

JUSTIÇA CIDADANIA & CONSTITUIÇÃO

revistajc@revistajc.com.br - www.revistajc.com.br

PREVIDÊNCIA JUSTA
E SUSTENTÁVEL

A close-up portrait of a middle-aged man with a full, grey beard and mustache, smiling slightly. He is wearing a dark suit jacket, a white shirt, and a dark tie. The background is a soft-focus blue and white. The text "ESTE PAÍS QUE SONHO PODE SER CONSTRUÍDO" is overlaid in large, bold, orange letters across the bottom half of the image.

**"ESTE PAÍS QUE SONHO
PODE SER CONSTRUÍDO"**

EDITORIAL: VAMOS SOPRAR A BRASA



PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA

Des. Benedito Gonçalves

Doutrinariamente, prescrição é a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que seja exercido, tanto no direito material, quanto no instrumental.

A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (pretensão punitiva), ou seu direito à execução da pena imposta.

Na lição doutrinária de JOSÉ FREDERICO MARQUES, in *Curso de Direito Penal*, ed. Saraiva, vol. III, 1956, p.412, "a prescrição penal é a perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingindo ou ameaçado um bem jurídico penalmente

tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinqüente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva".

Para ANÍBAL BRUNO, a prescrição penal é a "ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime" (*Direito Penal*, 4ª ed., ed. Forense, 1984, p.209).

No nosso ordenamento jurídico penal, o instituto da prescrição está contemplado como uma das causas de extinção de punibilidade, consoante se vê no art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Há duas espécies de prescrição:

1) **prescrição da ação penal**, que corresponde à prescrição da pretensão

punitiva. Sua incidência dá-se antes da sentença definitiva transitar em julgado e representa a cessação do direito do Estado à persecução penal;

2) **prescrição da condenação**, ou seja, prescrição da pretensão executória, que surge após a sentença definitiva (CP, art. 110, *caput*).

Assim, com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fica extinto o poder-dever do Estado de obter uma decisão definitiva acerca de um crime ou de uma contravenção e, após este marco, pode ser reconhecida a prescrição da pretensão executória, que consiste na perda, por parte do Estado, do direito de executar a pena ou a medida de segurança imposta.

A prescrição da pretensão punitiva

possui três espécies: a) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, a qual é disciplinada no art. 109 do Estatuto Repressor e calculada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada para a infração penal, referindo-se, portanto, à pena abstratamente considerada; b) prescrição subsequente (ou intercorrente, ou superveniente), a qual opera-se entre a sentença condenatória que tenha transitado em julgado para a acusação e seu trânsito em julgado para a defesa, regulando-se pela pena concreta, utilizando-se a tabela prevista no art. 109 do CP, bem como quando houver recurso da acusação, a que se negou provimento, a teor do que dispõe o § 1º do art. 110 do Código Penal e; c) prescrição retroativa, sendo baseada na pena concretizada na sentença, encontrando-se disciplinada nos §§ 1º e 2º, do art. 110 c/ art. 109 do CP quando ocorrer o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento de seu recurso, contando-se da sentença condenatória "para trás", ou seja, da sentença condenatória até a causa interruptiva que a antecedeu (sentença ou acórdão condenatório ao recebimento da denúncia ou queixa; recebimento da denúncia ou queixa à data do crime).

Consideremos que, diante de uma decisão judicial que rejeitou denúncia, sob o fundamento de que a prática delituosa narrada na inicial não constitui infração penal e que há ausência de cumprimento de ato tido como condição de procedibilidade da ação penal, antes do oferecimento da denúncia, o Ministério Público, inconformado, interpõe recurso em sentido estrito.

Em tese, para melhor análise da questão, vamos imaginar que o crime seria de apropriação indébita previdenciária, e que os fatos narrados tenham ocorrido no período de novembro de 1990 a agosto de 1995 e, até esta data, não houvesse recebimento da denúncia oferecida, que seria causa de interrupção da prescrição (CP, art. 117, inciso I).

Em 15/10/2000, teve início a vigência da Lei nº 9.983 que, ao revogar o art. 95, *caput*, suas alíneas e § 1º, da Lei nº 8.212/91, acresceu dispositivos ao Código Penal, estabelecendo, no tocante aos delitos de apropriação indébita previdenciária, que:

"APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Art. 168-A - Deixar de repassar à previdência social as contribuições

recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

- Pena - reclusão, de 2(dois) a 5(cinco) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social;

A eficácia da lei penal no tempo subordina-se à regra do *tempus regit actum*, isto é, aplica-se a lei vigente quando da realização do fato

§ 2º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º - É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

A eficácia da lei penal no tempo subordina-se à regra do *tempus regit actum*, isto é, aplica-se a lei vigente quando da realização do fato.

Por seu turno, a Carta da República, em seu art. 5º, inciso XI., estabeleceu, juntamente com o disposto no art. 1º, parágrafo único, do Código Penal, no tocante à sucessão de leis penais que regulem, no todo ou em parte, as mesmas questões, a irretroatividade da lei penal posterior, a não ser para favorecer o agente, o qual se dá em dois casos: a) o fato não ser mais considerado crime pela nova lei (*abolitio criminis*) (CP, art. 2º, *caput*); b) lei nova que, de alguma forma beneficiar o agente (*lex mitior*) (CP, art. 2º, parágrafo único).

Como a pena máxima da lei nova, ao fixar em 05 (cinco) anos, seria mais benéfica aos agentes impor-se-ia sua aplicação.

Se, do período dos fatos (1990 a 1995), passaram-se até o ano corrente (2002) 12 anos e, da última conduta, 07 (sete) anos, sem que houvesse o recebimento da denúncia (causa interruptiva da prescrição), é certo que, levando-se em consideração a pena máxima de 05 (cinco) anos, aplicar-se-ia o art. 109, inciso III, do CP, que fixa o lapso temporal para reconhecimento da prescrição em 12 (doze) anos.

Ocorre que se mostra notória a demora na instrução criminal em crimes desta espécie, levando-se em consideração, ainda, o estigma e os constrangimentos que geram nos agentes que têm contra si instauradas ações penais, ressaltando-se que a grande maioria dos acusados como incurso nos crimes de não recolhimento das contribuições previdenciárias tem sua pena fixada no mínimo legal e inexistindo, no caso concreto, elementos que demonstrem que a pena dos acusados ficaria acima desse patamar (CP, art. 68 c/ art. 59), atentando-se aos princípios da economia processual, da dignidade da pessoa humana e da instrumentalidade das formas, é dever do julgador reconhecer, de ofício, a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado.

Por outro lado, não há falar em violação aos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e de presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), como argumentam alguns magistrados, haja vista que o reconhecimento da prescrição penal retroativa, ao extinguir a punibilidade, inadmitte posterior discussão acerca do mérito da ação penal, pelos efeitos amplos que produz, extinguindo toda e qualquer

consequência jurídica desfavorável ao acusado, assumindo o *status quo* de primário para todos os efeitos legais.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva *in concreto* opera como se o crime não houvesse sido praticado (TRF-4ª Região, RBBCCr 2/240; TACrSP, RJDTACr 20/139).

Ora, se o Estado, que possui poder-dever de punir os agentes violadores da lei penal, não exerceu o *ius persequendi* no tempo próprio, não pode a sociedade arcar com o custo da movimentação da máquina judiciária (citações, intimações, interrogatórios, depoimentos, perícias, recursos etc), despendendo tempo e trabalho inúteis a um provimento jurisdicional que não teria efeito prático algum. Em outras palavras, seria inócuo o provimento de uma sentença.

Impende, na atualidade, a modernização do processo penal de modo a permitir uma maior efetividade da prestação jurisdicional, tornando a Justiça mais célere e eficaz, sem que sejam afetados a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito, este proclamado pela Constituição, "que tem na dignidade da pessoa humana seu primeiro e mais valioso fundamento. Após mais de meio século de vigência do Código de Processo Penal, surgem justificados reclamos da sociedade e novos instrumentos de política processual penal, em correspondência aos novos tempos sociais, políticos, econômicos e culturais". (SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Revista Consulex, índice acumulado de 2000, em matéria intitulada *O Processo Penal Brasileiro e o novo impulso pela sua modernização*).

Assim, pelos elementos constantes dos autos, eventual aplicação de pena *in concreto*, cuja prescrição retroativa se imporia, de ofício, não ensejaria nenhuma utilidade e efetividade à tramitação longa e dispendiosa do processo.

Prosseguir-se com ação penal cuja prescrição é irremediável, no caso concreto, constitui, a nosso ver, verdadeira ausência de condição da ação, qual seja, interesse de agir (CPC, art. 267, inciso VI c/c CPP, art. 3º).

Cabe referir, neste ponto, o autorizado magistério de LIEBMAN,

para quem "A existência do interesse de agir é, assim, uma condição do exame do mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse, por si mesma, inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou 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 digna de ser julgada" (Curso de Direito Processual Civil, Instituições de Direito Processual Civil, v.II/34, FREDERICO MARQUES, 1ª ed., Forense, p.49).

Prosseguir-se com ação penal cuja prescrição é irremediável, no caso concreto, constitui, a nosso ver, verdadeira ausência de condição da ação, qual seja, interesse de agir (CPC, art. 267, inciso VI c/c CPP, art. 3º)

Na preciosa lição de FABBRINI MIRABETE, Processo Penal, 13ª ed. Atlas, 2002, p.103, "o legítimo interesse ou interesse de agir consiste na formulação de uma pretensão necessária e adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo de que se diz titular. Por isso, se diz que dois são os requisitos para a existência do interesse de agir: a necessidade e a adequação. (...) Mas o interesse de agir pressupõe, além dos dois requisitos, a utilidade do

provimento jurisdicional, ou seja, só existe quando a decisão pode interferir em algo que possa ter algum relevo para o autor. O interesse de agir é considerado um interesse secundário instrumental, subsidiário e de natureza processual, tudo em confronto com o direito material".

A propósito do tema, merece destaque trecho do voto proferido pelo em. Desembargador aposentado WALTER THEODOSIO, nos autos do HC 204.272-1, j. 26/02/1991, TACrSP, "O Processo Penal, por exigências processuais, mostra-se jornada árdua, envolvendo um complexo trabalho do magistrado, do Ministério Público, da defesa, dos funcionários, numa atividade de tal porte que não se justifica sem um objetivo: dar resposta jurisdicional à pretensão punitiva estatal, sob feição final da coisa julgada. Estando fora de perspectiva tal resultado, eis que a prescrição acenada irá desintegrar a própria ação penal, porque aponta, em face da pena a ser concretizada, inevitavelmente não superior a dois anos, que a pretensão punitiva estatal não podia ter sido intentada, não se vislumbra interesse de agir, *hic et nunc*. O exame do interesse de agir, no caso, leva à recomendação do não dispêndio de recursos numa ação penal fadada ao destino descrito, aliviando-se o Poder Judiciário da carga de um processo com prognóstico visível de resultado estéril, anódino".

Em julgamento anterior, o referido Magistrado já havia observado que "Conquanto se admita que a utilização da via jurisdicional, no ato de acusar, não leva, inexoravelmente, à imposição de pena, cabe averbar-se que o exercício da ação sob indiscutível tom de falência quanto à aplicação concreta da reprimenda revelar-se-ia atividade sem qualquer utilidade, eis que o provimento jurisdicional, se procedente a ação, desembocaria na prescrição da pretensão punitiva estatal, ante a pena concretizada. No exame do interesse de agir não se pode arredar a verificação da utilidade do provimento jurisdicional. Se inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se a ausência do interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca atingir um objetivo concreto, útil, afastada a idéia

de seu uso em mera atmosfera abstrata. O mundo do direito não pode postular-se em tom fenomênico inteiramente dissociado do mundo concreto" (TACrSP, SER 589.413-0, j. 12/03/1990, RT 668/289).

E, como já ressaltado, o reconhecimento da prescrição retroativa, ao erigir o agente à condição de inocente, prevalecendo a tutela de liberdade do indivíduo, ao apagar todos os efeitos da ação ou da condenação, constitui avanço e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Vê-se que a instauração do processo penal já atinge o chamado "status dignitatis do imputado" (Direito Processual Penal, Estudos e Pateceres, Forense, 1987, p.70) e a pena, como consequência lógica do crime, tornar-se-ia inócua, ante a ineficácia do Estado.

A respeito, para ilustrar a questão levantada, partes do artigo extraído da monografia apresentada no Curso de Especialização (*Latu Sensu*) em Direito Penal promovido pelo Centro de Estudos Judiciários e a Universidade de Brasília, em junho de 1999, pela MM. Juíza Federal da Seção do Rio Grande do Sul, Dra. SALISE MONTEIRO SANCHOTENE,

"(...) forçoso concluir que a interpretação das normas processuais penais deve ser feita sempre a partir dos princípios e regras contidos no ordenamento constitucional, tendo-se em conta que o processo não é um fim em si mesmo, porém é o meio pelo qual se apura a existência de um fato tipo como criminoso. (...) Ada Pellegrini Grinover destaca que, para assegurar um processo penal democrático é mister que seja reservada ao magistrado moderno a função de garantista. O juiz deverá zelar, na fase preparatória, pelos direitos do investigado e, na fase judicial, pelos direitos do réu. Fazuzi Hassan Choukr assevera com muita clareza que o apego à forma, no novo processo penal, não se coaduna com as aspirações sociais democráticas e, portanto, deve prevalecer o princípio da "instrumentalidade". (...) Também conhecido como princípio da simplificação, o princípio da economia processual recomenda que deve haver proporção entre fins e meios no processo,

para viabilizar a relação custo-benefício. Assim, considerando a instrumentalidade do processo, eve ser mínimo o emprego de atividades processuais, evitando-se o desperdício tanto de tempo quanto de dinheiro para os sujeitos processuais. (...) Weber Batista alerta que o exame das condições da ação ou de outro pressuposto necessário à validade do processo não pode ser relegado para a sentença, depois de já haver sido percorrido todo o inter procedimental, pois isso iria frontalmente contra o princípio econômico. (...) Considerando-se que é medida de exceção - aplicada quando outro mecanismo não for suficiente para satisfazer a sociedade - o processo penal, por obediência constitucional, deverá ser conduzido de forma a, humana e juridicamente, produzir o menor sacrifício ao acusado. Tornar-se sujeito passivo de uma ação penal pode marcar de modo irreversível a vida de uma pessoa".

Vê-se que a instauração do processo penal já atinge o chamado "status dignitatis do imputado" e a pena, como consequência lógica do crime, tornar-se-ia inócua, ante a ineficácia do Estado.

No mesmo sentido, decisões emanadas do eg. TRF da 4ª Região: "PROCESSO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. CABIMENTO

1-A prescrição pela pena em perspectiva pode ser reconhecida, em face do caráter finalístico do processo e da utilidade do seu resultado. Estando demonstrado nos autos que as

circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são inteiramente favoráveis ao acusado, sendo lícito pressupor que a pena não será fixada no seu máximo abstratamente previsto, pode ser reconhecida antecipadamente a extinção da punibilidade.

2-Prescrição e extinção da punibilidade reconhecidas. Recurso prejudicado".

(TRF 4ª Região, RCR 1999.04.01.006707-0/SC, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, v.un., DJ 07/02/2001)

CRIMINAL. PRESCRIÇÃO PROCESSO PENDENTE.

1-O exercício é condição da ação penal, porque não se haverá de exercer jurisdição, inutilmente.

2-Se as circunstâncias reveladas pela prova demonstram que a única pena viável, teria sua aplicação neutralizada pela prescrição, ao juiz incumbirá extinguir o processo, porque indiscutível, causa extintiva da punibilidade.

3-Apelação improvida".

(TRF-4ª Região, ACR 93.04.18839-3/RS, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. FABIO BITTENCOURT DA ROSA, v.un., DJ 10/11/1993)

Verifica-se, portanto, que, através da instrumentalidade do processo, se buscará a efetividade da tutela jurídica, aproximando-se cada vez mais o processo e o direito material, e, como bem observa HUMBERTO THEODORO JUNIOR, em sua obra *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século*, ed. Forense, 2002, p.07, "se o processo foi concedido para solucionar conflitos e fazer atuar, em favor de quem tem razão, a vontade concreta da lei, será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente conseguir fazer com que prevaleça, de maneira mais completa, o direito subjetivo da parte que dele se vê injustamente privado ou que sofre ameaça de agressão em sua esfera jurídica. O Processo, na história da jurisdição, evoluiu de simples meio de declarar o direito, para eficiente instrumento de sua real concretização".

Desembargador Federal do TRF da 2ª Região