

PRESCRIÇÃO (PELA PENA) IDEAL*

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt

Juiz de Direito, Professor de Direito Penal do Centro Geraldo de Biasi - UGB/FERP e da ESAJ

INTRODUÇÃO

Como diz Caio Mário "O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis."¹ E não poderia ser diferente no campo penal.

Sob o aspecto puramente moral a prescrição é inaceitável, porque importaria na premiação de uma leviandade. Todavia, interessa mais ao Direito a pacificação social, como justificativa política da condição harmônica da vida em sociedade, para daí admitir a temporariedade dos direitos, dada a relatividade da condição humana.

O instituto da prescrição foi desconhecido da legislação antiga, e mesmo o Direito Romano o conheceu apenas em casos isolados, como mencionado por Francisco Vani Bemfica². Atualmente, legislações como a da Rússia o ignoram, ou não o mencionam expressamente com essa específica nomenclatura, como, por exemplo, o Direito Italiano que

* A razão semântica do título é menos pela exatidão técnica, mais pela idéia - força do instituto - mas certo não supor que a prescrição mesma seja virtual, como pura imaginação, quando sustentá-la como realidade jurídica que quer se emancipar, é o propósito deste trabalho.

¹ Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume 1, p. 679.

² **Da Lei Penal, da Pena e sua Aplicação, da Execução da Pena**, p. 194.

fala em "extinção da pena pelo decurso do tempo", na lição de Giulio Battaglini³.

No Direito Penal Brasileiro, a prescrição é causa extintiva da punibilidade, prevista no artigo 107, IV, do Código Penal e que, para a maioria dos doutrinadores, importa na perda do *ius puniendi* do Estado pelo decurso do tempo, sabido que com a prática da infração penal, automaticamente, nasce em concreto esse direito de punir para o Estado, que dele era titular apenas em abstrato, como estágio de prevenção geral.

Na realidade, o que o Estado perde é a pretensão, punitiva ou executória, e não exatamente o direito material, que vem a ser atingido, secundária ou reflexivamente, pela impossibilidade do exercício daquela, e que também nada tem a ver com o direito de agir, de natureza abstrata, onde alguém pode exercitá-lo, mesmo não tendo razão, mas que é suficientemente capaz de exigir um provimento que diga isso.

A prescrição, como perda da pretensão, é de antiga e corriqueira dogmática no Direito Penal, e só agora concluído isso pelo Direito Civil, quando no atual artigo 189 da Lei 10.406/02 (Código Civil) ficou estabelecido que: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição...", não deixando mais dúvida de que o que a prescrição atinge ou alcança é a própria pretensão, e não o direito que dela é subjacente.

A pretensão penal (*Ansprush*) é o interesse da exigência de subordinação do direito de liberdade de alguém ao interesse do Estado de restringi-lo de alguma forma, por força do direito de punir (sanção penal), cujo ministério exerce sobre todos, aos quais se dirige indistintamente, mas que surge concretamente em face do infrator da norma penal.

A prescrição, por assim dizer, não significa a renúncia, que pressupõe um ato de disponibilidade por poder fazê-lo (graça, anistia), mas verdadeira perda, porque não mais é possível exercitar a pretensão penal.

³ **Direito Penal**, 2º volume, p. 688.

FUNDAMENTOS

Atribuem-se diversos fundamentos como justificativas lógicas, e até filosóficas da necessidade da prescrição no mundo jurídico, e como tais: a) o esquecimento; b) a desnecessidade do exemplo social pelo decurso do tempo; c) a dispersão ou dificuldade da prova e d) a tranqüilidade de que a perseguição não se torne perpétua.

Como leciona Zaffaroni, além de mencionar que o fundamento da prescrição está no fato de o tempo apagar a lembrança do delito e suas conseqüências morais no seio da sociedade, ainda acrescenta: "cremos que a razão fundamental da prescrição está em 'não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito' (Schultz), como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão de execução. Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido".⁴¹

NATUREZA JURÍDICA

Divergem os autores quanto à natureza jurídica da prescrição ser de direito material, formal ou misto, prevalecendo, hoje, o entendimento do que se trata de instituto de direito material, primeiro, por sua colocação topológica - no Código Penal - e, segundo, porque sempre tem como efeito principal impedir, pelo menos, a incidência da pena como sanção característica do Direito Penal, sendo certo afirmar que na prescrição da pretensão punitiva a extinção da punibilidade se estende aos efeitos penais primários, secundários, e também efeitos civis, eis que: "A consumação da prescrição da pretensão punitiva ocasiona a rescisão de eventual sentença condenatória prolatada, apagando totalmente seus efeitos, passando esta a ser tida como se não existisse e apondo-se à própria absolvição desejada que é um *minus* em relação a ela (RJDTACRIM 20/139. No mesmo sentido, TACRSP: RT 646/299, RJDTACRIM 4/128)"^{5.2}

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**, 5ª edição, p. 714.

⁵ Mirabete, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p. 576.

De igual modo, afirmando a substancialidade da natureza da prescrição, Nilo Batista é categórico: "a prescrição é instituto de direito material; pertence pois ao direito penal.", *in Decisões Criminais Comentadas*, p. 147.

Evidentemente, por ser de direito material, aplica-se na contagem do prazo prescricional a regra do artigo 10 do CP, que manda incluir o dia do começo no cômputo do prazo, outrossim, no terreno da ultra-atividade da lei penal no tempo, aplicar-se-á sempre o princípio da lei mais favorável, isto é, a lei mais gravosa não retroage, e a mais benéfica é ultra-ativa.

ESPÉCIES

A legislação penal brasileira prevê duas espécies de prescrição: a da pretensão punitiva, também chamada equivocadamente de prescrição da ação, e a da pretensão executória, ou da pena, ou da condenação.

Aquela primeira ainda pode ser subdividida em prescrição da pretensão punitiva em abstrato, ou propriamente dita, que toma em consideração a pena máxima cominada em abstrato, e as prescrições retroativa e intercorrente (ou superveniente) que se fundamentam na pena aplicada em concreto com trânsito em julgado para a acusação, ou se improvido o recurso desta (artigo 110, § 1º e 2º, do CP), só que a retroativa é calculada para o passado, entre os termos anteriores à sentença, como de regra o recebimento da denúncia, ou a prática do fato criminoso, e a prescrição superveniente busca no futuro a conformação de seu ciclo de existência, após a sentença condenatória.

Já a prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da condenação, e identicamente fundamentando-se na pena imposta, pressupõe o trânsito em julgado (artigo 110 do CP.).

Na prescrição da pretensão punitiva impede-se a formação do título executivo penal, e na executória, a eficácia parcial da sanção concretizada na sentença quanto aos efeitos principais, mantidos os demais, como, por exemplo, a configuração da reincidência.

O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO PENAL

Comentando sobre a prescrição da pretensão punitiva, assevera Fragoso que: "Ocorre antes da sentença definitiva transitar em julgado e representa a cessação do direito do Estado à persecução penal. A prescrição nesse caso faz desaparecer o direito de ação"⁶, não é exato dizer isso, porque a prescrição não atinge a direito de agir, mas a pretensão que o anima, uma vez que o direito de ação é público, subjetivo, abstrato, e só vinculado, mas não subordinado, ao direito ou interesse material ao qual supostamente se refira.

O interesse de agir, como condição da ação no processo penal é uma imposição, porque o Estado não pode exercitar o seu poder de punir senão pelo processo (*nulla poena sine iudicio*). O Direito Penal não é de coação direta, e a inafastabilidade da jurisdição não é só uma autolimitação do poder punitivo do Estado, mas também da vontade do infrator, posto que em regra proibida a autocomposição por submissão, desistência ou transação, ressalvadas as hipóteses de tutela diferenciada quanto às infrações de menor potencial ofensivo, ou de tratamento assemelhado e que, mesmo assim, pressupõem o processo como instrumento regulador, e indispensável, mesmo nas hipóteses de "vias despenalizadoras" pela transação penal, ou dos acordos processuais com reflexos materiais (delação premiada, ou acordo de leniência).

Portanto, o interesse de agir é cláusula implícita do processo penal, exurgente do *ius puniendi* que, de abstrato, passa a concreto pela violação do preceito penal primário. Assim, só pelo processo se dirime o conflito penal, surgindo a lide penal com a violação efetiva ou aparente da norma incriminadora.

Desse modo o interesse de agir, além da *necessidade* de estar em juízo, pressupõe, ainda a título complementar do binômio, a *adequação*, e nesta, a *utilidade* do provimento pretendido.

A doutrina brasileira, de regra, apóia-se na leitura de LIEBMAN, que assim discorre sobre o interesse de agir: "a existência do interesse de agir é assim uma condição do exame de mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse por si

⁶ Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, a Nova Parte Geral*, p. 420.

mesma inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou então, quando se demonstra que a lesão ou a ameaça, que é denunciada, na realidade não existe ou não se verificou, ainda. É claro que reconhecer a subsistência do interesse de agir não significa, ainda, que o autor tenha razão quanto ao mérito; isto tão só quer dizer que pode tê-la e que sua pretensão se apresenta como digna de ser julgada.¹⁷¹

A abstração do direito de agir se limita à exigência, e imposição, de uma *sentença de mérito*, mas pressupondo no terreno penal a *idoneidade* ou *plausibilidade* do pedido para alcançar a tutela requerida, e que não pode prescindir *da utilidade* que, mais que um conceito, é verdadeiro fundamento da pretensão se oferecer como digna de ser julgada.

Se bem que o direito de agir se dirija ao provimento jurisdicional, e o direito subjetivo que lhe é subjacente a um bem ou interesse da vida - diversos portanto os interesses e objetos - não se pode excluir ou seccionar de forma definitiva ou absoluta a chamada autonomia ou abstração do direito postulatório, sob pena de confundi-lo como um fim em si mesmo, quando não o é, e que por vezes pode assim ser visto se, na hipótese, houver falta de justa causa para o processo penal.

A JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL

Apesar de refutar o *fumus boni iuris* como elemento identificador do interesse de agir, Ada Pellegrini Grinover acaba por mencionar que: "A doutrina pátria, aliás, reconhece que confundir 'justa causa' com legítimo interesse de agir do órgão acusatório significa erigir em condição da ação algo que se situa mui próximo do *meritum causae*. Mas, embora reconhecendo que o *processus iustus* nada tem a ver com a existência do direito de punir (pois este pode inexistir e o processo instaurar-se devidamente), admite que, em algumas hipóteses excepcionais, haja uma deliberação sobre a matéria de fato, a fim de que se verifique a existência do *fumus boni iuris*, na acusação apresentada. Haveria uma zona cinzenta entre *inadmissibilidade* e *improcedência*: sendo que a *imediata*

⁷Liebman, Enrico Tullio. *Corso*, p. 49.

*percepção da falta de fundamento serviria como condição negativa para um exame mais aprofundado.*⁸¹

A questão invoca o exame necessário da *justa causa* como fundamento da ação: em outras palavras, de uma pretensão instrumentalmente conexa com a ação, apesar da autonomia desta última, o que inclusive foi claro objeto do projeto de Lei 633/75, cujo artigo 8º e seu parágrafo único estabeleciam o seguinte: "*Não será admitida ação penal pública ou privada sem justa causa. Parágrafo único: a acusação, que não tiver fundamento razoável, nem revelar legítimo interesse, será rejeitada de plano por ausência de justa causa*"⁹, e a doutrina processual penal, na palavra de Frederico Marques, identifica a justa causa no interesse de agir que, ausente, admite, inclusive, o remédio do *Habeas Corpus* como previsto no artigo 648, I, do CPP, quando a coação passa a ser considerada ilegal.

Mas não é um interesse de agir, "civilmente processualizado", na crítica de Tourinho, posto que qualificado pela necessidade da justa causa, a que Tornaghi se refere como "um mínimo de aparência, um *fumus boni iuris*, para a condenação."¹⁰³

Neste mesmo sentido pondera Fernando da Costa Tourinho Filho, quanto a que:

*"Pelas peculiaridades do Processo Penal, a fumaça do bom direito é condição **sine qua non** para o exercício do direito de ação. E esta, evidentemente, há de subsumir-se no interesse processual."*, in **Processo Penal I**, pág. 447.

A justa causa, portanto, resume-se ao Estado reunir, em concreto, as condições suficientes e necessárias de obter um provimento útil para atender efetivamente o interesse penal primário da sanção perseguida no processo criminal.

⁸ **As Condições da Ação Penal**, p. 121/122.

⁹ Grinover, Ada Pellegrini. **As Condições da Ação Penal**, p. 115.

¹⁰ Tornaghi, Hélio, **Instituição de Processo Penal**, volume 1, p. 37.

A PRESCRIÇÃO IDEAL E O INTERESSE DE AGIR

Prescrição ideal é aquela que pode ser reconhecida antecipadamente, considerada a pena virtual, em perspectiva, que seria a aplicável ao réu (função individualizadora da culpabilidade), tendo por fundamento a falta (por ausência de justa causa) do interesse de agir.

A prescrição antecipada pela pena virtual, também chamada: em perspectiva, em projeção, hipotética, ou ideal, vem sendo refutada pela jurisprudência pelos seguintes argumentos: a) a não previsão legal; b) a referência à sentença é dado aleatório e hipotético para um suposto trânsito em julgado; c) há violação do devido processo legal porque, para reconhecer a prescrição, existiria também suposto juízo de condenação, logo, sem apoio constitucional; d) priva-se o réu de recorrer contra a pena, que só é considerada em expectativa; e e) tratar-se-ia de julgamento antecipado sem garantia do contraditório. Esses os principais fundamentos adotados, tanto pelo STF, quanto pelo STJ, conforme se observa no **Código Penal Interpretado de Mirabete**, p. 591/592. Exemplifiquemos: "*Antes da sentença a pena é abstratamente cominada, calculando-se o prazo prescricional pelo máximo que, na espécie (12 anos), não dá ensejo à prescrição. Não pode ser decretada a extinção da punibilidade pela possibilidade futura de ser concretizada a pena mínima, ante a primariedade e os bons antecedentes do réu*", HC 9210/SP; **Habeas Corpus** 1999/0036244-6, relator Ministro Fernando Gonçalves (1107), órgão julgador - T6 - sexta turma, data do julgamento 18/05/1999.

Os argumentos são ponderáveis de uma ótica positivista restrita, contudo, o direito não se reduz à *regra jurídica*, que lhe dá validade, mas também aos *princípios conformadores do sistema* que lhe conferem, além da validade, o peso suficiente de um ordenamento, na advertência de Canotilho, cuja lição vale transcrever:

*"Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na qualidade de verdadeiras **normas, qualitativamente distintas** das outras categorias de normas - **as regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:*

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: **applicable in all-or-nothing fashion**); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à <<lógica do tudo ou nada>>), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <<exigências>> ou <<standards>> que, em <<primeira linha>> (**prima facie**), devem ser realizados; as regras contêm <<fixações normativas>> definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).", in **Direito Constitucional** de J. J. Gomes Canotilho, p. 167/168.

Neste tópico, e parecendo prevalecente à ordem conformadora principiológica, ao contrário do estrito positivismo, é na mesma obra de Mirabete que se encontram decisões pioneiras como as a seguir transcritas:

"TACRSP: De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se,

*considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na **eventualidade de futura condenação**. Falta, na hipótese, o **interesse teleológico de agir**, a justificar a concessão **ex officio** de **habeas corpus** para trancar a ação penal (RT 669/314). No mesmo sentido, TACRSP: RT 668/289. TACRSP: As disposições dos arts. 41 e 43 do CPP não limitam sob exclusividade o exame da peça introdutória da ação penal. O universo jurídico presente à atividade do juiz em tal momento leva-o ao exame de todos os pressupostos processuais e condições do exercício da ação. E no exame do interesse de agir não se pode arredar a verificação da **utilidade** do provimento jurisdicional. Se inútil este, ainda que procedente a ação, de se reconhecer a ausência daquele. Assim, pode o juiz rejeitar a denúncia arriado na **inutilidade de uma condenação** já de antemão alcançada pela prescrição da ação penal, considerada a pena em perspectiva (RT 668/290).", in **Código Penal Interpretado**, p. 593, grifamos.*

Há quem entenda que a lide não é elemento essencial ao processo penal, que se contenta com uma pretensão insatisfeita, e não controvertida. Todavia, bastando supor que a controvérsia seja suposta abstratamente, pela própria natureza do interesse (indisponível) do réu no processo penal que a ele obrigatoriamente se submete, para concluir que a lide está presente quando nasce a pretensão com o direito de punir em concreto, e eventual confissão do réu, (argumento de não resistência à pretensão estatal) não significa submissão ou renúncia ao interesse de liberdade, posto que admitir a responsabilidade, não significa exatamente o mesmo que aceitar ou concordar com o castigo, em quantidade e qualidade daquela responsabilidade decorrente. A confissão do réu, por exemplo, não impede o seu recurso contra a sentença condenatória, bem como a pretensão de alteração sancionatória, para alternativas como a restrição de direitos ou sursis, apesar da confissão que não exclui a controvérsia.

E se, como visto nas decisões acima citadas, a pretensão estatal é de imediato rechaçada, impedindo a lide penal, não se pode

ver nisto uma violação do devido processo legal, mas antes o reconhecimento de que, nesta hipótese, o Estado verifica que estaria impedido sequer de postular a condenação - qual seja deliberar sobre o próprio **processus iustus**, tomando-se por parâmetro uma cogitável sentença condenatória, apenas como um mecanismo de estratégia do raciocínio premonitório, mas não que efetivamente deveria ocorrer como realidade normativa (lei concreta), senão como item, ou elemento do "esquema" a priori estabelecido e suposto, isto é: contar com a "idéia" de uma pena contida pela prescrição. E a isso se limitando o juízo de valoração.

A já citada processualista Ada Pellegrini Grinover deixa claro isso ao afirmar que: "é a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado, para evitar a lide temerária. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma. Por isto é que um mínimo de *fumo de bom direito* há de exigir-se, para que se leve adiante o processo, até a solução da lide.", in **As Condições da Ação Penal**, p. 127/128. É o que poderia ser chamado de "a dor maior do remédio" pela "mínima doença" que o prescinde ou dispensa.

É que ao que se observa de uma prescrição reconhecível em face de certa pena aplicável (e que será a aplicada - não importando em exercício de "adivinhação", como no acórdão, H.C. 536/2005 - 4ª Vara Criminal TJERJ, proc. 2005.059.00536 de 08/05/05), passam a faltar, reflexamente e em concreto, os princípios da: *ofensividade* (interface ou projeção instrumental), e *proporcionalidade*, exigíveis para atuação do **ius puniendi** pela perda da *carga de seus efeitos* que corroem o *próprio sentido da relação crime-sanção*, ante o fenômeno de uma prescrição antecipável, posto que só diferida **pro rata tempore**.

Sobre a ofensividade - e na leitura de sua função interpretativa - dogmática - percebe-se que é aquela que "manifesta-se **a posteriori**", isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, **in concre-**

to, a norma penal elaborada." (Cezar Roberto Bitencourt, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, v. 1, p. 21).

Já quanto à proporcionalidade - controlada pela razoabilidade (por exemplo, a pena de prisão é exatamente proporcional, mas não mais razoável no atual estágio do Direito Penal) - e segundo HASSEMER, sua exigência deve ser determinada mediante "um juízo de ponderação entre a carga "coativa" da pena e o fim perseguido pela cominação penal." ¹¹

Assim, os que defendem a violação do devido processo legal no reconhecimento da prescrição em perspectiva, a rigor repudiam o conceito do princípio em sua inteireza, porque processo legal é o processo justo não só formal, mas substancialmente, isto é, racional e proporcional a uma utilidade que não signifique, ele mesmo, instrumento de sua própria e exclusiva justificativa final, mas como meio idôneo de efetividade, de aplicação da sanção penal como objeto *mediato* da pretensão punitiva, e que lhe serve de conteúdo e finalidade.

Sobre o aspecto legitimador ou substancial do devido processo legal vale a pena transcrever sua atual leitura: "Com o tempo, acrescentou-se uma nova dimensão ao princípio, passando-se a examinar não apenas o aspecto processual, mas a própria legitimidade dos fins visados pelo legislador ou administrador, bem como a *compatibilidade* entre os meios empregados e os fins visados (**substantive due process**)." E mais adiante: "A regra do razoável, ou do equilíbrio de interesses (princípio da razoabilidade) - seria a adequação dos meios aos fins desejados pelo legislador ou administrador, e que esse meios não sejam infundados ou arbitrários, isto é, sejam proporcionais às circunstâncias que os motivaram e aos fins que se propõe alcançar. É a correspondência entre os meios propostos e os fins desejados.", in **Revista da EMERJ**, v. 5 nº 17/2002, p. 185/186.

Partindo da afirmação de que a prescrição ideal só pode incidir sobre a pretensão punitiva (a executória já teve a sanção penal determinada no título penal), e inobstante o seu reconhecimento, é errado dizer que impede ao réu eventual absolvição, posto que, por

¹¹ Hassemer, Windfried, **Fundamentos Del Derecho Penal**, Barcelona, Bosch 1984, p. 279.

simples razão lógica aquela - como também a condenação - não podem ser alcançadas por força da prescrição, cujo reconhecimento obsta o seu exame.

Significa, pois, um esforço inútil prosseguir, com vista a uma hipotética *absolvição*, de alternatividade futura e incerta, logo, condicional pela distante expectativa de que possa ou não ocorrer como declaração jurídica, isto é, qual espécie de tutela sobrevirá: condenatória ou absolutória?

Como diz Liebman, a prescrição é uma preliminar de mérito, porque alcança o direito material, e assim etiquetada pela qualidade da coisa julgada, não diferindo em nada dos efeitos e conseqüências de uma sentença absolutória, com a diferença de que nesta se diz que o réu é inocente (mesmo pela dúvida), e naquela, que não se pode sequer dizer isto, ou mesmo se é culpado, porque não verificável tal juízo pela impossibilidade de fazê-lo por força da prescrição, necessária e preliminarmente examinada como matéria de mérito - o haver pretensão - e que importará na rejeição da denúncia, se já oferecida (artigo 43, II, do CPP).

Enfim, quer na sentença absolutória, quer na extinção de punibilidade pela prescrição, *há coisa julgada* - e como dito por Liebman - isto se presta, ***tout court*** "a garantir o resultado prático e concreto do processo ou, em outras palavras, o seu efeito, apenas isso, devendo considerar sem relevância a amplitude da matéria lógica discutida e examinada no processo"¹², quer dizer, o que interessa é o que o processo possa trazer de *praticamente útil e efetivo* como meio de tutela, na composição do conflito.

Nesta mesma linha de pensamento, concluindo por idênticos efeitos práticos entre a declaração da prescrição e a sentença absolutória, leia-se:

"Como enfatizou o Min. Rodrigues Alckmin, "se o Estado, que deduziu sua pretensão punitiva, não tem mais direito, pelo decurso do tempo, à manifestação jurisdicional que a satisfaça, a isto se limita a declaração do Juiz: a afirmar prescrita a

¹² Liebman, Enrico Tullio. ESTUDOS SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, p. 162.

ação e extinta a punibilidade. E nenhum dano trará ao réu, esta solução: a prescrição da ação penal não implica afirmar-lhe a responsabilidade penal, nem estabelecer-lhe a culpabilidade, nem em consignar-lhe antecedentes. A ação penal prescrita é pretensão penal não decidida em sua procedência, mas excluída de exame pelo decurso do tempo." (TFR - AC 4.899 - Rel. Washington Bolivar de Brito - DJU 27.8.81, p. 8.197), in **Código Penal Interpretado e Sua Interpretação Jurisprudencial** de Alberto Silva Franco e outros, p.1283

Logo, é despicienda a discussão de privar-se o réu da possibilidade de se ver absolvido, por falta de objeto e de interesse.

Outrossim, o réu *não exerce pretensão* no processo penal, mas *resiste* à que lhe é movida pelo Estado, importando eventual absolvição no improvimento desta, e não no reconhecimento daquela, que não existe.

A prescrição em projeção toma por base um fato futuro, mas certo, mais próximo da modalidade do *termo*, que é sempre certo, como contar com uma sentença no processo penal, e na pior das hipóteses condenatória, e que assim não é algo hipotético, senão pela futuridade, conquanto certo de ocorrer.

Argumento semelhante pode ser usado no reconhecimento da prescrição etária para o maior de 70 anos, que nos termos do artigo 115 do CP tem o prazo prescricional reduzido pela metade se, na data da sentença já tiver completado aquela idade. Veja-se que o dispositivo não menciona a natureza da sentença ser condenatória *ou absolutória*, e assim, se mesmo antes da sentença, que passa a ser um mero dado, ou marco, o réu completa os 70 anos, certamente que a prescrição pela metade deverá ser reconhecida, independentemente da exigência processual de superveniência da sentença, porque é plausível, razoável admitir que, desde então passa a não existir o interesse de agir do Estado por falta de justa causa, logo, por falta de pretensão punitiva de propor ou prosseguir na ação penal. E quanto a isso, que parece irrefutável, ninguém discute.

A *pari ratione* diga-se o mesmo da prescrição dita hipotética, e que, na realidade, é uma mera antecipação de uma futuridade inócua, e por onde se evita considerar o processo como algo desvi-

ado de sua função de instrumento efetivador do direito, e mais que isso da justiça, porque teratologicamente justificado por si mesmo, para exigência de uma sentença futura formalmente "existente", mas substancialmente "espectral", e de consequência jurídica nenhuma, valendo apenas como estatística.

O ilustre penalista Rogério Greco enfrenta a questão da seguinte forma:

Primeiro indagando: *"Qual seria a utilidade da ação penal, que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal."*

Depois, concluindo corretamente: *"Embora como "pano de fundo" se encontra a efetiva possibilidade de ocorrência futura da prescrição, o juiz não a reconhecerá, tampouco o Ministério Público a poderá requerer, mas sim ambos fundamentarão os seus pedidos e decisões na falta de interesse de agir, na modalidade de interesse-utilidade da medida, condição esta indispensável ao regular exercício do direito de ação, que deve existir durante toda a vida processual.*

Assim, se a denúncia ainda não foi oferecida, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial; se mesmo com essa aferição antecipada o Promotor de Justiça insistir no oferecimento da denúncia, deverá o juiz rejeitá-la, com base no inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal; e, por fim, se a ação penal já estiver em curso, e se for verificada que essa condição da ação já não mais se faz presente, o julgador deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.", in
Curso de Direito Penal, Parte Geral, p. 838/839.

A justa causa, como visto é um conceito umbilicalmente ligado ao interesse de agir no processo penal, e que se faltar deixa a

relação processual penal vazia, como um *non liquet a priori*, por falta de fundamento jurídico da possibilidade de exame da pretensão, como apta ou digna de ser julgada.

Examinando o assunto, Fernando Capez diz que:

"A prescrição virtual nada mais é do que o reconhecimento da prescrição, ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena mínima, que será fixada pelo juiz. Fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso, nos quais, após condenar o réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo, devido à prescrição.", in **Curso de Direito Penal, parte geral**, p. 559.

É um circunlóquio formalista, um circuito inútil para todos da relação processual, de submissão a uma sacralidade técnica da "liturgia do processo"

No Primeiro Encontro de Coordenadores e Juízes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, no Enunciado 23, ficou consignado que: "é cabível o arquivamento do termo circunstanciado ou do inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Ministério Público, baseado na prescrição pela pena ideal."¹³

Os enunciados, tal como as súmulas, são o resumo da uniformidade do entendimento de certa matéria ou assunto de direito, expressados nos verbetes, como se fossem normas abstratas, contendo uma genuína *interpretação intelectual* do direito, como fonte mediata, e neste passo guardando um mesmo valor, ou grau axiológico.

No tema da prescrição ideal, parece a melhor solução já encontrada pelos operadores judiciários do direito, e que valoriza o processo como instrumento de efetiva utilidade, prevendo-se, por

¹³ **Revista de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro**, volume 2/2000.

juízo antecipado, a perda ou cessação da justa causa, em razão de uma situação futura, porém certa, logo, não exatamente improvável ou suposta, de que ao Estado não era mais possível exercer o **ius puniendi**, por contar com um resultado condenatório proporcional e razoável - como resposta justa pelo injusto praticado - suficiente e necessário, para antever a prescrição presentemente antecipada e desde logo declarável, poupando a instância de inútil circuito.

Suponha-se, para finalizar, que um jovem, com o passado imaculado, e conduta social irrepreensível, por um destempero ocasional de sua vida, venha a agredir levemente terceira pessoa, e ainda sendo confesso. Responderá por lesão corporal, que tem por pena em abstrato os patamares de 3 meses a 1 ano de detenção, e cuja prescrição, nos termos do artigo 109, VI, do CP, ocorre em 4 anos.

Abstraído o fato de ser infração de menor potencial ofensivo, e já transcorridos 2 anos e 1 mês, sem solução por sentença ou transação, indaga-se: poderia o juiz aplicar pena superior à mínima? Certamente que não, em face dos princípios constitucionais da culpabilidade (aqui em sua dúplice função de: fundamento e medida do direito punitivo), individualização, e proporcionalidade. Logo, não seria demais reconhecer, por um juízo *prognóstico ex ante*, aquele resultado punitivo e declarar a prescrição, posto que seria desarrazoado e inútil prosseguir até uma sentença que não mais se justificaria, e que se sobreviesse seria uma **contraditio in terminis**, como que dizendo para si mesma: eu só valho para reconhecer que não deveria existir, qual fênix pelo avesso.

Ainda no sentido deste trabalho, pontificam pareceres do MP deste Estado, nos PAs números 2005.001.13256.00 e 2005.001.0836.00, da lavra dos respeitáveis promotores Adriana Cavalcanti e Eduardo Rodrigues Campos, devidamente aprovados pela Subprocuradora-geral da Justiça Marija de Moura.

Compete que não se deixe morrer o assunto pelo só argumento de autoridade, mas e principalmente, pela autoridade dos argumentos que possam ser postos na discussão de assunto tão palpitante, longe ainda de ser um "Incidente" na hipotética "Antares" de Veríssimo, como aqueles mortos que ressuscitaram para reclamar justiça.

O reconhecimento da prescrição ideal, antes de significar uma regra de impunidade para o réu, é muito mais um tratamento de estímulo e advertência para o Estado fazer valer, dentro de objetivos padrões legais, o direito de punir que lhe foi conferido, a fim de que atenda à efetividade do direito, por via do processo, como ferramenta democrática de sua aplicação, e impedindo o acúmulo na parte "oficial" do problema das chamadas "cifras negras".

CONCLUSÃO

1) A prescrição ideal é espécie de prescrição da pretensão punitiva reconhecida antecipadamente, mas que não é juízo antecipatório porque não dependente de provimento definitivo. A natureza de sentença que a reconhece é terminativa com força de definitiva, ou terminativa de mérito.

2) A prescrição em projeção pode e deve ser reconhecida por falta de justa causa para o exercício do *ius puniendi*, pela ausência de interesse de agir.

3) O juízo hipotético *ex ante* da pena aplicável obedece à lógica do razoável, sempre presente como cláusula ou condição de tratamento no processo penal.

4) A prescrição pela pena em perspectiva não viola o princípio do devido processo legal, antes o respeita, como conceito estruturante e substancial do *processus iustus*.

5) A previsão legal do reconhecimento da prescrição ideal não se resume à estrutura da regra, mas se apóia na norma jurídica penal que também compreende princípios tais como: utilidade da jurisdição, ofensividade (ou lesividade), razoabilidade, plausibilidade da pretensão, celeridade e economia do processo. 📄