

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL, INTERCORRENTE OU ANTECIPADA¹

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, na sessão do dia 1º de março deste ano, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva em favor de um denunciado pela Procuradoria-Geral da República pela suposta prática do crime de apropriação indébita das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados. A decisão ocorreu no julgamento do Inquérito nº. 2584, no qual a defesa pediu que fosse declarada a extinção de sua punibilidade, tendo em vista que ele completou 70 anos em setembro de 2009, razão pela qual passou a ter direito ao benefício legal de redução do prazo prescricional à metade (artigo 115 do Código Penal). De acordo com o relator do Inquérito, Ministro Ayres Britto, mesmo que seja aplicada a pena máxima para o crime continuado de apropriação indébita previdenciária (que é de reclusão de cinco anos), a sentença não teria efeito, já que a prescrição do crime – 12 anos – cai para seis anos, em se tratando de cidadãos com mais de 70 anos. *“Na concreta situação deste processo, nem mesmo a imposição de uma pena concreta no máximo permitido pelo tipo penal – cinco anos – manteria a integridade da pretensão estatal punitiva. Explico: tendo em vista que o acusado tem direito à redução do prazo prescricional pela metade, a prescrição de 12 anos – caso aplicada a pena máxima de cinco anos – cai pela metade”*, afirmou o relator. O Ministro Ayres Britto acrescentou que a denúncia foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal em 07 de maio do ano de 2009 – data interruptiva da prescrição – e os últimos fatos supostamente delitivos cometidos por ele ocorreram em dezembro de 1998. *“Pelo que, entre o termo inicial da contagem do lapso prescricional e a data do recebimento da denúncia, ocorreu a chamada prescrição retroativa, na antiga redação que lhe dava o parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal”*, assinalou. O Ministro Ayres Britto lembrou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rejeita a possibilidade de reconhecimento de prescrição retroativa antecipada, que também é chamada de *“prescrição em perspectiva”*. Entretanto, no julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal nº. 379, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte fez uma distinção da hipótese em que a prescrição em perspectiva decorre da consideração da pena máxima abstratamente aplicada ao delito. Ao acompanhar o relator, assim como fizeram todos os Ministros presentes, o Presidente da Suprema Corte, Ministro

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba) e “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, 2011, Porto Alegre: Editora LexMagister, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Cezar Peluso, assinalou a importância do precedente julgado na sessão de hoje para efeito de orientação para outros tribunais. (Fonte: STF).

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal, nada obstante não ter sido a mais acertada (pois não aceitou, em toda e qualquer hipótese, o reconhecimento da prescrição virtual), de toda maneira representou um avanço em relação ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sumulado no Enunciado nº. 438, **in verbis**: “*é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*”. Esta questão nunca foi pacífica na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Discordamos frontalmente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado no referido Enunciado, pois “*não tem sentido processar alguém (ou continuar processando, acrescentamos) quando tudo indica que ele, mesmo sendo condenado, terá declarada extinta a pretensão punitiva*”, como afirmava Antônio Scarance Fernandes.²

Parece-nos inconcebível que, à vista da prescrição iminente (art. 110, § 1º., do Código Penal) e em nome da indisponibilidade da ação penal (art. 42, do Código de Processo Penal), o Estado-Juiz admita a continuidade de um processo penal, sabendo-se de antemão tratar-se de atividade absolutamente inócua, contrariando a própria razão de ser da jurisdição, deslembrando-se, ademais, da grande quantidade de processos criminais referentes a fatos delituosos efetivamente graves.

Ademais, não esqueçamos do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, “*que debe regir la política criminal de un Estado Social y Democrático de Derecho*” e, segundo o qual “*la intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible*”, sendo forçoso concluir “*que el recurso al Derecho Penal deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna*”, como ensina José Miguel Zugaldía Espinar.³ (grifo nosso).

A presteza jurisdicional (observando-se, evidentemente, o devido processo legal) é corolário do moderno Direito Processual Penal; a sentença final deve guardar com o fato delituoso certa e tolerável proximidade, sob pena de se tornarem ineficazes as providências jurídicas advindas da condenação, em flagrante prejuízo para a credibilidade da Justiça Criminal.

Por outro lado, cumpre-nos preservar a dignidade do indivíduo, evitando-se a perniciosa continuidade da sujeição a um processo penal inútil e, ao mesmo tempo, acumulando-se força e energia para casos criminais de efetivo relevo, dando-se, quanto a estes, a esperada resposta à sociedade e à vítima.

Destarte, entendemos que, se no decorrer de um procedimento criminal, já for o caso de reconhecimento da prescrição antecipada (considerando-se o disposto nos arts. 59, 68, 109 e 110, todos do Código Penal), deve ser

² **Apud** Wellington César Lima e Silva, “Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade na Sistemática Processual Penal Brasileira”, Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, Vol. 2, p. 78.

³ Fundamentos de Derecho Penal - Parte General - Las Teorías de la Pena y de la Ley Penal, Universidad de Granada, 1991, pp. 163, 164 e 166.

“trancada” a ação penal com fulcro no art. 648, I do Código de Processo Penal. Note-se que aqui a expressão “justa causa” não tem o sentido mais restrito daquele empregado no art. 395, III do Código de Processo Penal (indícios suficientes da autoria e prova da existência do crime). No entanto, para a utilização do **habeas corpus** com fundamento no dispositivo acima referido, a expressão encontra um sentido mais amplo, como ensina Maria Theresa Rocha de Assis Moura:

*“O conceito processual amplo de justa causa como a causa conforme a ordenação jurídica, ou a causa **secundum ius**, é abrangente de todas as situações que tornam lícita a coerção. E sua falta autoriza a impetração de **habeas corpus**, para sanar o constrangimento ilegal, nos termos do disposto no art. 648, I, do CPP.”*⁴

A propósito (**mutatis mutandis**):

“Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, contra sentença que, ao examinar a imputação da prática dos crimes de furto qualificado e corrupção de menores e as condições pessoais do recorrido entendeu pela extinção da punibilidade. Fundamentou o magistrado o reconhecimento da extinção da punibilidade na constatação do desaparecimento superveniente do interesse de agir. Sentença que em sua fundamentação revela-se acertada, pois que a ação penal visivelmente está fadada ao fracasso e o processo não constitui instrumento hábil à obtenção do resultado prático pretendido pela acusação. (...) Assim, em hipótese de perda superveniente do interesse processual, ante a impossibilidade de futura aplicação da pena, em razão do reconhecimento da prescrição em perspectiva, deve o processo ser extinto sem resolução do mérito (sic).” (TJRJ – Recurso em Sentido Estrito nº. 200705100593 DES. GERALDO PRADO - Julgamento: 13/12/2007).

“Se após exame minucioso dos autos, o julgador, ao verificar a suposta pena a ser aplicada, mesmo considerando todas circunstâncias judiciais desfavoráveis, perceber que eventual juízo condenatório restaria fulminado pela prescrição, não há justificativa para proceder-se a um complexo exame da ocorrência, ou não, da conduta criminosa, em nítida afronta às finalidades do processo e em prejuízo do próprio Poder Judiciário, devendo ser reconhecida, nessa hipótese, a ausência de justa causa para a ação.” (TRF 4ª REGIÃO - RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 2003.70.02.003195-9/PR - DJU 22.12.2004, SEÇÃO 2, P. 177, J. 01.12.2004 - RELATOR: DES. FEDERAL LUIZ FERNANDO WOWK). Grifo nosso.

“A doutrina e a jurisprudência divergem, predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. É chegada a hora, todavia, do novo triunfar. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. (...) Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito de movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a Lei à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos

⁴ Justa Causa para a Ação Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

arrojos de adaptação consciente` (Pontes de Miranda).” (TRF 1ª Região – RCCR 19973500000600/GO. 3ª Turma. Rel. Des. Fed. Tourinho Neto).

“É cabível o reconhecimento da prescrição em perspectiva, em casos excepcionais, quando evidente que o prosseguimento da ação penal redundará em nada. Tanto a persecução penal, como a prestação jurisdicional, espécies do gênero das ações estatais, pautam-se pela observância ao princípio constitucional da eficiência (artigos 5º, LXXVIII e 37, caput, da Constituição Federal)” (TRF 4ª R. – 4ª S. – E1NRSE 2007.72.04.001453-9 – Rel. Paulo Afonso Brum Vaz – j. 19.06.2008 – DJU 04.07.2008). Grifo nosso.

Concluimos com a lição de Fábio Ataíde:

“Milhares dos processos criminais que demandados no Judiciário até 2005 já estão fadados à prescrição retroativa, a tomar como referência a possível pena a ser aplicada no caso concreto. Por isso, muitos magistrados reconhecem antecipadamente a prescrição retroativa. (...) Neste particular, ao contrário da tendência do processo penal moderno, tanto o STF (cf. HC 94.757-3/08), como também o STJ (cf. HC 111.330, DJe 09.02.09), parecem seguir em um campo meramente burocrático, sem identificar as razões práticas que levam os juízes a encontrar na prescrição antecipada uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo. (...) Dessa forma, muitos processos continuam tramitando sem que seja possível tirar deles qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São ações que, quando resultam em condenação, acabam atingidas pela prescrição retroativa, perdendo o Estado o poder de aplicar qualquer sanção. Reforça o aspecto alegórico da lei penal a crença num Judiciário preso à lei e incapaz de inovar, principalmente no campo penal. A derrocada do Direito Penal começa com seu simbolismo. Pode parecer contraditório, mas a lei penal encontra adversários também dentre seus árduos defensores, que acreditam poder defendê-la por inteiro, sem ter de extirpar uma parte para salvar o todo. O simbolismo penal vincula-se, primitivamente, à ideia de criminalização como fator de dissipação do medo social. Hobbes confirma assim o temor como alicerce do Estado Absoluto, de modo que o medo coletivo aparece como estopim de uma legislação penal simbólica e dissipadora do terror. (...) Não é necessário abrir aspas para dizer que a rejeição da prescrição antecipada somente vem a reforçar o fenômeno da lei penal simbólica, assegurando uma pseudoproteção aos bens jurídico-penais. Como se já não bastasse as cifras negras, temos, dentre os casos que finalmente chegam à Justiça, uma quantidade significativa de processos que continuam a ocupar a atenção da Justiça sem que sejam capazes de produzir efeito prático. Juízes criminais não precisam continuar fazendo de conta que estão julgando. A forma como vem sendo tratado esse tema nos tribunais revela a elevada importância que se dá às normas simbólicas, inapta às finalidades para as quais são concebidas. O simbolismo penal acontece de maneira generalizada no sistema punitivo, desde institutos como a fiança até o momento da ressocialização do sentenciado. Fazendo uma análise do instituto em estudo à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, cabe esclarecer que a questão da prescrição antecipada não é meramente formal, mas abrange aspectos para a real proteção dos direitos fundamentais. Não é tempo de repreender juízes que reconhecem a prescrição antecipadamente; essa técnica trata-se de um meio capaz de justificar os fins aos quais prestam o Direito Penal protetor de bens jurídicos em última instância. À vista disso, não será difícil inferir que a proteção da liberdade poderia muito bem fundar a opção de deixar para um plano secundário as ações penais incapazes de proteger ditos bens. Para que assim fosse, no exame do caso concreto, o valor dos processos velhos precisa ser ponderado com o dos novos, provavelmente mais sujeitos a produzir

resultados práticos efetivos na proteção de direitos fundamentais. Se queremos estabelecer novos parâmetros para uma justiça do futuro, é chegado o momento de sacrificar o sangue de velhas ideias. Em tempo de crise social e econômica, ainda não encontramos meios de racionalizar o sistema penal para poupá-lo de gastos desnecessários. Como se não bastasse a precipitação da impunidade, inclusive nas instâncias superiores, resta entender que diversas outras crises estão bombardeando o Direito Penal, cuja resistência depende de meios que deem maior eficácia estratégica às escolhas punitivas, o que passa pela aceitação da prescrição antecipada. A prescrição pode ser até virtual, mas os ganhos com a sua decretação são reais. Não há dúvida de que a tramitação de processo fadado à prescrição apenas consome o tempo jurisdicional que estaria disponível para outras hipóteses cuja proteção de bens jurídicos poderia ser mais eficaz. A experiência jurisdicional do caso concreto mostra ser relativamente fácil aos operadores antever a pena aplicável ao acusado. (...) Contudo, muitos tribunais ainda não perceberam os efeitos colaterais que o processamento de ações penais sem nenhuma utilidade causa sobre outros processos que poderiam dar algum resultado. Ocupar um juiz com o trâmite de um caso sem utilidade, muitas vezes amparando a busca de testemunhas que nem ao menos lembram dos fatos, é o mesmo que impedi-lo de dar andamento aos outros casos com real consequência para a proteção de bens jurídicos fundamentais.”⁵ (Grifo nosso).

⁵ A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 202, p. 14-15, set. 2009.