussão sobre a possibilidade e pertinência da aplicação do instituto da prescrição pela pena em perspectiva que, como já dito, aventada pela doutrina há algum tempo, ainda caminha a passos tímidos em nossas Cortes.

Em linhas breves, tal modalidade prescritiva surge quando, no curso do inquérito policial ou da ação penal, verifica-se que uma eventual condenação do indivíduo dificilmente seria aplicada, visto que o *quantum* da pena estaria atingido pelos patamares previstos nos arts. 109 e 110 do diploma repressivo. De um modo mais claro, o juiz ou o membro do *Parquet* (este na qualidade de *dominus litis*) verifica que, mesmo advindo condenação do agente, esta será aplicada em patamar que restará atingido pelos prazos previstos para a prescrição após a sentença condenatória (prescrição retroativa).

Trata-se, assim, de modalidade na qual o magistrado simula, tendo por base os aspectos objetivos e subjetivos do crime, a pior sanção possível para o réu se condenado fosse ao final da instrução criminal e, sendo o caso, vislumbra o esgotamento do prazo prescricional já no momento da instauração da ação penal, ou mesmo em seu curso.

É verdade que há, ainda, inegável relutância em aplicar o aludido instituto, uma vez que o nosso sistema penal não contempla a hipótese de prescrição antecipada, além de violar – ainda de acordo com as vozes contrárias – os princípios basilares da presunção da inocência e da obrigatoriedade. Nesse último caso, argumenta-se que o réu estaria sujeito a um grande prejuízo, uma vez que não teria a possibilidade de ser absolvido da acusação que lhe imputam. Ora, como bem aponta Tourinho Filho¹, tal justificativa não prospera, pois a própria prescrição pela pena *in abstracto* – que conta com a previsão legal – impede o prosseguimento do curso processual e, via de consequência, o direito de o réu apelar para comprovar a sua inocência.

De fato, inexistente norma específica que regule a prescrição virtual. No entanto, forçoso reconhecer que tal modalidade nada mais é do que a antecipação de uma prescrição retroativa, esta, sim, prevista no art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, pois se consubstancia em uma possível pena em concreto para verificar a ocorrência do prazo prescricional transcorrido em algum dos períodos demarcados pelos marcos interruptivos da prescrição anteriores à sentença condenatória².

Por vezes, a previsão do *quantum* que será imposto em um édito condenatório configura exercício hipotético que vai além do conhecimento inicial da causa, revelando a impossibilidade de aplicação da prescrição em perspectiva. Contudo, não são raros os casos em que se torna desnecessário percorrer toda a instrução criminal para se concluir que, em havendo condenação, essa não ultrapassaria “X” anos, montante que resultaria na extinção da punibilidade em face da prescrição.

Evidente que não se pode desprezar a variação das orientações e convicções pessoais existentes entre as decisões dos magistrados. Todavia, ao fazer o juízo de admissibilidade da ação, cabe ao juiz do caso antecipar para tal momento processual as diretrizes acerca da dosagem da pena, previstas

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008. p. 597.

2 Aliás, a própria prescrição retroativa é resultado de construção jurisprudencial, eis que, nos idos de 1961, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 146, *in verbis*: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação”. Mesmo sem previsão legal, a própria Corte Suprema a adotou até 1984, quando foi reconhecida na Reforma da Parte Geral.

nos arts. 59 e 68 do Código Penal, verificando, de acordo com os critérios próprios que usualmente utiliza para balizar a pena, aliado às evidências dos autos, se haveria razoabilidade no prosseguimento da ação³.

Em verdade, trata-se da possibilidade de o juiz antever uma eventual pena com base em decisões anteriores, valendo-se da sua "jurisprudência de dosimetria da pena". Essa projeção de uma sentença futura, com intuito de evitar a movimentação infrutífera da máquina judiciária, já encontra guarida na esfera civil. Com efeito, o art. 285-A do Código de Processo Civil concede ao juiz o poder-dever de julgar improcedente a ação, mesmo antes de determinar a citação, quando já houver decidido dessa forma em casos idênticos anteriores.

No mais, encontra amparo maciço em nossos Tribunais tese na qual a projeção da pena é necessária para efeito de liberdade provisória. Exige-se, de acordo com essa orientação, que o tempo de cumprimento de prisão cautelar em regime fechado não ultrapasse a duração de eventual pena a ser imposta ao final do processo. Ou seja, essa previsão do juízo de condenação já é aplicada para impedir medidas cautelares mais gravosas do que a própria sanção final.

Insta lembrar, ademais, ser vedada a instauração de ação penal que já se possa presumir inócua desde o seu nascedouro, uma vez que fere uma das condições da ação, qual seja, o *interesse de agir*.

Com efeito, para existência de interesse de agir são exigíveis dois requisitos: necessidade e adequação. Necessidade no uso das vias jurisdicionais e adequação do provimento e do procedimento. Autoriza-se a prestação judicial somente quando o provimento for útil no caso concreto.

É de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho a lição:

O primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade ou utilidade do uso das vias jurisdicionais; o segundo é a adequação do provimento aos objetivos perseguidos pelo autor em sua demanda. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando, na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei.⁴

E acrescentam:

³ Há uma tendência tão forte em obstaculizar o prosseguimento de ações penais desnecessárias que, na atual redação, o CPP já conta com duas análises profundas sobre sua viabilidade no início do curso processual (cf. arts. 395 a 398).

⁴ As nulidades no processo penal. 10. ed. São Paulo: RT, p. 75.

Pode-se também falar no *interesse-utilidade*, compreendendo a ideia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que *faltar* interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir.).⁵

Quando proposto pelo titular da ação penal (Ministério Público nas ações penais públicas e, nas ações privadas, o ofendido), o instituto é defendido sob a luz do princípio do interesse-utilidade. Nesse aspecto, diz-se que a persistência da investigação ou da ação não goza do interesse de agir que lhe é essencial, além de faltar-lhe utilidade.

Em outras palavras, não se vê utilidade, nem ao menos necessidade, de mover todo um aparato estatal (Promotor de Justiça, Magistrado, serventuários da Justiça, Defensoria Pública, etc.) sabendo que, ao final, a pena não será aplicada em razão da ocorrência da prescrição. Em tais hipóteses, a manutenção da *persecutio criminis* se mostra um *non sense*, em perfeito descompasso com os modernos princípios de direito processual (eficiência, economia, instrumentalidade, etc.).

E se há ausência do interesse de agir, e, conseqüentemente, faltar um dos requisitos para condição da ação penal, a denúncia não poderá ser recebida, visto que, conforme preceitua o novel art. 395, II, do Código de Processo Penal:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

Nem se pode argumentar que um dos óbices para aplicação da prescrição antecipada seja o princípio da obrigatoriedade. Isso porque, cada vez mais, a legislação moderna encontra espaço para medidas eficazes em lugar de se atar aos rigores de normas ultrapassadas. Como exemplo, cite-se o instituto da transação penal, o qual, em tese, “vergastaria” o referido princípio, mas, na prática, tem demonstrado ser indispensável para a solução de crimes de menor potencial ofensivo, que outrora afogavam o sistema judiciário brasileiro.

A presunção de inocência, princípio inerente a todo Estado Democrático de Direito que se preze, também não se vê afetada pela aplicação da prescrição virtual, tendo em vista que a ação penal contra o indivíduo

5 GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 65.

sequer será instaurada, em razão da inexistência do interesse de agir. Não haveria sentido em percorrer toda a instrução criminal, com intuito de provar a inocência do réu, se a ação pode ser rejeitada *ab initio*. Ademais, é pouco provável que o acusado queira enfrentar as agruras do processo penal para ver demonstrada sua inocência quando, de plano, pode ver extinta a pretensão punitiva pela prescrição antecipada.

Aliás, é de se ressaltar que a declaração de extinção da punibilidade pela ocorrência de prescrição, por ser matéria de ordem pública, se dá em qualquer momento do procedimento, independente de sentença de mérito. Quantos não são os casos em que se reconhece a prescrição em abstrato, extinguindo, conseqüentemente, a punibilidade do agente, sem que haja juízo de mérito? Assim, não procede, uma vez mais, o argumento de que eventual aplicação da prescrição virtual transgrediria a garantia constitucional da presunção de inocência.

Nas irrepreensíveis palavras de Leandro Jorge Bittencourt Cano, Magistrado atuante na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo,

é preciso acordar para a realidade. Ignorar o suplício que é um processo penal e se fiar no simplório argumento de que o réu tem direito a provar sua inocência beira à hipocrisia. Em primeiro lugar, porque o argumento é falacioso; se isso fosse verdade, a prescrição retroativa (a real, não a antecipada), embora decorrente de norma expressa (art. 110, § 1º, do Código Penal), não poderia ser decretada quando houvesse recurso exclusivo da defesa (e, note-se, nesse caso estaríamos lidando, supostamente, como o princípio constitucional da inocência, que prevaleceria frente à norma de lei ordinária). Depois, porque a par da falha de argumento, o “problema” é muito fácil de ser contornado: basta que, antes da decretação da prescrição, o investigado ou réu seja intimado para que informe se concorda com a providência. Caso sua anuência seja colhida, o processo segue em frente.⁶

Ao menos por ora, há uma intransigente resistência contra a aplicação da prescrição antecipada nas Cortes Superiores. Todavia, a tese lentamente vem sendo acolhida por nossos Tribunais. De se mencionar, a propósito, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acertadamente, tem reiteradamente utilizado a prescrição antecipada como instrumento para evitar o prosseguimento de medidas penais inócuas. Somente a título exemplificativo, traga-se à colação a ementa de dois recentíssimos julgados:

PENAL – RECUSO EM SENTIDO ESTRITO – CRÉDITO PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA – FACTIBILIDADE

É factível a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva para evitar o deletério desgaste do emprego da força de trabalho do Judiciário ao longo de toda uma

6 TJSP, RSE 993.08.037191-1, 1ª C., Rel. Domitila Manssur, J. 06.02.2009, 20.03.2009.

instância processual quando *ex prompto* já se constata que o resultado, mesmo em caso de efetivo juízo condenatório, será absolutamente nenhum.⁷

PENAL – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – ARTS. 299 E 171, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – ART. 1º, INCISOS I E II DO DL 201/67 – VIÁVEL A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – EXCEPCIONALIDADE

A prescrição pela pena projetada, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionálíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade.

Na espécie, considerando o período transcorrido das datas dos fatos até o presente momento (mais de nove anos), sem que a denúncia tenha sido recebida, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória – que provavelmente muito se afastará do mínimo legal.⁸

Interessante notar que tantos são os argumentos suscitados em defesa de instrumentos flexibilizadores do direito de defesa (v.g., interrogatório por videoconferência, unificação das audiências no curso da instrução processual, etc.) em favor da racionalização dos escassos recursos e celeridade da prestação jurisdicional, que muito nos estranha a relutância de membros da Magistratura e Ministério Público em aceitar a aplicação do referido instituto.

Enfim, ainda que respeitáveis as críticas lançadas em sentido contrário, cumpre observar que o reconhecimento da prescrição em perspectiva, mesmo que não expressa em lei, se mostra em perfeita sintonia com a tendência de modernização e racionalização do processo penal.

A própria Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em diversas ocasiões⁹, reconheceu a necessidade de trancamento do procedimento investigatório em face do mencionado princípio. A propósito, Nucci bem aponta as esclarecedoras palavras do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey:

Com apoio na doutrina, sempre entendi viável o reconhecimento da inexistência do interesse de agir, em face daquilo que se convencionou chamar “prescrição antecipada” ou “prescrição virtual”, ou seja, quando se verifica que, em face da pena a ser concretamente aplicada, ocorrerá a “prescrição retroativa” (CP, art. 110 §§ 1º e 2º). Isto porque, tendo embora o acusado direito a uma sentença de

7 RSE 2006.72.14.002573-7, 7ª T., Rel. Ricardo Nuske, J. 20.01.2009, DJe 28.01.2009.

8 RSE 2005.71.08.011814-0, 8ª T., Rel. Luiz Fernando Wowk Penteado, J. 17.12.2008, DJe 14.01.2009.

9 Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inq. 222/97, Comarca de Guarulhos, 01.03.2000. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit. E, no mesmo sentido: Protocolado 648/97, art. 28 do CPP, Processo 20/95, Foro Regional de Santana, São Paulo, 06.11.2001, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Procurador-Geral de Justiça; Protocolado 002.267/00, art. 28 do CPP, Inq. 1.374/97, Comarca de Guarulhos, 07.01.2000; Protocolado 13.449/00, art. 28 do CPP, Inq. 430/97, Comarca de Mauá, 21.02.2000. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 469.

mérito, nosso sistema processual penal, inspirado no princípio da economia processual, determina, como regra, o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento do 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 (art. 43, III, do CPP).¹⁰

O acolhimento da prescrição pela pena em perspectiva (antecipada ou virtual, seja lá qual for a designação adotada) pela doutrina e jurisprudência nacional, ainda que não haja previsão legal expressa, concretiza a economia e eficiência na utilização do processo penal, longe de ser mero instrumento de obstrução da persecução estatal. Por tais motivos, é salutar colocá-la em prática com regularidade, ressalvados os casos em que seu reconhecimento implique análise demasiadamente aprofundada do mérito.

10 Ob. cit., p. 469.