



**O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A PRESCRIÇÃO:  
VIOLAÇÃO AO DEVER DE PROTEÇÃO NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**PAULO AFONSO BRUM VAZ**

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR THIAGO  
BOTTINO DO AMARAL**

**Escola de Direito do Rio de Janeiro da  
Fundação Getúlio Vargas**

**Dissertação do Mestrado Profissional  
em Poder Judiciário**

**Agosto/2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

# O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A PRESCRIÇÃO: VIOLAÇÃO AO DEVER DE PROTEÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência para a obtenção do Título de Mestre à Fundação Getulio Vargas – Direito Rio no Mestrado Profissional em Poder Judiciário

ORIENTAÇÃO: PROF. DR. THIAGO BOTTINO DO AMARAL

RIO DE JANEIRO – RJ

2008

PAULO AFONSO BRUM VAZ

O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A PRESCRIÇÃO: VIOLAÇÃO AO  
DEVER DE PROTEÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência para a obtenção do Título de Mestre à Fundação Getulio Vargas – Direito Rio no Mestrado Profissional em Poder Judiciário.

**Banca Examinadora**

---

PROF. DR. THIAGO BOTTINO DO AMARAL

---

PROF. DR.

---

PROF. DR.

RIO DE JANEIRO – RJ  
2008

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço penhoradamente os préstimos recebidos dos Servidores da Escola da Magistratura da 4ª Região – EMAGIS na correção ortográfica e adaptação do trabalho às normas técnicas; ao Dr. Rafael Rodrigues Andrade da Silva e à estagiária Michele Piuco, pelo inestimável auxílio no levantamento dos dados estatísticos, aos Drs. José Paulo Baltazar, Artur César de Souza e Jairo Schäfer, colegas de magistratura, pelas judiciosas contribuições e críticas construtivas, e ao Dr. Thiago Bottino, pela indispensável e segura orientação, que possibilitou o enriquecimento desta dissertação.

## RESUMO

Cuida a presente dissertação do tema Prescrição Penal, enfrentado na perspectiva do dever de proteção que incumbe ao Estado proporcionar aos membros da sociedade. No Estado Democrático de Direito, é dever estatal e, portanto, do Poder Judiciário, conferir a devida eficiência ao Direito Penal, para que possa desenvolver com plenitude sua missão fundamental de proteção social. São examinadas a função do Direito Penal e as tendências de ampliação de sua intervenção, tais como manifestadas nos sistemas penais europeus. Sustenta-se que há, ao lado do direito fundamental do réu de ver-se julgado em prazo razoável, um direito fundamental da sociedade de obter o resultado deste julgamento em prazo que não torne inócua a tutela penal dos bens jurídicos que a incriminação da conduta almeja salvaguardar. A prescrição penal, resultante da demora na persecução penal, conforme dados levantados de julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, refletindo, portanto, uma realidade da Justiça Federal da 4ª Região na esfera criminal, alcança percentuais significativos em relação aos casos julgados, merecendo, portanto, especial atenção dos operadores do direito e, principalmente, da administração da justiça federal. A partir dessa constatação, desenvolve-se um esboço crítico do fenômeno prescritivo, com análise de suas idiossincrasias e conseqüências negativas: a impunidade, a seletividade da justiça penal, a violação do princípio isonômico e, com particular relevo, a insuficiência na proteção e garantia de direitos fundamentais diante das ameaças e lesões decorrentes de condutas criminosas. Por fim, são sugeridas reformas legislativas e mudanças de postura do Poder Judiciário em relação ao processo penal. Destaca-se: o aumento dos prazos prescricionais, sobretudo para a prescrição da pena, o fim da prescrição retroativa e a criação de instrumentos tecnológicos de controle do tempo no processo.

**Palavras-Chave:** Prescrição Penal; Sistema Criminal Judicial; Poder Judiciário; Direitos Fundamentais; Prazo Razoável; Morosidade; Persecução Penal; Administração da Justiça; Segurança; Liberdade.

## RESUMEN

La presente disertación hace referencia al tema de la Prescripción Penal, bajo la perspectiva del deber de protección que le cabe proporcionar al Estado a los miembros de la sociedad. En el Estado Democrático de Derecho, es deber estatal y, por consiguiente, del Poder Judicial, conferir la debida eficiencia al Derecho Penal, para que pueda desarrollar con plenitud su misión fundamental de protección social. Son examinadas la función del Derecho Penal y las tendencias de ampliación de su intervención, tales como las manifestadas en los sistemas penales europeos. Se sustenta que existe, al lado del derecho fundamental del reo de verse juzgado en un plazo razonable, un derecho fundamental de la sociedad de obtener el resultado de este juzgamiento en un plazo que no convierta en inocua la tutela penal de los bienes jurídicos que la incriminación de la conducta desea salvaguardar. La prescripción penal, resultante de la demora en la persecución penal, conforme los datos obtenidos de juzgados del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, reflejando, por consiguiente, una realidad de la Justicia Federal de la 4ª Región en la esfera criminal, alcanza porcentuales significativos en relación a los casos juzgados, mereciendo, por lo tanto, especial atención de los operadores del derecho y, principalmente, de la administración de la justicia federal. A partir de esta constatación, se desarrolla un esbozo crítico del fenómeno prescriptivo, con análisis de sus idiosincrasias y consecuencias negativas: la impunidad, la selectividad de la justicia penal, la violación del principio isonómico y, con particular énfasis, a la insuficiente protección y garantía de derechos fundamentales ante las amenazas y las lesiones resultantes de las conductas criminales. Finalmente, son sugeridas reformas legislativas y cambios de postura del Poder Judicial en relación al proceso penal. Se destaca: el aumento de los plazos de prescripción, especialmente para la prescripción de la pena, el término de la prescripción retroactiva y la creación de instrumentos tecnológicos de control del tiempo en el proceso.

**Palabras-Clave:** Prescripción Penal; Sistema Criminal Judicial; Poder Judicial; Derechos Fundamentales; Plazo Razonable; Morosidad; Persecución penal; Administración de la Justicia; Seguridad; Libertad.

## O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito

<b>Sumário</b> .....	6
<b>Introdução</b> .....	9
<b>1 Noções gerais sobre o direito fundamental ao acesso à justiça</b> .....	13
1.1 Aspectos gerais e dogmáticos .....	13
1.2 A lentidão da justiça como óbice à concretização do direito fundamental ao acesso à justiça e à razoável duração do processo .....	16
1.3 Direito fundamental do acusado ao processo penal no prazo razoável.....	18
1.4 Direito fundamental ao curso do processo penal em prazo razoável na perspectiva da sociedade .....	21
<b>2 Considerações sobre as funções do Direito Penal, do Processo Penal e as tendências para o Direito Penal do futuro</b> .....	25
2.1 A função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito .....	25
2.2 O fundamento preventivo geral positivo e integrativo da pena .....	28
2.3 Tendência do Direito Penal no modelo político de Estado Democrático de Direito .....	30
2.4 A função do Direito Processual Penal .....	35
<b>3 Breve diagnóstico da crise do Poder Judiciário e da Justiça Criminal</b> .....	39
3.1 Crise que se confunde com a do Estado .....	39
3.2 O Poder Judiciário é operoso, mas ineficiente .....	40
3.3 Ausência de indicadores precisos de acesso à justiça: estatísticas de atuação da justiça penal .....	42
3.4 A falta de juízes e servidores (infra-estrutura judicial e de organização judiciária deficitárias), escassez de recursos financeiros e ausência de política orçamentária .....	44
3.5 Ausência de políticas de gestão administrativa das atividades judiciárias .....	47
3.6 A problemática dos tempos mortos no processo .....	48
3.7 Comentário à gênese da criminalidade que enseja o assoberbamento e a conseqüente lentidão da justiça penal .....	51
3.8 Características da nova criminalidade .....	53
<b>4 Prescrição penal: noções dogmáticas</b> .....	57
4.1 Definição, natureza jurídica, importância e fundamento .....	57
4.2 Imprescritibilidade .....	59
4.3 Prazos prescricionais .....	60

4.4 Contagem, interrupção e suspensão dos prazos prescricionais .....	60
4.5 Espécies, modalidades e reconhecimento da prescrição .....	61
<b>5 Visão crítica da incidência patológica da prescrição .....</b>	<b>64</b>
5.1 Pesquisa estatística sobre a incidência da extinção da pretensão punitiva ou executória do Estado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região .....	64
5.2 Crítica ao tratamento descuidado à matéria e ao conformismo do Poder Judiciário .....	66
5.3 O funcionalismo do Direito Penal e a prescrição .....	69
5.4 Prescrição e impunidade: falta de legitimidade social .....	72
5.5 A prescrição como variável que viola o princípio igualizador das partes no processo penal .....	75
5.6 Prescrição e a frustração da tutela penal do meio ambiente: um exemplo de total impunidade .....	78
5.7 De quem é a maior responsabilidade pela ocorrência patológica da prescrição penal? .....	79
5.8 Morosidade do Inquérito .....	82
5.9. Denúncia demorada .....	83
5.10 O papel e a contribuição da advocacia para a lentidão do processo penal ....	84
5.11 A jurisprudência e a sua contribuição para a prescrição .....	86
5.11.1 Prescrição e crime continuado .....	86
5.11.2 Prescrição etária (art. 115 do CP) .....	88
5.11.3 Posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao crime de estelionato previdenciário .....	90
<b>6 Esboço propositivo de medidas contributivas para controle da ocorrência patológica da prescrição penal .....</b>	<b>95</b>
6.1 O papel crítico e político da jurisdição no Estado Democrático de Direito .....	95
6.2 Política criminal e a prescrição penal .....	98
6.3 Política criminal de agilização do processo penal .....	101
6.4 Política criminal de incremento das formas de cooperação internacional .....	102
6.5 Política criminal de aperfeiçoamento da dosimetria da pena .....	104
6.6 Outras proposições do ponto de vista dogmático – alterações legislativas .....	107
6.7 Os prazos prescricionais necessitam ser redimensionados a partir da experiência empírica revelada ao longo do tempo .....	109
6.7.1 Premissa para o acolhimento do discurso sobre as penas privativas curtas: revisão dos prazos de prescrição .....	113
6.8 Equívoco da identidade de prazos para as prescrições do <i>ius puniendi</i> e do <i>ius exequendi</i> .....	115
6.9 Prescrição retroativa: <i>aberratio juris</i> .....	116
6.9.1 Pesquisa estatística sobre a prescrição retroativa .....	118
6.10 Prescrição da pretensão executória contada do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação: teratologia do sistema .....	
6.11 O acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva do prazo prescricional: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007 .....	121
<b>7 Necessidade de reforma do Processo Penal .....</b>	<b>126</b>
7.1 Agilização do trâmite processual sem atropelo às garantias penais .....	126
7.2 Filtros recursais no processo penal .....	133

7.3 Meios eletrônicos no processo penal .....	134
7.3.1 Interrogatório por videoconferência .....	136
7.4 Ampliação da regra do art. 366 do CPP para os casos de réu citado pessoalmente que se evade deixando de atender ao chamado da Justiça .....	139
<b>8 Gestão de processos e varas .....</b>	<b>142</b>
8.1 O papel do juiz criminal na condução do processo e o dever de processamento célere .....	142
8.2 A necessidade de ferramentas informatizadas de controle do tempo no processo penal .....	143
8.3 Unificação de processos em que há continuidade delitiva ou concurso de crimes .....	144
8.4 Cisão dos processos com multiplicidade de réus .....	145
8.5 Testemunhas abonatórias — indeferimento e substituição por declarações escritas .....	145
8.6 Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial .....	147
<b>Conclusão .....</b>	<b>155</b>
<b>Referências .....</b>	<b>160</b>

## INTRODUÇÃO

Trata a presente dissertação, de conclusão do Curso de Mestrado Profissional em Poder Judiciário, promovido pela Fundação Getulio Vargas, Direito – Rio, da questão relativa à prescrição penal, a partir de fatores que contribuem para a demora na entrega da tutela penal jurisdicional, atuando a lentidão de todas as fases da persecução penal, inclusas as atividades policiais, do Ministério Público e da Justiça, como óbice à concretização do pleno exercício do direito fundamental ao julgamento em tempo razoável, constitucionalmente assegurado, e frustrando o desiderato do Direito Penal de conferir segurança aos cidadãos.

O trabalho, como se disse, é de conclusão do curso de mestrado profissional em Poder Judiciário, com enfoque para a Administração da Justiça. Portanto, far-se-á apenas uma breve incursão teórica sobre alguns temas afins de direito penal, na medida do estritamente necessário, e procurando tão-somente situar a matéria, definir bases conceituais e alicerçar alguns pontos de vista manifestados. Não mais do que isso. O desenvolvimento do tema, destarte, não se dará em uma perspectiva teórico-acadêmica.

A lentidão do processo penal é enfocada a partir das suas conseqüências para a sociedade, especialmente quando o atraso na entrega da prestação jurisdicional se traduz em extinção da pretensão punitiva ou executória da pena pelo Estado, em razão do reconhecimento do fenômeno da prescrição, na perspectiva do princípio da proporcionalidade, viés impeditivo da prestação estatal de tutela penal insuficiente.

Pretende-se, além de chamar a atenção para o grave problema da incidência patológica dos casos de prescrição penal, com base nos processos de competência da Justiça Federal, apresentar algumas proposições de gestão administrativa da justiça, para a agilização do procedimento, e de natureza legislativa, tendentes à otimização da tutela penal.

Utiliza-se o referencial de Estado Social Democrático de Direito,

modelo que o Brasil adota, ou tenciona adotar, compreendendo o culto intangível ao “direito” e a preocupação de todos os setores com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias das pessoas, com vistas à concretização dos ideais de justiça e do livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Faz-se uma breve análise do direito fundamental ao acesso à justiça, em termos genéricos, para, em seguida, encaminhar análise sintética deste direito à luz da esfera de direitos do acusado, segundo a compreensão sedimentada na ordem jurídica interna e externa de que há um direito fundamental subjetivo de acesso à justiça, exercitável em face do Estado e que pressupõe, por conseguinte, a duração razoável do processo, desde a fase investigatória até a decisão final, inclusas as prisões e demais medidas cautelares penais, sem sacrifício do pleno exercício do direito de defesa, com todos os meios e instrumentos legalmente permitidos.

A seguir, no aspecto que constitui o fulcro do presente trabalho, a questão do direito fundamental ao acesso à justiça penal é enfrentada enquanto instrumento de efetivação do direito da sociedade à efetividade da tutela penal. Examina-se as conseqüências da duração excessiva do processo penal dando causa à prescrição, ou seja, a extinção da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão do decurso de tempo, e as repercussões do fenômeno prescritivo no tecido social, sob o enfoque do direito fundamental à segurança e à vedação de insuficiência da tutela penal, viés do princípio da proporcionalidade em matéria penal.

Não se alvitra questionar a relevância e o interesse público de que se reveste o instituto da prescrição, fundado no princípio da segurança jurídica, como instrumento destinado a reforçar o aspecto preventivo da pena e evitar a eternização do clamor social em relação à prática delituosa. Violaria o próprio direito ao processo em prazo razoável, reconhecido na ordem normativa interna e internacional, a ausência de qualquer limite temporal para o exercício da pretensão punitiva pelo Estado. A preocupação repercute apenas a ocorrência do fenômeno prescritivo em níveis que fogem à razoabilidade e os efeitos funestos desta realidade decorrente de uma multiplicidade de fatores que se examina.

Visando à construção de algumas hipóteses relacionadas com a prescrição penal, desenvolveu-se uma prévia pesquisa que levantou dados

estatísticos sobre a sua incidência em termos percentuais dos casos examinados, a fase do processo em que ocorre com maior intensidade, os tipos de prescrição mais ocorrentes e as espécies de delitos cujos processos que mais se submetem à prescrição.

Diante da intensidade desvelada pelos dados estatísticos adrede levantados e analisados, traz-se ao debate, neste trabalho, exatamente a feição patológica da prescrição, que tende a tornar-se regra e não mais exceção, em razão de fatores diversos, basicamente três, a serem examinados: a lentidão das diversas fases da persecução penal, as idiossincrasias do sistema normativo e as tendências minimalistas da jurisprudência.

Encaminha-se uma breve análise dos principais fatores contributivos para a ocorrência de prescrição penal, tais como a participação dos diversos atores implicados na persecução penal (*lato sensu*) e o papel da jurisprudência na consagração de teses prescritivas. Merecem destaque algumas hipóteses que se pretende evidenciar, assim sintetizadas: (1) há direta correlação entre a demora do processo penal e a ineficiência do direito penal, resultante na mora estatal na prestação de proteção social constitucionalmente prevista; (2) o sistema normativo penal, tal como vigente, contribui para a ocorrência patológica da prescrição; (3) a atuação dos agentes da persecução penal, no que concerne ao tempo demandado, é insatisfatória.

Opera-se com as proposições de implantação de uma nova política criminal de valorização e resgate da eficácia e da efetividade da tutela penal, implicando reformas de Administração da Justiça e de disciplina legal.

São objeto de análise crítica os atuais prazos de prescrição, os termos legais prescricionais e os institutos da prescrição retroativa, superveniente e virtual, com o subsequente encaminhamento de proposições otimizadoras.

De outro vértice, busca-se aprofundar a discussão acerca da temática da reforma do processo penal, que se tem revelado deficitário em face do direito fundamental ao processo em prazo razoável, apresentando algumas proposições voltadas à agilização procedimental e analisando as recentes alterações ocorridas.

O papel do juiz criminal é destacado, na perspectiva das modernas técnicas de gestão de vara, gabinete e processo, apresentando-se algumas

sugestões para a redução do tempo do processo penal, visando a conferir maior eficácia à tutela jurisdicional penal e evitar a ocorrência patológica da prescrição penal.

Em última análise, augura-se, com esta mirada crítica sobre o sistema jurisdicional penal brasileiro, que tem se revelado inoperante aos fins de concretizar a promessa constitucional de segurança social, agravando o processo de distanciamento social e descrédito no Poder Judiciário, conferir praticidade aos conhecimentos hauridos de excelentes mestres e demais estudos realizados durante o Curso de Mestrado em Poder Judiciário promovido pela Fundação Getúlio Vargas, com a expectativa sincera de poder contribuir positivamente para a solução deste problema crucial do Estado e da sociedade moderna.

## **1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA**

### **1.1 Aspectos gerais e dogmáticos**

O direito fundamental ao acesso à jurisdição (ou acesso à justiça, como se convencionou chamar doravante) é corolário do dever de prestação jurisdicional assumido pelo Estado, em regime de monopólio, substituindo-se à ação e à vontade das partes na solução dos conflitos de interesses e na promoção da paz social. Trata-se de princípio também reconhecido na órbita internacional. A Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU, em 1948, assim prevê:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra atos que violem os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição e pela lei.

Art. 10º. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de direitos e obrigações, seja de legitimidade de toda a acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), encontramos, no art. 8º, inciso I, a seguinte disposição:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

O fundamento constitucional formal do direito fundamental ao acesso à justiça acha-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O legislador constituinte, ao cuidar do princípio do acesso à justiça, no referido preceptivo, em vez de proclamar diretamente o direito fundamental à jurisdição, preferiu estabelecer

vedação, dirigida ao Estado, de restringir o acesso à justiça para pôr fim a lesão ou ameaça a direito. Talvez estivesse buscando prevenir reminiscências de um passado não muito remoto em que convivíamos com leis que excluía da apreciação do Judiciário questões diversas, endereçando diretamente ao legislador a vedação.

Do ponto de vista material, o direito fundamental ao acesso à justiça encontra-se alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor alçado à condição de norma-princípio político-constitucional estruturante da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º), traduzindo-se em mandados de otimização a impor observância por todo o sistema normativo e também por todos os aplicadores do direito. Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de vetor para a interpretação e alcance de toda a gama de normas de direitos fundamentais constitucionalmente previstas, configurando-se assim em um princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>1</sup>

Vale trazer à colação, a propósito do tema, o escólio de SEGADO:

*De la dignidad de la persona humana fluye el principio de libertad, valor que, como significara Recaséns Siches, asegura un contenido valorativo al Derecho. Pero es que, además, la libertad y, sobre todo, la igualdad forman parte del contenido y del fin de la justicia, incluso se ha tendido a considerar identificados los valores justicia e igualdad; sin embargo, la justicia, en cuanto valor social por excelencia, es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social. En definitiva, la justicia tiene un sentido de totalidad que lleva a ser no sólo valor, en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos. Por lo demás, el valor absoluto de la justicia, dar a cada uno 'lo suyo', se encuentra indestructiblemente vinculado con la dignidad de la persona, en cuanto que cada individuo tiene un fin propio que cumplir, fin intransferible y privativo al que parece apuntar el texto constitucional cuando alude al 'libre desarrollo de la personalidad', esto es, a lo que bien puede entenderse con Ruiz-Giménez como el despliegue de las diferentes potencialidades (psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales) de cada ser humano, la conquista de los valores que satisfagan y de los ideales que le atraigan; el alcance, en suma, de su modelo de ser humano y de miembro activo y protagonista en una sociedad determinada.<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.

<sup>2</sup> SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado-AJURIS, 2006. p. 107-8.

A recorribilidade ao Poder Judiciário, para evitar ou pôr fim a uma lesão ou ameaça a direito, é um exercício de cidadania, enquanto corolário do direito de livre desenvolvimento da personalidade, inerente à dignidade da pessoa humana. Na sua essência, a dignidade da pessoa humana marca uma opção do constituinte pelos valores humanistas, tornando o homem o centro da ordem político-constitucional (um fim em si mesmo e não um meio), e, na medida em que se lhe restringe o acesso à justiça, ter-se-á violação do núcleo essencial deste princípio, que é, podemos assim dizer, a tônica da evolução jurídico-social deste início de terceiro milênio.

O princípio do direito fundamental ao acesso à justiça desvela-se, de sua vez, como importante princípio constitucional, porque lhe incumbe função de maior relevância dentro do sistema constitucional, qual seja, a de assegurar o potencial reconhecimento e o exercício de todos os demais direitos e garantias previstos na Constituição. Em outro dizer, desempenha o papel essencial de garantir a eficácia da própria Constituição e de seus valores essenciais como o Estado Democrático de Direito. Como bem assinalou CANOTILHO,

independente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de Direito encontra explícita ou implicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais.<sup>3</sup>

A Constituição fundamenta, garante e atribui confiabilidade à jurisdição, e esta retribui protegendo e velando pela higidez do sistema jurídico-constitucional. Sem jurisdição eficaz a Constituição passa a ser uma mera manifestação de propósitos sem qualquer utilidade prática.

O pleno exercício do direito fundamental ao acesso à justiça funciona, ademais, como uma espécie de sensor de plenitude democrática. Mede-se o nível de democracia de determinado povo pela amplitude de vias de acesso à justiça, enquanto efetiva e eficaz proteção a ameaças e lesões a direitos individuais, sociais ou políticos. Conforme observou ROCHA: “Quanto mais democrático o povo, mais alargada é nele a jurisdição, mais efetiva, rápida, facilitada e concretizada a

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 357.

sua prestação”.<sup>4</sup>

Trata-se, pois, de um direito fundamental subjetivo de toda pessoa, exercitável em face do Estado, a quem incumbe o dever de prestar a jurisdição da forma mais eficiente e eficaz. Cogita-se, pois, de um direito fundamental ativo, não de mero arcabouço constitucional e legal inoperante e frívolo, que sirva apenas para fomentar a literatura acadêmica e subsidiar demagogias políticas, mas sim de direito fundamental de efeitos concretos no plano social e dos fatos, que trespassa da órbita meramente discursiva para a realidade palpante e viva da sociedade, refletindo-se em medidas práticas de democratização do acesso à justiça.

## **1.2 A lentidão da justiça como óbice à concretização do direito fundamental ao acesso à justiça e à razoável duração do processo**

A máxima de que a “justiça tarda, mas não falha” nem sempre é verdadeira. Como bem frisou ROCHA, “às vezes a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda”.<sup>5</sup> E falha, digo eu, porque há direitos cujo reconhecimento e cujo exercício são impostergáveis no tempo, direitos que, por sua natureza imanente à própria existência e dignidade da pessoa, não podem esperar. Ou a vida, a liberdade, a igualdade, os meios de subsistência, apenas para exemplificar, podem pacientemente esperar por anos até que sejam tutelados pelo Estado-juiz diante de eventuais lesões ou ameaças? É evidente que não. A demora em tutelar estes direitos representa, por si só, a sua negação, assim como grave violação ao princípio do acesso à justiça.

Ninguém ignora que o grande inimigo da efetividade da tutela jurisdicional é o tempo, a demora na solução definitiva do litígio. O tempo, ainda que se revele indispensável à segurança jurídica das decisões e à garantia dos direitos fundamentais assegurados aos litigantes, se excessivo, é inimigo da eficácia da tutela jurisdicional. TROCKER, com acerto, afirmou que

a justiça realizada morosamente é, sobretudo, um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por

<sup>4</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito à Jurisdição Constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 32.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 37.

longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.<sup>6</sup>

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04, foi acrescentado ao art. 5º da Constituição o inciso LXXVIII: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Este novo dispositivo constitucional insere no rol dos direitos fundamentais explícitos a garantia de *rápida solução para o processo*, estando fundada esta garantia no princípio do acesso à justiça, conforme já se disse. Não se cuida de direito novo, mas sim de direito que, embora já reconhecido expressa e implicitamente no sistema normativo (Constituição, arts. 5º, incisos XXXIV, XXXV e LIV, e 37, *caput*), ganha um reforço normativo que acaba se justificando muito mais pelo caráter pedagógico do que propriamente jurídico-normativo.

O direito fundamental à razoável duração do processo não depende de regulamentação, é de aplicação imediata, e todos os litigantes podem exigir do Estado, desde já, que os seus processos tramitem em prazo razoável.

“Razoável duração do processo” é expressão de significado fluido e aberto e de constituição complexa, devendo seu alcance ser encontrado no caso concreto. Algumas variáveis, a propósito, devem ser consideradas, tais como a urgência, a situação particularizada da lesão de direito, a capacidade de esperar do litigante, a complexidade da matéria e o volume de trabalho que enseja a solução justa. Refoge à razoabilidade a delonga injustificada, decorrente de dilações indevidas, do excedimento dos prazos legais e de paralisações sem previsão no procedimento legal, seja por parte do juiz e de seus auxiliares, seja por parte dos litigantes e de seus advogados, incluso o Ministério Público ou qualquer outro partícipe do processo. Causas externas ao processo, como o excesso de lides para julgamento, ausência de juízes em número suficiente (v.g.: demora na realização de concurso público), constantes transferências de juízes e ausência do aparelhamento necessário à agilidade do processo, por exemplo, não justificam a demora, nem convalidam dilações indevidas.

O reconhecimento do direito subjetivo à solução rápida do processo

---

<sup>6</sup> TROCKER, Nicolás. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277.

judicial, além de permitir a cobrança ao Judiciário de agilidade no julgamento, traz como consequência o dever indenizatório do Estado na medida em que, com sua ineficiência, pela simples demora, independentemente de culpa, cause prejuízo ao litigante.

Sabe-se que o Poder Judiciário, nada obstante os esforços despendidos, não consegue evitar, em todos os seus níveis, o atraso na entrega da tutela jurisdicional, encontrando-se mergulhado no que se pode chamar de “crise de efetividade e de eficácia da Justiça”, crise esta que mistura problemas que podem ser resolvidos pela otimização da Administração Judiciária, problemas cuja solução depende de interposição legislativa e problemas, por fim, cuja solução está jungida à *performance* político-social do Estado.

### 1.3 Direito fundamental do acusado ao processo penal no prazo razoável

O que foi dito em relação aos processos em geral assume maior relevo quando se trata de processo penal. É certo que mudam as posições, os atores, o direito à efetividade da tutela jurisdicional passa a ser focado não só da perspectiva privada das partes, senão que também com consulta ao interesse legítimo da sociedade como um todo, detentora do direito de proteção estatal, que se manifesta pelo direito punitivo do Estado em relação aos infratores da lei penal.

Limitado pela temática deste trabalho, sem descurar a sua importância, quiçá a maior de todas, trata-se apenas perfunctoriamente do direito fundamental do acusado ao processo em tempo razoável.

BECCARIA, na sua obra clássica **Dos Delitos e das Penas**, tece considerações sobre a necessidade de presteza da aplicação da pena:

Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos da incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza.<sup>7</sup>

Está consignado nessa expressão o duplo aspecto desta contingência necessária do processo penal, ou seja, a de conferir utilidade e justiça à tutela penal, aspectos que interessam, com igual intensidade, tanto ao réu como à

---

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru-SP: EDIPRO, 2000. p. 59.

sociedade.

A situação do acusado que se vê indiciado e processado por longos anos é aflitiva, pois o próprio processo contempla em si uma pena processual severa, e muito mais a daquele que deve responder ao processo encarcerado.<sup>8</sup>

Particularizando, apenas de passagem, pela relevância do tema, enfoca-se a questão da definição do prazo que se considera razoável para que seja ultimado o processo penal. Vê-se com reservas algumas manifestações jurisprudenciais que pendem por acomodar sob o rótulo do princípio da razoabilidade situações ensejadoras de excesso de prazo totalmente alheias à conduta do acusado e, algumas vezes, fundadas exatamente na deficiência estrutural da própria justiça.<sup>9</sup>

Discute-se sobre a necessidade de normatização do prazo legal de duração do processo, ou se é conveniente deixar à interpretação judicial a análise do caso concreto, para avaliar se o tempo consumido, no contexto da situação *sub judice*, encontra-se dentro dos padrões de razoabilidade.

É mais adequada a posição da Corte Americana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que adotaram a tese do “não-prazo”, obtemperando que a inexistência de um critério que aponte a devida dilação implica a também inexistência de um critério que defina o que se entende por indevida dilação. A chamada teoria do “não-prazo” funda-se no fato de que o tempo que demanda o processo não pode ser fixado de forma abstrata, nem ser

<sup>8</sup> No dizer de Beccaria, a “rapidez do julgamento é justa ainda porque a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige” (Ibidem, p. 59).

<sup>9</sup> “**HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXISTÊNCIA DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA JÁ DIRIMIDO. DEMORA JUSTIFICADA. EXORDIAL ACUSATÓRIA JÁ OFERTADA. PROCESSO INICIADO E QUE TOMOU SEU CURSO REGULAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.** 1. Atentando-se ao princípio da razoabilidade, o sustentado excesso de prazo para a deflagração da instrução criminal não se mostra injustificado, tendo em vista a existência de conflito negativo de competência instaurado entre juízos do mesmo Estado, já solucionado, especialmente quando já deflagrada a ação penal, com o oferecimento da denúncia e determinação dos demais procedimentos necessários ao curso regular do processo. 2. Ordem denegada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 93.164-BA (2007/0251514-7), da 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 26 fev. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, edição n. 97, 10 mar. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2007/0251514-7&dt\\_publicacao=10/03/2008](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2007/0251514-7&dt_publicacao=10/03/2008)>. Acesso em: 20 ago. 2008).

contabilizado em dias, semanas, meses ou anos. Não há como se estabelecer, com precisão absoluta, quando um prazo passa a exceder os padrões de razoabilidade, mister que demanda uma análise completa das peculiaridades do caso concreto.<sup>10</sup>

Consoante leciona GÓES,

a razoável duração do processo não precisa ser tipificada, muito menos quantificada, em inúmeros prazos processuais, visto que, como bem ponderou o legislador da reforma, deve atender à lógica do razoável. A razoabilidade não possui quesitos constitutivos e cumulativos para a sua incidência, bastando para o seu exercício que se dê preferência ao que é aceitável socialmente na visão de Parelman ou dentro da lógica do razoável de Recaséns Siches. O razoável é depreendido a partir da motivação racional, não havendo elementos previamente dispostos, o que se deve ter em mente é que se deve raciocinar a razoável duração do processo com a visão de que se faça o bloqueio do que é inaceitável ou arbitrário, gerando sempre resultantes de natureza negativa.<sup>11</sup>

O nosso sistema é, pois, um sistema aberto, consoante se denota da referência constitucional a “prazo razoável”, intuitiva da concessão de certa margem de discricionariedade no exame de sua ocorrência. O risco de ampliação do discricionarismo judicial, inerente à ausência de prazo legalmente fixado, fica, se não eliminado, bastante arrefecido pelo obrigatório respeito aos critérios a que se deve submeter cada caso concreto, a saber: a complexidade, o comportamento do acusado e sua defesa, a conduta dos agentes da persecução penal e outros que sejam juridicamente relevantes.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Conforme relata PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho**: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002. p. 108 e 205. Este autor, aliás, entende que, para maior eficácia do direito, o prazo deveria ser positivado e legalmente definidas as conseqüências jurídicas de seu descumprimento (op. cit., p. 349).

<sup>11</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.) et al. **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 289.

<sup>12</sup> “EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPROCEDÊNCIA. PROCESSO COMPLEXO. RAZOABILIDADE. A complexidade do processo, a envolver vários acusados, muitas testemunhas, residentes em comarcas distintas, entre outras peculiaridades, autoriza a extensão da instrução criminal além dos prazos processualmente fixados. Caso em que se identifica uma organização criminosa voltada para o tráfico de entorpecentes, com base territorial em vários Estados da Federação. Presente a razoabilidade na dilação temporal para a formação da culpa. *Habeas corpus* indeferido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 85679-PE. Relator: Ministro Carlos Britto. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 31 mar. 2006. p. 17).

Quanto aos prazos a serem obedecidos no processo com acusado submetido à segregação provisória, o princípio da razoabilidade precisa receber uma leitura matizada por pressupostos mais apertados. Somente poderá justificar o excedimento de prazo a circunstância para a qual tenha dado causa ou pelo menos contribuído a defesa.<sup>13</sup>

#### **1.4 Direito fundamental ao curso do processo penal em prazo razoável na perspectiva da sociedade**

Nada obstante constitua verdade absoluta que a sociedade é também titular do direito ao processo penal no prazo razoável, convém reafirmar esta premissa que muitas vezes é esquecida em nome de uma racionalidade apenas parcial do alcance do citado direito.

Temos, então, que reconhecer as duas ordens de titularidade do direito à duração razoável do processo: a primeira, bem delimitada em seus

---

<sup>13</sup> “Prisão preventiva: inequívoco excesso de prazo, não atribuível à Defesa, que sobrepuja os temperamentos admissíveis à luz do juízo de razoabilidade e prejudica eventual fundamento cautelar da prisão: liberdade provisória concedida: extensão aos co-réus (C.Pr.Penal, art. 580)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 86.233-PA, da 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 27 set. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, ano 80, n. 198, 14 out. 2005. Seção 1, p. 12).

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXCEDIMENTO DO PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA ALÉM DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. O art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, acrescido no ordenamento constitucional pela EC nº 45, insere no rol dos direitos fundamentais explícitos a garantia de rápida solução para o processo, estando fundada esta garantia no princípio do acesso à justiça. O direito fundamental à razoável duração do processo não depende de regulamentação, é de aplicação imediata e todos os litigantes podem exigir do Estado que os seus processos tramitem em prazo razoável. Tendo em conta tal regramento, refoge à razoabilidade a delonga injustificada, decorrente de dilações indevidas, do excedimento dos prazos legais e de paralisações sem previsão no procedimento legal, seja por parte do juiz e seus auxiliares, seja por parte dos litigantes e seus advogados, incluso o Ministério Público ou qualquer outro partícipe do processo. Causas externas ao processo, como o excesso de lides para julgamento, juízes em número suficiente, ausência do aparelhamento necessário à agilidade do processo, por exemplo, não justificam a demora, nem convalidam dilações indevidas. Assim, o excesso de prazo verificado na instrução de ação penal com réu preso, sem justificativa razoável para a demora, tampouco tendo a defesa concorrido a tanto, caracteriza constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do denunciado, sendo de rigor o relaxamento de sua segregação, assegurando-se-lhe o direito de responder ao processo em liberdade” (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Habeas corpus nº 2008.04.00.011795-9/RS, da 8ª Turma. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 30 abr. 2008. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 8 maio 2008. Disponível em:

<[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2243091&hash=816f9f25b015632a92925ac5e1a6d50c](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2243091&hash=816f9f25b015632a92925ac5e1a6d50c)>. Acesso em: 20 ago. 2008).

contornos e amplamente trabalhada pela doutrina,<sup>14</sup> concerne ao direito fundamental daquele que sofre os efeitos da persecução penal (indiciado ou réu); a segunda, que, destacando do *jus persecutio in juditio*, a titularidade emprestada pelo pacto social ao Estado, encontra na essência e na origem do referido direito a titularidade da sociedade, conferindo a esta, por conseqüência, com igual densidade normativa, o direito fundamental ao desfecho do processo penal em tempo razoável. A sociedade é a principal interessada na eficácia da resposta penal às condutas tidas por inconvenientes no âmbito da convivência comunitária. Não seria razoável sustentar-se que o titular originário do *jus puniendi* (a sociedade) não dispõe de meios eficazes de exercer este direito em relação ao Estado-juiz e que a demora do processo-penal, com a conseqüente impunidade, é irrelevante à sociedade e somente interessa às partes formais do processo.

A sociedade assume sempre a condição de vítima de qualquer delito, mas, ao mesmo tempo, tem interesse no resultado da atuação estatal refletida na tutela jurisdicional penal, enquanto conjunto de pessoas entre as quais encontram-se os possíveis autores de futuros delitos, convertendo-se, neste sentido, em destinatária da mensagem dissuasória que procura transmitir por meio da pena.

A pena aplicada ao cometimento do delito apresenta um fim de resposta positiva do direito penal à sociedade. Parece, portanto, indubitável que a tramitação célere do processo penal, para possibilitar a sua aplicação e execução, representa um interesse relevante do grupo social.

Este direito fundamental, titularizado pelo acusado e pela sociedade, é um corolário do dever punitivo do Estado em relação aos infratores da lei penal, a quem não é conferido, aliás, apenas o direito, mas também o dever de punir,<sup>15</sup> que se desdobra na atuação efetiva e eficaz de todos os agentes públicos implicados na persecução penal: autoridades policiais, Ministério Público e Poder Judiciário.

Na precisa lição de FELDENS,

O dever de proteção jurídico-penal impõe ao Poder Judiciário a prestação de uma tutela judicial efetiva, consistente na apreciação da causa em tempo hábil e razoável (art. 5º, inc. LXXVII, da CF) e, *em sendo o caso*, na punição de uma ofensa (a um direito fundamental) submetida a sua avaliação. Aqui o juiz há de ter

<sup>14</sup> O assunto é enfrentado com a profundidade necessária por Aury Lopes e Gustavo Badaró na obra **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>15</sup> Conforme MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1. p. 4.

presente as dimensões material e processual do dever de proteção, como reiteradamente têm assentado os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.<sup>16</sup>

Nesta perspectiva, é dever estatal buscar soluções para vencer a batalha do tempo, enquanto óbice à concretização do dever estatal de proteção.

Consoante lecionam LOPES e BADARÓ:

No que se refere ao Direito Penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se esta relação na medida em que pena é tempo e o tempo é pena. Pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, o tempo do castigo, no segundo, o tempo do perdão e da prescrição.<sup>17</sup>

Estando o tempo a propiciar a extinção da pretensão punitiva ou executória da pena aplicada, é natural que a demora converta-se em favor e proveito do réu, que, impossibilitado ou desinteressado muitas vezes de provar sua inocência, passa a contar com a delonga como estratégia defensiva.

Assim, a demora no processo penal é perversa para a sociedade e, na mesma medida, para o acusado, quando impede que se efetive o seu direito fundamental de ser julgado em prazo razoável. Para a sociedade, decorre o negativo reflexo da impunidade. A ausência de punição daqueles que desafiam as normas de convivência social, praticando delitos, revela a falência do próprio Estado Social e Democrático de Direito, caracteriza violação ao dever de proteção estatal, enquanto corolário do princípio da proporcionalidade e constitui incentivo à criminalidade.

BECCARIA, em lição antiga, mas sempre atual, realça o aspecto preventivo positivo, no seio da sociedade, da presteza da aplicação da pena, asseverando que:

quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da idéia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como causa da qual o castigo é o efeito necessário inseparável.<sup>18</sup>

De concluir-se, pois, que a demora do processo penal, além dos funestos prejuízos ao réu, abala a eficiência do Direito penal, na medida em que

<sup>16</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80.

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 9.

<sup>18</sup> BECCARIA, op. cit., p. 60.

frustra seus primazes objetivos, comprometendo a legitimidade social e a credibilidade do Poder Judiciário ao disseminar um senso de descrédito na atuação da justiça penal.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL, DO PROCESSO PENAL E AS TENDÊNCIAS PARA O DIREITO PENAL DO FUTURO

### 2.1 A função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Tratar criticamente do tema prescrição penal impõe uma breve incursão sobre as funções ou finalidades do Direito Penal, exatamente para que se possa situar o tema numa perspectiva de falibilidade sistêmica e de eventuais danos sociais que a extinção da pretensão punitiva ou executória decorrente da demora na persecução penal pode criar.

Antes de mais nada é preciso ficar assentado que a *função* ou *finalidade* do Direito Penal deve ser analisada a partir da própria compreensão do fenômeno jurídico. Buscando esta compreensão do direito enquanto categoria histórico-cultural, WOLKMER observa que

o direito deve ser compreendido não só como um valor cultural, mas, sobretudo, como a manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico que, mediante um sistema de regulação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade.<sup>19</sup>

A concepção democrática do Direito Penal o conduz para uma finalidade precípua de garantir a convivência pacífica entre os indivíduos que compõem o grupo social. Para garantir esta convivência social pacífica e harmônica, precisa proteger os cidadãos e os bens jurídicos que lhes são importantes e necessários: vida, integridade física, propriedade, liberdade de autodeterminação etc. Sobretudo, deve o Direito Penal ser um instrumento a serviço das necessidades dos seres humanos. Como bem asseverou MIR PUIG:

*En un Estado Social y democrático de Derecho como el que consagra a Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al Derecho Penal una función de prevención limitada de delitos, entendidos éstos com hechos*

---

<sup>19</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 139.

*dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos.*<sup>20</sup>

O primordial desiderato do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, por meio da proteção dos seus bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, o meio ambiente hígido, a ordem econômica e financeira, as relações de trabalho, a seguridade social, enfim, tudo quanto possa satisfazer uma necessidade individual ou coletiva.<sup>21</sup> Esses valores da vida individual e coletiva, representativos da consciência comum social, são erigidos à categoria de bem jurídico valioso, passando a merecer a proteção do Direito Penal, meio interventivo estatal qualificado como o mais severo dos que podem afetar aos particulares.

Nesta perspectiva, atuam como limitadores da incidência penal os princípios da *lesividade*: somente são passíveis de proteção penal aqueles bens jurídicos que não são passíveis de proteção por outro ramo do direito; da *necessidade*: a tutela penal se exerce na medida do estritamente necessário para a proteção dos bens jurídicos tuteláveis; e da *fragmentariedade*: a proteção somente se exercerá em relação a bens jurídicos ameaçados por violações consideradas socialmente intoleráveis.

CIRINO DOS SANTOS observa, no entanto, que a definição do desiderato de “proteção dos interesses e necessidades (conhecidos como valores) essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade” deve atender a certas condicionantes, tais como “as noções de *unidade* (e não de divisão) social, de *identidade* (e não de contradição) de classes, de *igualdade* (e não de opressão) individual”.<sup>22</sup> A propósito desses pressupostos, observa BATISTA, com relativa pertinência, ser “inegável que numa sociedade *dividida*, o bem jurídico, que opera nos limites entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe”.<sup>23</sup> E arremata criticamente ressaltando que, numa sociedade dividida em classes, “o

<sup>20</sup> MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006. p. 334.

<sup>21</sup> Bem jurídico é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 43).

<sup>22</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 23.

<sup>23</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 116.

direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’ ou ‘estados sociais’ ou ‘valores’) escolhidas pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução destas relações”.<sup>24</sup>

No Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. “É só por esta via – e só por ela, em definitivo – que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com a dignidade jurídico-penal”, conforme ensina FIGUEIREDO DIAS.<sup>25</sup>

Nesta linha, pontifica a doutrina moderna a legitimação constitucional do Direito Penal. Consoante leciona FELDENS:

O discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre a adaptação material à Constituição. Ambos compartilham, entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual a Constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal. E o faz com exclusividade, porquanto ordenamentos jurídicos a exemplo do nosso, onde se adota, a partir da Constituição normativa, um conceito formal de lei, apenas da Constituição haveriam de provir restrições *previamente dadas* ao legislador, uma vez certo que apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo.<sup>26</sup>

Embora seja vã a expectativa de que o Direito Penal possa reunir condições de trazer solução para os problemas da criminalidade crescente,<sup>27</sup> que, certamente, estão na dependência de outras medidas e fatores que não lhe são afetos, aprez ressaltar, frisando o aspecto funcionalista do Direito Penal, que sua legitimidade está jungida a um raciocínio conseqüencial utilitarista. Reflete a concreta densidade das suas repercussões sociais; tanto mais legitimidade auferirá

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 48.

<sup>26</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

<sup>27</sup> MIR PUIG assevera que: “*El aumento de la seguridad ciudadana ha de buscarse por otra vía previa, la de una política social adecuada. Este camino es, como todo camino democrático, más difícil, pero también el incho que conduce a soluciones a largo plazo. No se trata de ponerle un parche doloroso al presente, sino de que el mal de hoy sirva de acicate para construir un futuro mejor*” (Op. cit. p. 52).

quanto maior for a sua capacidade de “produzir conseqüências desejadas e evitar as indesejadas” no mundo dos fatos, alcançando empiricamente os fins almejados de proteção social. Do contrário, constituirá apenas um ônus à sociedade, um dispêndio sem proveito prático, uma falsa promessa de proteção aos bens jurídicos fundamentais da sociedade.

## 2.2 O fundamento preventivo geral positivo e integrativo da pena

A discussão sobre a função do Direito Penal está interligada com o debate sobre as finalidades da pena. Como bem observa BATISTA,

discutir os fins do direito penal deveria ser, portanto, discutir os fins da pena – e, no entanto, não é. Quando se fala nos fins (ou ‘missão’) do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso *antes do crime*; quando se fala nos fins (ou objetivos ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso *depois do crime*/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal *defende* (a sociedade), *protegendo* (bens, ou valores, ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas); ser-lhe-á um cunho *propulsor*, e a mais modesta de suas virtualidades estará em resolver casos. (...) os fins assinalados se projetam predominantemente na relação pena-sociedade e se apresentam como um ‘sinal social positivo’, que abrange sua funcionalidade, utilidade e dignidade.<sup>28</sup>

MORILLAS CUEVA resenhou com clareza a imbricação entre a missão do Direito Penal e os fins da pena:

*Se deduce de todo ello la necesidad de reconocer **la misión protectora de bienes jurídicos como básica y la misión preventiva como la racional para conseguir la primera**. Se quiere decir que la función preventiva es el modus operandi que el Derecho penal tiene para cumplir su misión de protección. Aquí se empieza a identificar la función del Derecho punitivo con la función de la pena y la medida de seguridad. Cuando en Derecho penal se habla de prevención ésta se entiende con una doble proyección: **prevención general** (influencia sobre los potenciales autores del delito) y **prevención especial** (actuación sobre los sujetos ya autores de delito). En la operatividad de ambas se consolida la función preventiva.<sup>29</sup>*

Parece indubitável a total incompatibilidade dos fundamentos da prescrição penal com as teorias absolutas da pena, alicerçadas na idéia de

<sup>28</sup> BATISTA, op.cit., p. 111.

<sup>29</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Curso de Derecho Penal Español**. Parte General. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 53-54.

retribuição (natureza meramente *retributiva*), porquanto não haverá de ser o decurso de tempo que vai neutralizar este caráter, vale dizer, por mais tempo que medeie entre o fato criminoso e a reprimenda ou sua execução, não fica afastada a necessidade de expiação, de castigo ao infrator da lei penal. O instituto da prescrição está afinado com o caráter de prevenção inerente à pena (teorias relativas e mistas). O tempo, aí sim, faz com que a função preventiva se torne inócua e justifica a extinção do *jus puniendi* ou do *jus exeqüendi*, caso não exercidos nos prazos legalmente estabelecidos. A prevenção, traduzida na pena, precisa ocorrer em tempo razoável, senão deixará alcançar o desiderato inibitório de futuras condutas criminosas.

A orientação estabelecida pela legislação penal brasileira coincide com a teoria mista, consoante se pode verificar da redação do art. 59 do Código Penal, quando assenta “conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação* e *prevenção* do crime”, aderindo expressamente a uma concepção resultante da conjugação das teorias preventivas e repressivas.

Abstraída toda a discussão doutrinária, com desenvolvimento secular, sobre as finalidades da pena (teorias absolutas, relativas e mistas ou conciliadoras), que refoge ao âmbito do presente trabalho, destaca-se apenas que a teoria da prevenção geral cuja racionalidade funda-se na idéia de efeito preventivo frente à comunidade. A prevenção geral negativa reconhece valor na eficácia dissuasória da pena em relação a potenciais delinquentes. A prevenção geral positiva investe no fortalecimento da confiança dos membros comunitários na capacidade de aplicação da lei penal e de sua execução, na fé na ordem jurídica. O efeito integrativo estaria na pacificação do conflito existente entre a comunidade e o infrator da lei penal.

Hodiernamente, têm recebido da doutrina penalista atenção especial as citadas teorias relativas *preventivo geral* e *integrativo* da pena. A propósito, reporto-me ao escólio de FIGUEIREDO DIAS:

O momento inicial (e decisivo) de fundamentação da pena repousa numa idéia de prevenção geral positiva ou de integração... A pena, quer isto dizer, só ganha justificação a partir da necessidade de protecção de *bens jurídicos*; e, nesta medida, logo uma qualquer teoria “absoluta” dos fins da pena, de caráter metafísico e de cunho puramente retributivo e expiatório, fica fora de questão. Mas, por outro lado, também não está aqui presente uma concepção de prevenção geral meramente negativa ou de

pura intimidação, de dissuasão a qualquer custo, a cada passo susceptível de descambar num “direito penal de terror”. Está presente, diferentemente, uma prevenção de cariz positivo e integrado, na qual a intimidação actua só dentro do campo marcado por certos orientamentos culturais, por *stantarts* ou modelos éticos-sociais de comportamento que a pena visa reforçar, em vista de uma eficaz defesa da ordem jurídica. Numa palavra: finalidade primária e irrenunciável da pena, num Estado de direito democrático, deve ser a conservação ou reforço da norma violada pelo crime, com modelo de orientação do comportamento das pessoas na interacção social.<sup>30</sup>

É exatamente esta finalidade da pena que justifica uma mudança de postura dos aplicadores do direito penal em relação à extinção da pretensão punitiva ou executória da pena em razão da prescrição penal. Os efeitos *preventivos* e *integrativos* estão intimamente relacionados com a aplicação judicial da pena.<sup>31</sup> São, portanto, assegurados pelo Poder Judiciário. Na medida em que este não concretiza as finalidades da pena, permitindo ou colaborando para que ocorra a prescrição, frustra-se a expectativa comunitária expressada na ordem jurídica.

### **2.3 Tendência do Direito Penal no modelo político de Estado Democrático de Direito**

As características do Direito Penal estão intimamente atreladas à política geral adotada pelo respectivo Estado, que vai refletir-se na política criminal que mantém em um dado momento histórico. Consoante afirma MIR PUIG: “*La política criminal de un determinado país entronca directamente con los principios de su organización política*”.<sup>32</sup> Por isso, fala-se em Direito Penal do Estado Constitucional. Inegável é, no entanto, o influxo das normas de natureza internacional, como as convenções, tratados e declarações de direitos humanos fundamentais, e, de rigor, dos princípios jurídicos e dos postulados das correntes internacionais, no que se pode hoje chamar tendência de globalização do direito penal.

<sup>30</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em Direito Penal Económico. In: **Direito Penal Económico**. Centro de Estudos Judiciários. Ciclo de Estudos. Coimbra, 1985. p. 23.

<sup>31</sup> A função de prevenção geral *negativa* corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de *retribuição* e a função de prevenção geral positiva correspondem à *aplicação judicial* da pena, e a função de *prevenção especial positiva e negativa* corresponde à execução da pena (Cf. CIRINO DO SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 13-14).

<sup>32</sup> MIR PUIG, op. cit., p. 3.

Se fosse possível cogitar de um modelo de política criminal globalizado, e destacar sua essência, chegar-se-ia à conclusão que o seu traço marcante é a tendência de superação dos *sistemas garantistas* em nome dos *sistemas de segurança dos cidadãos*.

Sob esse pretexto, a inclinação globalizada e incorporada por boa parte dos Estados modernos, enquanto política criminal e expressão de suas legislações penais internas, é de *expansão* da intervenção do Direito Penal, até mesmo como resposta às novas características reveladas pela moderna criminalidade, criativa e inventiva de novas formas de riscos à complexidade emergente de valores sociais, reclamando maior proteção. Ainda que com temperamentos e a passos ainda lentos parece que caminhamos, não sem riscos futuros, para um direito penal de severidade tal que o delinqüente já não será visto a partir de um *status* de cidadão titular e detentor de direitos e membro da sociedade, mas sim de elemento pernicioso e que precisa ser tratado como “diferente”. Na observação de MIR PUIG:

*Los principios del Derecho penal garantista siguen dominando la doctrina (más que la legislación) del Derecho penal actual, tanto en España como en los demás países de la Unión Europea. Pero en la evolución de las legislaciones penales de todos los países occidentales van apareciendo elementos que contradicen aquella concepción y van llevando al Derecho Penal al camino contrario: al camino de su ampliación y de su endurecimiento.*<sup>33</sup>

A propósito, impende observar que o incremento dos incontroláveis riscos sociais criados pela ação do homem, na chamada “sociedade de risco”, de que fala BECK,<sup>34</sup> ameaçando a própria existência humana, coloca em cheque a atuação e os alicerces do Direito Penal, muito mais por ineficácia dos instrumentos de que dispõe para o combate das novas modalidades delitivas decorrentes, como sustenta HASSEMER,<sup>35</sup> em sua teoria do “Direito de Intervenção”, do que por

<sup>33</sup> Ibidem, p. 8-9.

<sup>34</sup> BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo**: hacia una nueva modernidad. Paidós, 1998.

<sup>35</sup> HASSEMER sustenta a necessidade de se distinguir entre a tutela penal dos bens jurídicos individuais, reservada ao direito penal clássico, e a tutela jurídica dos bens jurídicos que nomina de institucionais ou difusos, a estes propondo a criação de um “Direito de Intervenção”, que permitiria tratar de maneira diversa e mais adequada os problemas para os quais o direito penal clássico somente concebe tratamento forçado. Então, para não sobrecarregar o direito penal clássico com os riscos de lesões a bens jurídicos não individuais, para as quais não está aparelhado, sugere um direito de intervenção com características mais amenas e sanções menos intensas aos indivíduos, civis ou administrativas (HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para

qualquer dúvida que se possa lançar sobre a necessidade de sua intervenção para a tutela dos novos bens jurídicos de natureza supra-individual por estes riscos ameaçados.

A expansão do direito penal constitui um fenômeno inerente à sociedade pós-moderna, pós-industrial, caracterizada, dentre outros fatores, pela aceleração, a instantaneidade das relações, a imprevisibilidade, o surgimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o incremento da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macro-social.<sup>36</sup> Todos estes fatores são potencializados pela ausência da atuação estatal na garantia dos direitos sociais.

De fato, diante da imprevisibilidade e da incontrollabilidade dos riscos e dos seus efeitos, como assevera FERNANDES, “se torna difícil legislar em termos de os prevenir, ou – o que se torna tarefa verdadeiramente inglória – de os reprimir”. E arremata o referido autor:

Escusado será tentar adivinhar que a consequência deste estado de coisas na comunidade é acima de tudo o sentimento de insegurança. Sentimento de insegurança que é real, emergente da própria sociedade de risco de per si; mas também sentimento de insegurança potenciado por uma ênfase dos meios de comunicação social, não fosse essa também uma sociedade de informação, onde os *media*, ‘transmitem uma imagem da realidade em que o distante e o próximo têm uma presença quase idêntica na representação do receptor da mensagem. Isso dá lugar, em algumas ocasiões, directamente a percepções inexactas; e em outras, em geral, a uma sensação de impotência’. Uma impotência que se aprofunda cada vez mais quando se faz a radiografia da situação e se conclui que o económico, nesta sociedade, predomina sobre o político, que se reforça a criminalidade organizada e que existe uma descrença nas instâncias de protecção. O mais irónico é que o homem da rua espera protecção. E espera-a justamente do direito penal.<sup>37</sup>

Irrefutável a tendência atual do direito penal, ao menos nos sistemas

---

una Teoria de la Imputación en Derecho Penal. Trad. espanhola de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Días Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999).

<sup>36</sup> Cfe. SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 21 e ss.

<sup>37</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**: Panorâmica de Alguns Problemas Comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 21-22.

européus, revelando um viés de “endurecimento” – não isento de críticas<sup>38</sup> e merecedor de temperamentos quando se trata da nossa realidade criminal<sup>39</sup> –, é preciso que juristas e a sociedade redobrem a atenção para os riscos maiores do chamado “terrorismo penal”. O que se deve buscar, de forma incessante e com fundamento arrimado na Constituição, vale dizer, com eficaz proteção dos bens jurídicos valiosos à sociedade e sem prejuízo dos direitos e garantias do acusado, é a efetividade do direito penal, para que se justifique a sua existência (quase um mal necessário) e se consagrem seus ideais de pacificação social.

Como bem e criticamente observa CANCIO MELIÁ, refletindo o pensamento da doutrina penalista internacional, é preciso cautela com o ressurgimento de um direito penal com “efeitos meramente simbólicos”, utilizado por agentes políticos populistas, que usam o punitivismo visando a dar “a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”.<sup>40</sup> Entre nós, no mesmo sentido, vale destacar a opinião de CALLEGARI:

A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação para que o Estado aumente sua “potestade”, ampliando seu espectro de controle penal (através da criação de novos tipos penais e aumento de pena – no caso do Direito Penal material) na luta contra a criminalidade suprimindo direitos e garantias ao ponto de admitir-se a perda do *status* de pessoa, como defende

<sup>38</sup> Refletindo o ideário garantista tem-se, por todos, a posição de seu expoente maior, LUIGI FERRAJOLI: “*Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización a los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños a bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido ‘engaño de las etiquetas’ consistente en llamar ‘administrativas’ sanciones que son substancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal*” (Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli-bens-minimo.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2008).

<sup>39</sup> Consoante observa APONTE, “*desde América Latina se mira con extrañeza las tendencias que hoy parecen abrirse paso en algunos países de Europa, relacionadas con el impulso a legislaciones antiterroristas y contra el crimen organizado, que constituyen en realidad, formas del derecho penal de enemigo. Mientras en nuestro continente se lucha para ajustar el derecho penal y procesal penal a los lineamientos constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos, en países que han ejercido influencia desde hace años en nuestras naciones, se experimenta con sistemas autoritarios*” (APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 28).

<sup>40</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57-9.

Jakobs.<sup>41</sup>

No mesmo sentido o escólio de AMARAL, ao pontificar que a busca do ideal de segurança não pode operar mudanças no paradigma constitucional de liberdade e nos fundamentos de legitimidade do Estado Democrático de Direito, com aumento ilimitado dos poderes estatais e redução de direitos e garantias.

O fortalecimento do aparato estatal e a expansão do direito penal surgem como meios de dar uma (aparente) solução ao problema da criminalidade e à necessidade de segurança. Embora seja legítima e verdadeira, a demanda social de proteção não pode justificar a submissão dos cidadãos ao controle absoluto do Estado, já que a transformação – operada pela mídia e pelo aparelho governamental – “do desejo de segurança” em “desejo de punição” atua somente no campo simbólico, não se traduzindo em efetiva diminuição da criminalidade.<sup>42</sup>

De qualquer sorte, parece coerente reconhecer que, com os temperamentos necessários, sempre na perspectiva de preservação de direitos e garantias do acusado e evitando-se o exagero do “direito penal do inimigo” ou do “direito penal do terror”, se adotem medidas de política criminal tendentes a proporcionar ao direito penal maior eficiência e resultados dissuasórias, a fim de conferir a necessária proteção à sociedade, especialmente das gerações futuras, pois, como bem assinala FIGUEIREDO DIAS,

não valerá a pena (...) o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa.<sup>43</sup>

Um aspecto, entretanto, é indubitável: a hiperinflação legislativa na esfera penal e a conseqüente criação de novos tipos penais e aumento de penas, caminho que o Estado elegeu para suprir a sua ausência na solução dos problemas sociais, sem aparentemente perder a legitimidade, além dos riscos já referidos, acarreta uma insustentável situação para a administração da justiça penal. O

---

<sup>41</sup> CALLEGARI, André Luís. Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

<sup>42</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. a. 11, n. 15-16, 1<sup>o</sup>/2<sup>o</sup> sem. 2007, Revan, p. 297.

<sup>43</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Estudos em Homenagem ao Doutor Rogério Soares**, no prelo, p. 13.

incremento do número de ilícitos penais (hipertrofia penal) gera uma plethora invencível de processos criminais, tornando a prestação jurisdicional (tutela penal) excessivamente demorada. Insuficiente a estrutura judicial, o resultado é prescrição penal, impunidade e descrédito no sistema judicial criminal.

#### 2.4 A função do Direito Processual Penal

O Direito Penal, assim idealizado e matizado pela axiologia constitucional, é instrumentalizado pelo Processo Penal. Este, por sua vez, consoante a doutrina moderna, cumpre dupla função: promover a justiça social viabilizando a aplicação da lei penal e garantir os direitos do processado. Atua “como meio de tutela do interesse social de repressão da delinquência, e como meio de tutela do interesse individual e social de liberdade”.<sup>44</sup>

Nada obstante o registro de respeitáveis entendimentos que atribuem ao processo a única função de instrumento de garantia dos direitos e garantias individuais contra os atos abusivos do Estado,<sup>45</sup> parece ser mais adequado vincular o processo penal, a *latere* da função instrumental de conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais, ao ideal de justiça, de busca da verdade real e de restauração da paz social.

A realidade do processo penal moderno, a exemplo do que ocorre com o Direito Penal, é cambiante e flexível, com mais ou menos amplitude do *status libertatis* e do exercício das garantias defensivas do indiciado, conforme o momento histórico. Veja-se, por exemplo, que em tempos recentes, com a deflagração de inúmeras operações policiais permeadas por violações de direitos fundamentais, passou-se a exigir maior rigorismo na prática dos atos processuais que corporificam as investigações prévias e os inquéritos policiais. Quebra de sigilo, sigilo das investigações, amplitude defensiva etc, são institutos processuais que têm seus contornos submetidos ao influxo das contingências sociais do momento. Assim,

---

<sup>44</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. v. I. Tradução da 3ª ed. italiana (1949) por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 251.

<sup>45</sup> AURY LOPES JR. sustenta que se deve “definir o fundamento legitimante da existência de um processo penal democrático, através da *instrumentalidade constitucional*, ou seja, o processo como instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas” (LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2).

parece ser indubitável a interferência social no processo penal.

E o nosso momento histórico impõe maior preocupação com a eficácia da tutela penal. A impunidade, notadamente pela demora no trâmite do processo penal, com o conseqüente perecimento do direito estatal de punir ou executar pena porventura infligida ao autor do fato criminoso, impõe um repensar do processo e das tendências que exacerbam as iniquidades (seletividade da justiça, por exemplo) e reforçam o despreço à lei penal. É preciso inovar, buscar modernas tecnologias que tenham a aptidão de tornar a prestação jurisdicional mais célere e menos onerosa, consentânea com as contingências da realidade social, sempre cambiante e marcada pela fluidez e instantaneidade das relações. As modernas concepções processuais instrumentalistas demandam também a readequação de entendimentos jurisprudenciais forjados em outros momentos históricos, hoje obsoletos e ultrapassados.

As garantias processuais precisam ser conciliadas às inovações tecnológicas. Caberá aos operadores do direito criar e utilizar novas vias tecnológicas, especialmente as da informática, para alcançar um processo que seja justo, nos fins e nos meios, com eficiência e preservação de garantias. Estas, deverão passar por uma releitura, de forma a encontrar sua perfeita adaptação aos tempos atuais e às modernas necessidades do *processo de resultados*. O processo virtual, o interrogatório por vídeo conferência, as novas modalidades de cooperação e assistência internacional em matéria penal, apenas para exemplificar, são instrumentais colocados a serviço da agilidade do processo penal, que precisam ser urgentemente implementados.

É preciso, ademais, refletir profundamente sobre a legitimidade social das tendências hipergarantistas que se colocam a serviço da impunidade. Consulte-se a lição de BALTAZAR JUNIOR:

Mas os direitos fundamentais, como quaisquer outros, não são ilimitados, encontrando barreiras no interesse coletivo na segurança, dentro do qual está contida a idéia de uma persecução criminal minimamente eficaz, até para que a sociedade sinta que os bens jurídicos, aquilo que se pretende proteger com o direito penal, merecem atenção por parte do Estado. Assim também o direito de defesa do acusado, quando exercido de forma abusiva, pode ser limitado, para que se alcance um mínimo de eficácia da Justiça Penal. Com isso o que se quer dizer é que também a Justiça Penal, como serviço público, deve ser eficiente. Claro está que a eficiência da Justiça Penal não é medida, de forma

simplista, pela quantidade de condenações por ela imposta. Mas quanto maior for o número de fatos delitivos que não são noticiados, investigados e julgados - com condenação se existir prova para tanto – mais ineficiente é a Justiça Penal. Em consequência, maior a descrença dos cidadãos no Poder Judiciário e menor a sensação de que aqueles bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal estão sendo objetos de uma atenção positiva por parte do Estado.<sup>46</sup>

A propósito, urge esclarecer, para evitar maniqueísmos indevidos, que a expressão hipergarantismo é manuseada como representativa de uma resposta à corrente doutrinária que confere ao garantismo um sentido distorcido da sua essência e limitador de seus verdadeiros enunciados, também voltados à proteção e à segurança comunitária.

É imperioso que os operadores do direito pensem o *garantismo*, enquanto irrefutável necessidade de preservação dos direitos fundamentais, superando a visão monocular que o limita apenas à defesa dos litigantes contra os abusos do Estado.<sup>47</sup> Ao garantismo constitucional, no Estado Democrático de Direito, cumpre o papel de impor ao legislador a concepção de instrumentos hábeis a garantir (assegurar) a tutela dos direitos fundamentais, quer sejam as ameaças derivadas da atuação do Estado, quer sejam oriundas de particulares, e em relação a estas dotar o processo de instrumentos capazes de tornar eficaz a tutela penal representativa da proteção constitucionalmente exigida. Ao invés de *hipergarantismo* seria melhor utilizar a expressão *garantismo parcial* ou *subgarantismo*.

FELDENS, neste sentido, observa que, para ser coerente e eficaz, o sistema de garantias deve operar frente ao poder, sem adjetivos, afinal pouco importa a natureza jurídica do agressor. Criticamente à visão restritiva do garantismo, apregoa um modelo garantista integral, que corresponda à

<sup>46</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Hipergarantismo e Impunidade. **O Sul**, Porto Alegre, 3 maio 2007.

<sup>47</sup> Em análise crítica, FELDENS observa que a teoria de Ferrajoli, amplamente adotada no Brasil, serve-se de uma concepção *unidirecional*, “onde os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia meramente negativa (funcionando como direitos oponíveis contra o Estado), e tem-na como suficiente para sustentar sua concepção de garantismo penal”, limitado a “uma visão pessimista do poder, entendendo-o, sempre, como um mal”. Olvida, portanto, a “multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais”. E conclui: “Daí porque o discurso penal de Ferrajoli não se confunde com o garantismo. Ou pelo menos com ele não se confunde totalmente. Dizendo de outro modo: embora exista garantismo em Ferrajoli, o garantismo não se reduz à compreensão que dele faz Ferrajoli” (FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-70).

*multifuncionalidade* dos direitos fundamentais.

Um modelo que se mantém fiel à tradicional função dos direitos fundamentais como barreiras à atuação estatal, mas que agrega a essa a condição a função protetiva que o Estado há de exercer, em determinado ponto ou medida, a esses mesmos direitos fundamentais, em face de reais ameaças do poder privado.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-64.

### 3 BREVE DIAGNÓSTICO DA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E DA JUSTIÇA CRIMINAL

#### 3.1 Crise que se confunde com a do Estado

O Poder Judiciário, como Poder de Estado, não fica imune à crise que assola o próprio Estado, atingindo a todas as suas instituições.

A crise do Estado resulta no comprometimento das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário e reflete-se diretamente na falta de efetividade e eficácia do processo, instrumento pelo qual o Estado soluciona os conflitos de interesse, substituindo-se à vontade das partes. A mudança dos paradigmas da atuação estatal gera vazios de intervenção que impulsionam ao Poder Judiciário uma gama invencível de demandas. O Estado, por outro lado, quanto à função jurisdicional, não conta com as mesmas condições de dinamicidade e agilidade para desincumbir-se ou simplesmente transferir seus misteres jurisdicionais aos setores privados, como ocorre em outros serviços, impedido que está pelo monopólio estatal da prestação jurisdicional que lhe confere a Constituição.

Na expressão de BAUMAN,

a crise do Estado está vinculada à separação entre o poder e a política. Grande parte do poder de agir antes disponível ao Estado moderno, agora se afasta na direção de um espaço global, extraterritorial e politicamente descontrolado no âmbito da dimensão planetária. A ausência de controle político transforma os poderes recém-emancipados numa fonte de incertezas, enquanto a falta de poder torna as instituições políticas existentes e seus empreendimentos cada vez menos relevantes para os problemas existenciais dos cidadãos. Os órgãos do Estado se obrigam a “abandonar”, “transferir”, “subsidiar” ou “terceirizar” um volume crescente de atribuições que desempenhavam até então. Abandonadas pelo Estado, estas funções são assumidas pelas forças do mercado, notoriamente volúveis e inerentemente imprevisíveis, ou são deixadas para a iniciativa privada e aos cuidados dos indivíduos.<sup>49</sup>

HOMMERDING, em diversa mas precisa abordagem, parametrizando a crise do Poder Judiciário, do Estado, da Constituição e do

---

<sup>49</sup> Cfe. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 8.

processo, afirma que

não é uma crise autônoma e com características exclusivas de suas próprias cultura e estrutura. É uma crise ligada às condicionantes culturais, históricas, políticas e econômicas que imperam no Brasil e no mundo. A crise do Judiciário traduz a crise de expansão e crescimento da sociedade, e da desestabilização dos Poderes entre si, decorrente da expansão da ação do Estado, especificamente do Poder Executivo, nas esferas econômicas tradicionalmente reservada à atuação dos monopólios e grupos econômicos organizados.<sup>50</sup>

O certo é que, com essas influências institucionais, históricas, políticas e culturais, a demora do processo penal, embora não se conheça um tempo em que o processo tivesse andado muito mais rápido – talvez nisso resida o equívoco de falar em “crise” – agravou-se atingindo níveis insuportáveis e conseqüências nefastas ao tecido social, sobretudo no que concerne e afeta a falta de efetividade do Direito Penal.

Uma mirada mais profunda nesta problemática permite ver que a chamada “crise da administração da justiça” decorre da conjugação de vários elementos constitutivos, exigindo, ao mesmo tempo, reformas de ordem estrutural e administrativa, implementação de políticas de governo, alterações de natureza instrumental (do sistema processual penal), e a definição de uma política criminal consentânea com os ideais de agilização do processo. É preciso, sobretudo, vontade política, que, até o presente momento, mercê de tudo o que se fez em termos de reforma, não ficou ainda evidenciada.

### **3.2 O Poder Judiciário é operoso, mas ineficiente**

O Poder Judiciário como um todo apresenta uma produção enorme, muito acima de sua capacidade, mas não rende o suficiente para dar solução a plethora de processos que lhe são submetidos à apreciação. Ninguém ignora os dados estatísticos a evidenciar a operosidade da nossa justiça.

Apenas para ilustrar, trago a lume dados estatísticos sobre os processos distribuídos e julgados no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No ano de 2006, o TRF4 julgou mais do que o total de processos distribuídos. Entre janeiro

---

<sup>50</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo *versus* substancialismo”. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 57, jan./abr. 2006, p.37.

e dezembro, foram julgados 107.102 processos e recebidos 91.776 recursos contra decisões da primeira instância da Justiça Federal. O ano de 2007 terminou, novamente, com saldo positivo para o referido tribunal. Entre janeiro e dezembro, a Corte julgou 100.904 processos. No mesmo período, foram protocoladas 96.839 ações judiciais. Esses dados revelam que, para cada 100 processos distribuídos em 2007, o TRF da 4ª Região julgou 104,2, o que permitiu a redução da quantidade de processos em tramitação nas nove turmas especializadas. Em comparação com 2006, houve uma redução de 8,6% no número de processos em tramitação (eram 132.376 no final daquele ano). Essa redução vem acontecendo desde 2005, quando havia 157.057 ações em tramitação, representando uma diminuição de 23% no período.<sup>51</sup>

No ano de 2006, a 4ª Seção do TRF da 4ª Região (7ª e 8ª Turmas e Seção especializadas em matéria penal) julgou 4.463 processos.<sup>52</sup> Trata-se de um número bastante elevado para uma composição de seis desembargadores, considerando que a matéria penal é complexa e os processos extremamente trabalhosos, sendo os votos elaborados quase que artesanalmente.

A comprovar a operosidade do Poder Judiciário na área penal, tem-se o número imenso de mandados de prisão que pendem de cumprimento pelas autoridades policiais e os presídios superlotados. Mas, ao lado destes dados, tem-se também uma incidência grande de casos de prescrição penal, a denunciar a necessidade de se conferir maior agilidade à justiça criminal.

Assim, o diagnóstico de lentidão, embora não seja representativo de falta de operosidade, acaba se justificando diante da impotência revelada pelo saldo de processos e, na órbita penal, pelo número significativo de casos de extinção da pretensão punitiva e executória do Estado em razão do decurso dos prazos prescritivos sem que tenha se encerrado o processo com caráter de definitividade ou executada a pena aplicada.

---

<sup>51</sup> TRF da Região Sul julgou mais de 100 mil ações em 2006. **Portal da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 9 jan. 2007. Notícias. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/noticias/noticia\\_detalhes.php?id=5299](http://www.trf4.jus.br/trf4/noticias/noticia_detalhes.php?id=5299)>. Acesso em: 18 ago. 2008; TRF4 julgou mais de 100 mil ações judiciais em 2007. **Portal da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 9 jan. 2008. Notícias. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/noticias/noticia\\_detalhes.php?id=5640](http://www.trf4.jus.br/trf4/noticias/noticia_detalhes.php?id=5640)>. Acesso em: 18 ago. 2008.

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Relatório Anual de Atividades – 2006**. p. 103.

Pode-se concluir, pois, que o bom desempenho em termos de tempo médio de duração dos processos não tem sido suficiente para que a prestação jurisdicional na esfera penal se consuma em tempo hábil, demandando o problema uma análise mais ampla do sistema penal e a busca de soluções que contemplem outras variáveis implicadas.

### 3.3 Ausência de indicadores precisos de acesso à justiça: estatísticas de atuação da justiça penal

As estatísticas da Justiça constituem um instrumento precioso não só de informação ao público em geral, aos operadores do direito e aos pesquisadores, mas sobretudo de gerenciamento do próprio sistema. Assim, a estatística, embora não constitua um fim em si mesma, representa um instrumental de importância singular para que se possa, com racionalidade, buscar soluções para o problema da lentidão da justiça.

Uma primeira passada de olhos mais aprofundada sobre o problema da lentidão da justiça desvela um déficit sério de identificação das suas variáveis. Não é possível estabelecer um diagnóstico preciso de localização e intensidade do problema do atraso no processo ante a ausência de dados estatísticos compilados sobre o tempo gasto pelas diversas unidades judiciárias para a solução definitiva da lide, do ajuizamento até o arquivamento do processo.<sup>53</sup> O desconhecimento do problema em toda a sua intensidade torna realmente difíceis as soluções.

Um dos problemas mais graves da estatística do desempenho do Poder Judiciário brasileiro reside no fato de persistir a tendência, hoje modernizada pelas novas tecnologias de ponta, de se medir o desempenho de forma

---

<sup>53</sup> A taxa de congestionamento corresponde à diferença entre os processos entrados e os que receberam sentença durante o período em estudo. Dá uma idéia de proporção dos processos “parados”, auxiliando na medição da morosidade. É um dado estatístico que não revela a real localização do problema, embora possa ter alguma serventia, mormente para nortear a necessidade de instalação de novas varas. Desconsidera, por exemplo, que nas execuções fiscais os processos ficam sobrestados ou arquivados administrativamente e, portanto, permanecem ativos na composição do acervo que está aguardando sentença, sem que a sentença, no entanto, possa ser proferida. Em 2006, na Justiça Federal da 4ª Região, a taxa de congestionamento era de 47,03% no 2º grau e de 61,60% no 1º grau. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**: indicadores estatísticos do Poder Judiciário – Ano 2006. p. 33-4. Disponível em: <[http://serpensp2.cnj.gov.br/justica\\_numeros\\_4ed/RELATORIO\\_JN\\_2006.pdf](http://serpensp2.cnj.gov.br/justica_numeros_4ed/RELATORIO_JN_2006.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2008).

individualizada, sem possibilitar a visão do sistema e a tomada de decisões num plano mais abrangente.

Numa perspectiva mais ampliada e de quem está fora do sistema, pode-se referir o relatório do Banco Mundial sobre o desempenho do Poder Judiciário (2005), refletindo a constatação de que as estatísticas de gestão existentes no Brasil exigem melhorias consideráveis para que possam atender à sua função de auxiliar na identificação de problemas e suas causas, na análise de mudanças de padrões na demanda e na adequação da resposta da organização, e no desenvolvimento de propostas de reformas.<sup>54</sup>

A ausência de dados compilados gerais e de visão na perspectiva do sistema, que dificulta o diagnóstico dos reais pontos de estrangulamento da tutela jurisdicional, aumenta quando se trata de processos criminais. Nestes, relegados invariavelmente a um segundo plano, há ainda maior imprecisão da real situação, com a agravante de aumentar o prejuízo social, que é duplo: daquele se submete à persecução penal e tem o direito de não sofrer o estigma do processo por prazo indevido, estando ou não segregado provisoriamente, e da sociedade que não obtém a prometida proteção estatal diante do ilícito praticado. Além de não se dispor de dados compilados sobre o tempo de duração médio dos processos criminais, tampouco são conhecidos os números de incidência da prescrição penal como decorrência da lentidão com que se exerce a persecução penal. Quem sabe qual o percentual de casos de prescrição penal declarada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)? Ninguém sabe!

São recentes as boas iniciativas do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), este o responsável pela compilação dos dados do Poder Judiciário, tendentes a criar um sistema fidedigno de informações sobre o acesso à justiça. Ao que se sabe, no entanto, até o presente momento, estes dados ainda não estão completos e disponibilizados, pelo menos no que diz respeito à duração média dos processos, embora em relação a outros indicadores já estejam acessíveis nos respectivos sítios.

As primeiras pesquisas que alimentaram o chamado “Banco de

---

<sup>54</sup> Resenha da Associação dos Magistrados Brasileiros sobre o Relatório do Banco Mundial Brasil: fazendo com que a Justiça conte. Disponível em: <[http://amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Resenha%20Banco%20Mundial\(final\).pdf](http://amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Resenha%20Banco%20Mundial(final).pdf)>. Acesso em: 23 jun. 2008.

Dados do Poder Judiciário”, a cargo do STF, apontam para a morosidade dos processos como um dos problemas mais graves do Judiciário. Tanto a população leiga, como os operadores do direito, inclusos os magistrados, têm manifestado essa opinião. Para o senso comum do povo, mercê da falta de conhecimento das atribuições do Judiciário, e mesmo da confusão que se faz entre Polícia Federal, Receita Federal e Justiça Federal e outros órgãos e entidades públicas federais, muito crédito não se pode atribuir, a não ser para trabalhar melhor a imagem da Justiça Federal junto à sociedade.

### **3.4 A falta de juízes e servidores (infra-estrutura judicial e de organização judiciária deficitárias), escassez de recursos financeiros e ausência de política orçamentária**

A crise da administração da justiça acha-se ligada, em boa medida, à sobrecarga dos tribunais, à falta de infra-estrutura para dar vazão à demanda sempre crescente e à conseqüente morosidade que permeia o trâmite dos processos. As demandas crescem em progressão geométrica, enquanto a estrutura judiciária evolui em progressão aritmética. Para cada processo julgado, três novos são distribuídos. Faltam juízes em todas as instâncias, e essa insuficiência causa a obstrução dos canais de *acesso à Justiça*, gerando ainda maior distanciamento entre o Judiciário e seus usuários (jurisdicionados).

Um comparativo entre os principais sistemas judiciais do mundo vai revelar que o Brasil conta com um número insuficiente de juízes: 5,3 magistrados por 100.000 habitantes, enquanto, por exemplo, na Alemanha a proporcionalidade é de 23/100.000; na Itália 20/100.000; na França 13/100.000, na Inglaterra 11/100.000, na Argentina 10,9/100.000, e na Costa Rica 15,9/100.000.<sup>55</sup>

A Emenda Constitucional nº 45/2004 tornou obrigatória a observância da proporcionalidade demandas/população/juízes (art. 93, XIII, CR), preceito que carece de imediata implementação. Na Justiça Federal, em dados de 2003, a média desta relação estava em 0,638/100 mil habitantes, proporção

---

<sup>55</sup> Judiciário Brasileiro em Perspectiva. Análise da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) baseada em relatórios do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Banco Mundial. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Judiciario\\_brasileiro\\_em\\_pespectiva.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Judiciario_brasileiro_em_pespectiva.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2008.

insuficiente, como ocorre de uma maneira geral em todo o sistema judicial brasileiro.

O número médio de processos por juiz, conforme dados de 2007, na Justiça Federal, é de 9.551 (somente no primeiro grau tramitam aproximadamente 9,3 milhões de ações), na Justiça Estadual é de 2.885 e na Justiça do Trabalho 2.079. Nos TRFs, a média de processos por desembargador é de 7.064, na Justiça Estadual é de 1.221, e na Justiça do Trabalho é de 1.593.<sup>56</sup>

Existe uma clara e absurda tendência de manutenção do número de juízes dos tribunais, que não acompanha a crescente demanda de trabalho, enquanto milhares de processos aguardam por julgamento. Por que se mantém o número de 11 ministros para o STF e 33 ministros para o STJ? Assim não há fórmula processual que vá resolver a questão. O STJ italiano, que se chama “Corte di Cassazione”, para uma população de 58 milhões de habitantes, conta com 392 Ministros. Aqui, nós somos quase 200 milhões de habitantes e o STJ, com a incumbência, de interpretar o direito federal, tem apenas 33 ministros (0,019 ministros/100 mil habitantes). Se compararmos a composição dos principais Tribunais Constitucionais do Mundo: Alemanha, Itália, Portugal, Áustria e Espanha, todos países com população bem inferior à do Brasil, vamos verificar que conta com mais juízes, proporcionalmente. É evidente que vai haver demora. Ainda que sejam os ministros muito operosos – aliás, nunca se negou que os juízes brasileiros, de uma maneira geral, trabalham demais.

O STJ anunciou recentemente que encerrou o primeiro semestre do ano de 2007 com um aumento de 31,91% no número de processos julgados, que passou de 118.071 em 2006 para 155.744 neste semestre. Apesar do considerável aumento de produtividade, digno de elogio aos membros daquela colenda Corte, o esforço não repercutiu enquanto diminuição do acervo, pois que houve o significativo aumento do número de processos distribuídos e registrados na ordem de 55,27% em relação a esse mesmo período de 2006 (105.337 para 163.621).<sup>57</sup>

De 1989 até 2006, tivemos um incremento no número de juízes

---

<sup>56</sup> NOTA referente ao PLP 1/2007, que introduz o art. 71-A na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) e impede a expansão/crescimento da Justiça Federal até o ano de 2016. Associação dos Juizes Federais do Brasil, Brasília, 14 maio 2007, p. 5. Disponível em: <<http://www.ajufe.org.br/sites/700/785/00000896.doc>>. Acesso em: 19 ago. 2008.

<sup>57</sup> Discurso do Ministro Barros Monteiro, Presidente do STJ. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 9 jul. 2007.

federais de 177 para 1.485 (839%), enquanto nos TRFs houve um aumento de 74 para 139 (88%). Recentemente foram criadas 183 varas federais, já todas instaladas. Pretende-se criar mais 230. Os Tribunais Regionais Federais, faz algum tempo, vêm denunciando a necessidade de aumento de suas estruturas, propondo, inclusive, a interposição legislativa para aumento do número de Desembargadores Federais. Enquanto inexplicavelmente isto não ocorre, têm encontrado em regimes especiais de mutirão, turmas suplementares e outros expedientes, com a participação de juízes de primeiro grau, a maneira paliativa de enfrentar o problema. O cobertor curto agrava o problema na base, pois que deixa vulnerável o primeiro grau de jurisdição.

Consoante observa Oliveira, a maior morosidade do Judiciário não está na tramitação dos processos, e sim na fase de julgamento.

Está, sim, na incapacidade humana em atender à descomunal proporção do número de processos por juiz, que impede de dar vazão ao grande número de ações que, desde o primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal, aguardam julgamento, mesmo estando os magistrados brasileiros entre os mais produtivos do mundo, segundo estudos do Bird (dezembro/2007). Assim, sem uma adequada proporcionalidade entre o número de juízes e a efetiva demanda judicial, em todos os graus de jurisdição, como previsto na Constituição (art. 93, XIII), será difícil conhecer um mundo real de celeridade na prestação jurisdicional.<sup>58</sup>

O Poder Judiciário, seja no âmbito das justiças dos Estados, seja no âmbito federal, tem sérias dificuldades financeiras para expandir-se. Os orçamentos apertados não permitem maiores investimentos em infra-estrutura e ampliação dos canais de acesso à justiça estatal. E ainda temos problemas de má gestão orçamentária a impedir solução para as reais necessidades da justiça. Está aí um tema que mereceria melhor atenção do Conselho Nacional de Justiça, atribuição que lhe compete.

O chamado Fundo para reaparelhamento das Justiças Estaduais representa fonte de recursos importante e tem possibilitado aos Tribunais Estaduais a expansão do judiciário estadual. No âmbito da Justiça Federal, não existe o referido fundo, sendo o valor das custas e emolumentos vertido à União. A AJUFE – Associação dos Juízes Federais trabalha na elaboração de um projeto de lei que

---

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Processo Virtual e Morosidade Real. **Revista da AJUFER**, n. 32, abr./mar. 2008, p. 9.

institui o Fundo Nacional de Reaparelhamento da Justiça Federal – FUNDEFE, cujo objetivo será complementar os recursos financeiros necessários ao custeio e aos investimentos da Justiça Federal de primeiro e segundo grau. O FUNDEFE será constituído, dentre outras fontes de receita, pelo valor das custas e taxas arrecadadas no âmbito da Justiça Federal, nos termos do § 2º do art. 98 da Constituição.

### 3.5 Ausência de políticas de gestão administrativa das atividades judiciárias

O paradigma do setor privado, se não é de todo aplicável às relações estabelecidas sob o regime público, nem por isso deve ser ignorado. Quando a sociedade cobra mais efetividade do Poder Judiciário, certamente que ela o faz tomando por base esse dado importante. Dessarte, é conveniente, sob todos os aspectos, assumir a tese de que o serviço público deve ter a mesma agilidade que é experimentada no setor privado. E alguma coisa de útil se deve extrair dessa idéia, sendo uma delas – e talvez a mais importante – os métodos de gerenciamento.<sup>59</sup>

Sobre o tema, MACIEIRA ensina:

A gestão contemporânea busca a prática da mudança tanto na área empresarial quanto no setor público. Nas empresas, as variações tecnológicas e econômicas tornam o processo produtivo vulnerável, e se conquista o progresso em meio a descontinuidades e inovações. Na administração pública, as pressões comunitárias por mais e melhores serviços provocam revisões nas funções do Estado, e questionam-se tanto as formas de ação quanto a própria legitimidade das instituições. Na busca de qualidade e eficiência, as organizações públicas assemelham-se às empresas privadas.<sup>60</sup>

Não bastasse o princípio constitucional da eficiência, que norteia toda a atividade administrativa (Constituição, art. 37), o Poder Judiciário, prestador de serviço público que é, está obrigado a oferecer um produto de qualidade (justiça

---

<sup>59</sup> Quando se busca maior agilidade para o Poder Judiciário, a partir do paradigma do setor privado, é preciso adotar cautelas para que a pressa e a obsessão pela produção a qualquer preço não venha a banalizar a jurisdição. Impõe-se buscar um equilíbrio entre os aspectos quantitativos e qualitativos.

<sup>60</sup> MACIEIRA, Maria Elisa. A mudança organizacional e a necessária implementação de práticas inovadoras no Poder Judiciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/maria\\_macieira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/maria_macieira.html)>. Acesso em: 23 jun. 2008.

rápida e efetiva), precisando, para isso, buscar profissionalismo administrativo. Um dos instrumentos deve ser o planejamento estratégico de atividades meio e fim.

É preciso inculcar no Poder Judiciário a cultura do planejamento estratégico. É este instrumento de gestão que vai possibilitar o enfrentamento programado dos principais problemas que afetam a justiça brasileira, especialmente o da morosidade. Adremente levantados os problemas e traçado um diagnóstico preciso dos pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional, lança-se mão de soluções racionais, baseadas em técnicas modernas (delegação, descentralização, reforço da auto-estima dos serventuários, união do grupo, foco no resultado, pesquisas de satisfação etc.). O resultado será a produtividade maior, quantitativa e qualitativamente, com menor dispêndio. Mais eficácia e efetividade.

A testemunhar o problema da falta de gerenciamento (gestão) que impera no Poder Judiciário, constata-se a existência de unidades judiciárias dotadas de idênticos recursos materiais e humanos apresentando, para uma demanda também semelhante, resultados totalmente discrepantes (quantitativa e qualitativamente).

### **3.6 A problemática dos tempos mortos no processo**

Existe um número considerável de atividades que não demandam atividade judicial propriamente dita, mas que, se não realizadas, impedem o andamento do processo. São da responsabilidade dos serviços cartoriais ou de secretaria. Se os processos não são distribuídos em tempo hábil; se não se faz a devida conclusão para o juiz despachar ou sentenciar; se as sentenças e os acórdãos demoram para ser publicados, mesmo depois de prontos e disponibilizados, como deveriam sê-lo, embora o problema seja também de gestão, em boa medida é decorrência da falta de servidores, por isso é preciso repensar as estruturas administrativas dos diversos órgãos do Poder Judiciário.

Os chamados tempos mortos, caracterizados por retenções cartorárias indevidas, constituem importante (certamente não é o maior) gargalo da prestação jurisdicional brasileira.<sup>61</sup> Exemplificativamente, pode-se referir a realidade

---

<sup>61</sup> O maior gargalo da prestação jurisdicional brasileira está na demora para o julgamento dos processos (fase decisória). Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, quase 43 milhões de processos aguardavam por julgamento em 2006 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**: indicadores estatísticos do Poder Judiciário – Ano 2006. p.

de alguns cartórios judiciais do Estado de São Paulo, retratada por pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas para a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça:

“os cartórios são responsáveis por 80% dos atrasos nas ações judiciais. Os alvos da pesquisa foram quatro cartórios paulistas. Dois na capital e dois no interior. O estudo, que durou oito meses, foi feito em 2006 e se baseou em entrevistas com funcionários e análises dos processos. Descontados os períodos em que os autos são levados ao juiz ou retirados para vista e manifestação, os processos ficam nos cartórios por um período equivalente a até 95% do tempo total de processamento. Fase considerada como “tempos mortos”, em que o processo aguarda rotinas a serem praticadas pelos funcionários. É para estes “tempos mortos” que se pretende diagnosticar e apontar soluções. A pesquisa se restringiu a São Paulo porque, segundo o estudo, o estado paulista possui o maior número de processos estaduais na movimentação processual brasileira. O Ministério da Justiça constatou que, em 2003, os processos originários da Justiça paulista representaram 48,9% de toda a movimentação processual no país. Tal representatividade leva a pesquisa a afirmar que as falhas apontadas pelo estudo não são exclusivas dos cartórios paulistas e que todos os estados e municípios, em maior ou menor medida, comungam de características semelhantes. A pesquisa da FGV mostra que entre as causas do problema estão a falta de equipamentos, falta de informatização e treinamento, problema de relacionamentos pessoais dentro do ambiente de trabalho e a falta de gerência. Os cartórios não contam com administradores profissionais nem com ferramentas técnicas para planejar, organizar, controlar, dirigir e coordenar os recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos com base científica. Isso pode ser apontado como responsável, dentre outras disfunções, por filas, tempos de ciclos extensos e indesejados, controles em duplicidade, falta de informação ou informação sem credibilidade, estresse e falta de realização profissional dos recursos humanos, diz a pesquisa. O desânimo no ambiente cartorário é total. Do escrevente auxiliar ao juiz. O ritmo lento do sistema judiciário tomou conta das expectativas profissionais. A pesquisa da FGV revelou, porém, que muitos cartórios não dispõem de computadores suficientes para os funcionários e, em outros casos, o serventuário não é treinado para trabalhar com o sistema, o que torna o equipamento uma peça meramente decorativa. Em alguns cartórios, diz a pesquisa, os registros ainda são feitos nas velhas fichas de cartolina, em protocolos obsoletos, cadernos, tudo no mais rudimentar procedimento, em descompasso com a era da informatização. A falta de confiança no sistema, consequência da falta de treinamento, causa demora e eventuais erros nos registros dos procedimentos. Uma mesma rotina é registrada em ficha, em

agenda e no computador. Ou seja, três funcionários fazem a mesma coisa três vezes. É a “cultura do balcão” e a “cultura do papel” vencendo a era digital. A falta de planejamento e as rotinas complexas colaboram para o estado de torpor em que se encontram os cartórios e o que leva os processos a mofar em mesas, prateleiras e escaninhos. Sem contar nas inúmeras pastas e livros que as normas internas do tribunal exigem. Fora isso, alguns cartórios possuem outras pastas próprias. Um dos cartórios analisados possuía, além de todas as exigidas, mais 28 pastas diferentes para arquivar os procedimentos. Se tudo fosse levado para dentro de um computador, localizar um processo levaria minutos e não dias ou meses. A pesquisa revelou que alguns procedimentos levam até quatro vezes mais que o tempo esperado. Da distribuição até a remessa dos autos ao tribunal paulista, um processo de rito ordinário duraria 209 dias. A média, porém, é de 872 dias. Em algumas situações, a lentidão no andamento processual não é apenas consequência dos problemas estruturais, mas provocada deliberadamente, como a publicação das sentenças. A publicação e a juntada representam 51,4% do tempo total em cartório. Uma publicação pode demorar até 61 dias após a sentença. Alguns funcionários admitiram que atrasam propositalmente o agendamento da publicação no Diário Oficial para controlar o fluxo de petições e, assim, equilibrar o fluxo de serviço do cartório. Milhares de processos, falta de estrutura, servidores sobrecarregados e sem estímulo são ingredientes para uma receita de fracasso. O cartório, embora invisível para muitas pessoas, é — como se viu — uma peça fundamental para o andamento da Justiça. Tão fundamental que não são raras as vezes que escreventes, diretores e até estagiários redigem decisões (inclusive liminares e sentenças) que serão apenas assinadas posteriormente pelo juiz. É a chamada “preparação de decisões” ou “despacho em preto”. Em um dos cartórios analisados, o juiz permaneceu por uma hora por dia na mesa do diretor conferindo e assinando cerca de 80 minutas — o que leva a crer que a conferência não é rigorosa, afirma a pesquisa. O juiz, aliás, é uma peça considerada de pouca importância para os serventuários entrevistados. Diante de tantos problemas, o relatório mostra também que em um ambiente onde o diretor e o juiz são próximos dos funcionários e onde há melhor gerência e cooperação mútua, o “tempo morto” do processo no cartório pode diminuir. A informatização e o treinamento de pessoal seriam muito bem-vindos, também.<sup>62</sup>

Vale ressaltar, neste aspecto relacionado com a deficiência estrutural da justiça, tratar-se de um problema que atinge o Estado como um todo, e não apenas o Poder Judiciário. Dessarte, cumpre ao Estado, detentor do monopólio da prestação jurisdicional, disponibilizar uma estrutura judicial suficiente e eficaz aos

---

<sup>62</sup> GONÇALVES, Érika Bento. Tempo morto: Processos passam 95% do tempo nos cartórios judiciais. Revista **Consultor Jurídico**, 17 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

cidadãos. Como bem assinalam LOPES e BADARÓ, é dever do Estado “prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente a sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos”.<sup>63</sup> E arrematam os referidos autores:

Trata-se, neste aspecto, de responsabilidade da Administração Pública, e não de um problema apenas interno do Poder Judiciário, como é o caso em que um de seus magistrados ou Tribunais não desempenhe, corretamente, sua tarefa por problemas próprios.<sup>64</sup>

Parecem adequadas à problemática da justiça brasileira as palavras pouco otimistas de VIGORITI, no sentido de que

a excessiva duração do processo aparece como uma constante da Justiça moderna. Talvez porque falte vontade política de eliminar esta demora, ou talvez, ainda porque o Estado, na verdade, não consegue fazê-lo: resta que a excessiva duração não seja acidental e não se configure em desvio de modelos, mais ou menos míticos, de rápida solução das controvérsias, e que tenha precisamente uma função de limitar o acesso à justiça.<sup>65</sup>

### **3.7 Comentário à gênese da criminalidade que enseja o assoberbamento e a conseqüente lentidão da justiça penal**

Para a perfeita compreensão das origens da criminalidade que assume no Brasil índices alarmantes, é preciso lembrar um dado sociológico singelo. Experimentou-se, nos últimos tempos, um vertiginoso crescimento de conflituosidade. As explicações para este fenômeno são várias, cabendo destacar o *aumento da população*. Passou-se de 90 milhões para quase 200 milhões em 30 anos. O crescimento populacional veio acompanhado da *urbanização, da industrialização e da tecnologia*. Transformou-se a sociedade rural de até meados do século passado em uma sociedade urbana, industrializada e tecnológica. A *intensificação, a rapidez e a complexidade das relações sociais e econômicas* fazem com que as situações de tensão e conflituosidade se multipliquem em número e complexidade. Os riscos sociais aumentam e, na mesma proporção, a incidência de infrações à lei penal.

<sup>63</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69.

<sup>64</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>65</sup> VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do Processo Civil na Itália. **Revista de Processo**, n. 43, a. 1986, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 147.

Do ponto de vista da criminologia, faz bastante tempo que se chegou à conclusão, na linha traçada pelas correntes sociológicas e ambientais, que as causas da delinquência devem ser atribuídas a fatores sociológicos e ambientais, por exemplo, a miséria, as enfermidades sociais, os costumes pervertidos e arraigados em determinados extratos sociais.<sup>66</sup> O caminho do crime, parece ser, em boa medida, uma contingência social, o resultado de uma sociedade patológica, que preza o consumismo exagerado, a discriminação social e econômica e a quebra dos valores éticos e morais. Como bem se pode observar do contexto criminológico atual, a sociedade contribui decisivamente para a preparação dos seus criminosos e carrega, por conseguinte, também as responsabilidades por seu papel criador.

Quando se busca, do ponto de vista da criminologia, explicações para a crescente incidência criminal, logo lançamos um olhar crítico sobre a performance do Estado. O Estado parece ser o grande responsável pelo aumento da criminalidade. Pelo menos indiretamente, é consenso reconhecer-se que a ausência de políticas públicas de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, os diminutos investimentos em educação e segurança pública e, em suma, o descaso no trato das questões inerentes à consagração da dignidade das pessoas em toda a sua extensão, atuam como mola propulsora da criminalidade. Falha o Estado preventivo e repressor da criminalidade, seja pela insuficiência de contingente das polícias, seja porque a corrupção e ineficiência as faz atuar, em certos casos, muito mais *a latere* da criminalidade do que propriamente na prevenção e repressão.

Assim, a gênese da criminalidade, em boa medida, possui natureza político-social. É reflexo da ausência de políticas públicas que confirmam efetividade a direitos fundamentais de sobrevivência. É produto de uma sociedade baseada na propriedade privada, no lucro e no poder.<sup>67</sup> Esta sociedade, moldada pelo individualismo e pela desagregação da família e dos institutos que lhe serviam de pilstras, como o casamento, a autoridade e a hierarquia familiar, a solidariedade, o amor pelo próximo e os valores éticos e morais, impulsiona o indivíduo ao caminho do *ter* a qualquer custo, ainda que seja por meio da violação das normas penais.

---

<sup>66</sup> Sobre o tema PARENTI, Francesco; PAGANI, Pier Luigi. **Psicologia y Delincuencia: bases para una nueva criminología**. Buenos Aires: Beta, 1970.

<sup>67</sup> “Adquirir, possuir e obter lucro são os direitos sagrados e inalienáveis do indivíduo na sociedade industrial” (FROMM, Erich. **Ter ou Ser?** 2. ed. Rio: Jorge Zahar, 1976. p. 81).

Abstraídas mais profundas considerações criminológicas e políticas sobre a gênese da criminalidade, é preciso lembrar, mais uma vez, que os problemas da violência, da impunidade e da nova criminalidade econômica demandam solução complexa e multidisciplinar e estão longe de encontrar resposta no mero rigorismo (ou terrorismo) penal. As experiências com o aumento de pena e a criminalização de condutas antes desprezadas pelo direito penal não produziram qualquer resultado positivo aos fins de eficácia da tutela penal e segurança da sociedade. Limitações a direitos e garantias individuais, a pretexto de se atribuir maior efetividade à justiça penal, além de trazerem os riscos da inconstitucionalidade, resultam sempre na não menos perigosa atribuição de instrumentos autoritários e contrários aos ideais do Estado Democrático de Direito aos governos tiranos.

De tempos em tempos, vêm à baila questões como a da redução da maioria penal, medida nefasta que, por passar ao largo do cerne do problema, se aprovada, teria apenas o potencial de lotar as cadeias com nossos jovens, emprestando certeza a um futuro de criminalidade e tornando ainda mais remota uma recuperação. A cada revés que as tendências retrocessivas de endurecimento do direito penal experimentam na via pretoriana, a partir da repercussão midiática,<sup>68</sup> inculcando no seio da sociedade o medo e o terror, inaugura-se um movimento que resulta em lei casuística, impondo a criminalização de alguma conduta ou aumento de pena já existente. Basta lembrar as leis dos crimes hediondos, Maria da Penha, Estatuto do Idoso e outras, que muito pouco têm contribuído para o aperfeiçoamento do sistema penal.

### 3.8 Características da nova criminalidade

Um dado, todavia, é relevante e prenuncia, neste limiar de milênio e a partir mesmo da tendência revelada no final do século passado, uma guinada radical no perfil da criminalidade. Este deverá ser o século do *crime organizado*. Precisamos, então, refletir com maior profundidade sobre a criminalidade moderna,

---

<sup>68</sup> GARLAND assim situa a interferência dos meios de comunicação sobre a experiência coletiva do delito na vida cotidiana: “*Las sensibilidades que caracterizan esta cultura popular no nacen de las representaciones de los medios masivos de comunicación o de la retórica política, aun cuando éstas influyan en aquéllas. Se originan en la experiencia colectiva del delito en la vida cotidiana y en las adaptaciones prácticas a las que eventualmente dan lugar*” (GARLAND, David. **La cultura del control**. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 15).

que não é mais aquela tradicional, marcada por delitos contra o patrimônio privado e contra a integridade e a vida das pessoas – sem embargo da necessidade de se buscar soluções também para esta espécie de delinquência, que afeta a segurança pública.

Especialmente no que concerne ao âmbito da competência da Justiça Federal, a nova criminalidade apresenta um perfil diferenciado: trata-se hodiernamente, na mais considerável parte dos casos, de crimes de cunho econômico, de feitura organizada e praticados por componentes de classes sociais mais elevadas, os chamados “empregados de paletó e gravata”, que se aproveitam de seus cargos e ocupações para aumentar suas rendas com práticas ilegais. Certamente, o prejuízo financeiro para a sociedade com esta espécie de criminalidade é muito superior ao prejuízo decorrente da criminalidade tradicional (assaltos, furtos e roubos). Este é o traço característico da criminalidade contemporânea.

Os agentes destes delitos não são os chamados representantes da escória da sociedade, não são os miseráveis, os excluídos sociais, mas indivíduos que tiveram acesso aos meios de subsistência e à educação. As técnicas criminosas são as mais complexas e sofisticadas possíveis. A estruturação voltada à prática delitiva, o emprego da Internet, a transnacionalidade, a utilização do sistema financeiro, a cooptação de agentes públicos são algumas características que dificultam a descoberta e a investigação destes delitos.

E esta nova delinquência, em termos da repercussão social dos crimes praticados, basta uma análise singela das suas conseqüências, é muito mais gravosa à sociedade do que a tradicional. Seus efeitos são difusos ou transindividuais, não sendo facilmente perceptíveis ao senso comum do povo, mas nefastos à ordem social, pois que afetam sobretudo as funções estatais direcionadas para a implementação do bem-estar comunitário e, especialmente, as ordens social, financeira e econômica, irradiando funestas repercussões sobre todos e rompendo perigosamente o elemento confiança que preside todas as relações.

Como bem observa FISCHER, com amparo na mais abalizada doutrina, ao contrário da delinquência tradicional, em relação aos delitos econômicos não se cogita de bens jurídicos que protejam objetos fisicamente individualizáveis e lesionáveis, pois que “normalmente não resta possível essa ‘individualização’, na

medida em que os bens jurídicos são ‘institucionais’ ou ‘difusos’, referindo-se a um conjunto de condições sociais gerais cujo atendimento é indispensável para uma convivência pacífica e próspera da sociedade”.<sup>69</sup>

Exemplos desta nova delinquência tem-se em profusão: crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira, crimes de lavagem de dinheiro, crimes contra a seguridade social, crimes de fraudes em licitações, crimes contra o sistema bancário cometidos pela INTERNET, crimes contra o meio ambiente, crimes de jogos de azar, toda a gama de delitos praticados por agentes públicos, que não constitui novidade, mas que somente nos tempos atuais passam a receber a repressão penal.

Outro dado é relevante. A estrutura do crime organizado passou a ter um caráter transnacional. Nada obstante, os órgãos de repressão mantêm-se com uma estrutura e uma dinâmica de atuação voltadas para um âmbito nacional. A transnacionalidade confere às organizações criminosas maior agilidade e fluidez, portanto, intensa capacidade de burlar as leis e os morosos sistemas de repressão organizados pelos Estados, limitados e impedidos de agir por deficiência ou mesmo ausência de uma normatividade internacional que possibilite atuação mais eficaz.

Toda esta nova realidade reflete-se negativamente na justiça criminal, em termos de morosidade. Diariamente, convivemos com operações policiais midiáticas, com centenas de prisões e apreensões de bens e valores. Toda esta movimentação policial é judicializada. Desde a origem, tem-se uma autorização judicial para busca e apreensão, autorização de quebra de sigilo ou outra medida que demande autorização judicial; depois é instaurado um inquérito policial sob a presidência do juiz competente, e sobre tudo que nele ocorre este é chamado a decidir, e são impetrados tantos *habeas corpus* quantos forem os acusados, presos ou soltos e, na mesma medida das apreensões, ajuizados pedidos de liberação de bens. Profusão de presos, processos-crime e de incidentes processuais. Algumas vezes, formam-se litisconsórcios multitudinários com dezenas de réus num único processo, tornado excessivamente volumoso, complexo e demorado. Ficam prejudicadas a celeridade, a segurança e, sobretudo, a defesa dos acusados.

A tendência criminológica, assim marcada pela complexidade em todas as etapas da persecução penal, faz com que o processo penal tenha,

---

<sup>69</sup> FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. p. 127.

naturalmente, um curso mais dilargado. O desafio é, na perspectiva da eficiência que a sociedade cobra do Direito Penal, encontrar soluções de aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal, e é com este desiderato que se pretende enfocar o fenômeno da prescrição penal, que precisa estar consentâneo e adaptado à atual realidade criminológica que vivenciamos.

## 4 PRESCRIÇÃO PENAL: NOÇÕES DOGMÁTICAS

### 4.1 Definição, natureza jurídica, importância e fundamento

Praticado o ilícito penal, nasce para o Estado, em nome da sociedade, o direito de punir o infrator. Este direito tem seu exercício condicionado no tempo. Se dentro de certo lapso temporal, que varia em razão da pena máxima abstratamente prevista para o delito ou da pena concretamente aplicada na sentença, o Estado não exercer sua pretensão punitiva ou executória, ocorre a prescrição, que é a perda do direito de punir ou executar a pena aplicada.

Não cabe neste escorço de conformação pragmática aprofundar a discussão teórica sobre a natureza jurídica da prescrição, se instituto de direito material, de direito processual ou misto. Nenhuma das correntes, de rigor, fica imune à crítica. Prepondera, no entanto, até pelo aspecto topográfico do instituto, que está, na sua essência, disciplinado no Código Penal, a posição que sustenta a natureza jurídico-material. Afinal, a prescrição, embora comporte algum matiz processual, pois que obsta a propositura e o desenvolvimento da ação, extingue o direito punitivo do Estado – e não apenas o direito de ação –, devendo-se considerá-la instituto de direito material. Como bem observa PRADO, “trata-se de instituto de direito material, embora algumas de suas conseqüências influam sobre a ação penal e a condenação”.<sup>70</sup>

O tema, de rigor, assume maior relevância quando se cuida de alterações legislativas – e é o que se propõe – desafiando a questão do direito intertemporal, vale dizer, da eficácia no tempo de eventuais novas regras disciplinadoras da prescrição. Vingam na sistemática jurídico-penal brasileira dois princípios basilares segundo os quais: (1) a nova norma penal mais desfavorável ao acusado não pode retroagir para regular fatos que lhe antecederam, e (2) a norma mais benigna, ainda que de natureza processual, deve retroagir para beneficiar o acusado (*lex mitior*).

---

<sup>70</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 567.

Instituto fundado no princípio da segurança jurídica e instrumento jurídico destinado a reforçar o aspecto preventivo da pena e a evitar a eternização do clamor social em relação à prática delituosa, é a prescrição imprescindível ao Direito Penal de todos os Estados Democráticos de Direito, sendo admitida desde o nascedouro das instituições jurídicas e assim exercita pelos povos antigos, com relevo especial entre os romanos, que conheciam as duas espécies de prescrição (da ação e da pena).

Mais relevante do que o aspecto do “esquecimento” e da “expição”, vale destacar, é a “perspectiva funcional” do instituto da prescrição, enquanto instrumento tendente a evitar que a pena seja utilizada com fins distorcidos de seu mais importante desiderato, que é o “preventivo”. Se o decurso de tempo não permite que se consagre este fim, passa a pena a ser desnecessária, pois que assume uma feição meramente retributiva, incompatível com os ideais do Estado Democrático de Direito e com o seu valor supremo que é a dignidade da pessoa humana. Vale citar, a propósito, o escólio de DAMÁSIO DE JESUS:

Pelo transcurso do tempo, considera-se a inexistência do interesse estatal em apurar o fato ocorrido há muitos anos, ou de ser punido o seu autor. A prescrição genérica e específica advindas da resposta penal, pelo passar dos anos, perdem a sua eficácia.<sup>71</sup>

Neste mesmo sentido o escólio de FIGUEIREDO DIAS:

Por outro lado, e com maior importância, as *exigências de prevenção especial*, porventura muito fortes logo a seguir o cometimento do facto, tornam-se progressivamente sem sentido e podem mesmo falhar completamente os seus objetivos: quem fosse sentenciado por um facto há muito tempo cometido e mesmo porventura esquecido, ou quem sofresse a execução de uma reacção criminal há muito tempo já ditada, correria o sério risco de ser sujeito a uma sanção que não cumpriria quaisquer finalidades de socialização ou segurança. Finalmente, e sobretudo, o instituto da prescrição justifica-se do ponto de vista da *prevenção geral positiva*: o decurso de um largo período sobre a prática de um crime ou sobre o decretamento de uma sanção não executada faz com que não possa falar-se de uma estabilização contrafactica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas.<sup>72</sup>

A prescrição penal é um instituto que se vincula diretamente ao

<sup>71</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19.

<sup>72</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**: as conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 699.

direito fundamental ao prazo razoável do processo, constitucionalmente reconhecido em nosso sistema. Embora não se possa equiparar os prazos prescricionais de extinção da pretensão punitiva/executória e os prazos que se pode considerar razoáveis à tramitação do processo, que devem ser mais exíguos, o fundamento é o mesmo: o *decorso de tempo*. As conseqüências são diversas, no entanto. Não se pode reputar de irrazoáveis apenas os prazos que resultem em prescrição penal; a extinção da punibilidade/executoriedade é a máxima conseqüência do decurso de prazo. O excedimento do limite de razoabilidade do prazo no processo pode gerar conseqüências outras menos graves, como a obrigação de o Estado indenizar os prejuízos causados ao acusado pela demora ou outras de ordem processual como a revogação da prisão provisória e a imposição de regime de urgência para o processo.

#### 4.2 Imprescritibilidade

Embora encontre resistência na doutrina,<sup>73</sup> a imprescritibilidade é admitida no ordenamento jurídico penal como exceção à regra da prescricibilidade, estando prevista no próprio texto da Constituição. Ocorre em relação aos crimes decorrentes da pratica do racismo (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLII, e Lei nº 7.716/89) e às ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLIV, e Lei nº 7.170/83). Embora não seja adequado generalizar, é forçoso reconhecer a existência de fatos criminosos cujos sinais sensíveis jamais se apagam da consciência social, mas quiçá fosse mais consentâneo com os ideais do Estado Democrático de Direito operar com regras disciplinadoras de varáveis quanto ao início da contagem e hipóteses de interrupção dos prazos prescricionais.

Outros sistemas penais também estabelecem a imprescritibilidade para certos delitos. Nos sistemas alemão e espanhol, exemplificativamente, é considerado imprescritível o crime de genocídio (arts. 78, II, StGB e 133, CP).

---

<sup>73</sup> Estas as palavras críticas de ZAFFARONI e PIERANGELI: “não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade” (**Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 753); no mesmo sentido FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**: as conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 703).

### 4.3 Prazos prescricionais

Os prazos prescricionais encontram-se disciplinados no art. 109 do Código Penal, aplicando-se a qualquer das espécies de prescrição. Altera-se apenas o cálculo, em razão da pena máxima abstratamente cominada para o delito ou em razão da pena concretizada na sentença.

Conforme o mencionado dispositivo legal, a prescrição consuma-se:

- a) em vinte anos, para a pena superior a doze anos;
- b) em dezesseis anos, para pena superior a oito anos e não excedente de doze;
- c) em doze anos, para pena superior a quatro anos e não excedente de oito;
- d) em oito anos, para pena superior a dois anos e não excedente de quatro;
- e) em quatro anos, para pena igual a um ano ou, se superior, não excedente de dois anos;
- f) em dois anos, para pena inferior a um ano.

Os prazos prescricionais, não importando a espécie de prescrição, são contados pela metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.

Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade (art. 109, parágrafo único, do Código Penal).

Consoante preceitua o art. 114 do Código Penal, a prescrição opera-se em dois anos quando a pena de multa é a única cominada ou aplicada. O prazo é comum à prescrição da pretensão punitiva e à prescrição da pretensão executória. Se a pena de multa é prevista cumulativamente com pena privativa de liberdade, o prazo de prescrição da pretensão punitiva é o mesmo previsto para a pena detentiva, e não tem curso durante o cumprimento desta.

As penas mais leves prescrevem com as mais graves (art. 118 do Código Penal). No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um, isoladamente (art. 119 do Código Penal).

### 4.4 Contagem, interrupção e suspensão dos prazos prescricionais

O Código Penal, no art. 111, regula a contagem dos prazos prescricionais, considerando: *termo inicial* a data da consumação do crime, a da cessação da atividade criminosa (na tentativa) ou da permanência (nos crimes

permanentes), ou a data do conhecimento do fato (delitos de bigamia e falsificação e alteração de registro civil).

O curso do prazo prescricional pode se interromper com a ocorrência de uma das causas interruptivas previstas no artigo 117 do Código Penal, a saber: a) recebimento da denúncia ou queixa; b) pronúncia; c) decisão confirmatória de pronúncia, e d) sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (redação da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007).

As causas suspensivas, denominadas de impeditivas, encontram-se previstas na Constituição Federal, artigo 53, § 2º, no artigo 116 do Código Penal, no artigo 89, § 6º, da Lei nº 9.099/95 e no artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 9.271/96.

#### **4.5 Espécies, modalidades e reconhecimento da prescrição**

Nosso sistema penal contempla duas espécies de prescrição, a saber: *prescrição da pretensão punitiva*, que se verifica antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e cujo prazo é calculado em função da pena máxima cominada ao crime (art. 109 do Código Penal) ou em razão da pena concretamente fixada na sentença (§§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal), e *prescrição da pretensão executória*, que ocorre quando o Estado, após ter exercido o *jus puniendi*, não exercita, no prazo definido em lei, o *jus executionis*, deixando de impor ao condenado a pena aplicada. Pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória e o prazo é calculado considerando-se a pena fixada na sentença.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, é como se o crime jamais tivesse ocorrido, restando vedada qualquer repercussão que dele advenha na seara extrapenal. A sentença condenatória não pode ser utilizada como título executivo para a reparação no cível, ainda que sirva como meio de prova para a certificação do direito da vítima.

Na prescrição da (pena) pretensão executória, fica o condenado dispensado de cumprir a pena, todavia subsistem os efeitos secundários da condenação, como a reincidência, a necessidade de pagamento das custas e o lançamento do nome do condenado no rol dos culpados. Não perde a sentença condenatória a qualidade de título executivo hábil à reparação *ex delicto*, revelando-se desnecessária a certificação dos fatos e da culpa do agente na esfera cível.

Essas espécies de prescrição comportam divisão em modalidades, conforme os critérios a serem manejados para o seu reconhecimento:

*Prescrição em abstrato*: verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e seu prazo é calculado em função da pena máxima abstratamente cominada ao crime. Não se leva em conta, em nosso sistema, os aumentos decorrentes da incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes, mas considera-se as causas de diminuição e aumento da pena eventualmente presentes, que podem influenciar nos limites fixados no tipo base.<sup>74</sup>

*Prescrição intercorrente ou superveniente*: leva em conta a pena concretizada na sentença, mas aperfeiçoa-se pelo transcurso do prazo entre a sentença e seu trânsito em julgado. A prescrição ocorrida entre a sentença e antes do trânsito em julgado para a defesa, tendo transitado em julgado para a acusação a condenação (prescrição superveniente ou intercorrente), é da pretensão punitiva, porquanto só com o trânsito em julgado da sentença para ambas as partes é que se tem um título penal executivo definitivo, hábil a autorizar o exercício da pretensão executória do Estado.

*Prescrição retroativa*: não existem diferenças substanciais entre a prescrição subsequente e a retroativa. Ambas levam em conta, para o cálculo, o tempo da pena concretizada na sentença. O que as distingue é o período de incidência: enquanto na superveniente é necessário que se aguarde a sua ocorrência, pelo transcurso do prazo entre a sentença e seu trânsito em julgado; na segunda, proferida a sentença e não havendo recurso da acusação, já é possível o reconhecimento da prescrição, conhecidos que são os marcos temporais anteriores à sentença. Estará também consumada a prescrição caso seja negado provimento a eventual recurso da acusação ou, se provido for, não implicar aumento de pena.

*Prescrição projetada (virtual ou em perspectiva)*: construção jurisprudencial, considera a pena que seria, em tese, aplicada ao réu se condenado fosse, evidenciando a ausência de interesse do Estado na instauração ou no prosseguimento da ação penal, que resultará, ao final, no reconhecimento da prescrição. Não se trata, de rigor, embora assim seja considerada pela doutrina dominante, de uma modalidade de prescrição enquadrável como retroativa, pois lhe

---

<sup>74</sup> Havendo causa de aumento da pena, será acrescido o maior aumento admissível para a obtenção da pena máxima. No caso de causa de diminuição, o raciocínio será invertido, a maior pena possível será obtida com a diminuição mínima da pena.

falta, primeiro, a previsão legal, e, segundo, a existência de uma pena fixada. Embora a doutrina prefira não cogitar de uma modalidade prescricional virtual, em perspectiva ou projetada, fundamentando a extinção do processo na falta de interesse de agir do Estado, a base operacional desta extinção é também o decurso do prazo prescricional.

Prescrição, vale lembrar, é matéria de ordem pública e interesse social, portanto, a qualquer tempo e grau de jurisdição, deve ser declarada, inclusive de ofício (art. 61 do Código de Processo Penal).

## **5 VISÃO CRÍTICA DA INCIDÊNCIA PATOLÓGICA DA PRESCRIÇÃO**

### **5.1 Pesquisa estatística sobre a incidência da extinção da pretensão punitiva ou executória do Estado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

A preocupação quanto à incidência de casos de prescrição na jurisdição penal federal, até pela anormal ocorrência nos casos em que participei como julgador, na condição de Desembargador Federal com exclusiva competência criminal, conduziu ao levantamento estatístico que subsidia este trabalho. Foi elaborada uma pesquisa empírica, no âmbito do TFR da 4ª Região,<sup>75</sup> com base em fonte administrativa, vale dizer, as atas de julgamentos. Pretende-se apontar alguns dados considerados importantes para o enfrentamento técnico da problemática da demora do processo penal, enquanto óbice ao direito fundamental ao acesso à justiça e fator de descrédito da justiça em virtude da impunidade dos infratores da lei penal, possibilitando a fixação das posições e a tomada de decisões e de medidas de agilização do processo penal.

Foram considerados apenas os julgamentos de Apelações e Revisões Criminais proferidos pelas Turmas que compõem a Seção Criminal e por esta. No período de 2002 a 2006, não disponibilizando o sistema elementos para uma pesquisa completa (sobre o universo de julgamentos), operou-se com uma amostragem considerando um número de casos muito próximo do total. No ano 2007 (janeiro a dezembro), foi analisado o universo de julgamentos.

Levantou-se o número e o percentual de processos em que foi reconhecida alguma forma de prescrição, a modalidade de prescrição, os termos da prescrição reconhecida e o crime objeto da ação penal em que se reconheceu a prescrição.

O percentual de casos de prescrição registra uma tendência sempre

---

<sup>75</sup> Ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, compete julgar os recursos das decisões dos juízes federais nos estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná, além dos processos da sua competência originária. Conta com oito turmas, todas especializadas, entre essas duas criminais (7ª e 8ª), que compõem a 4ª Seção (criminal).

crecente, passando de 1,73%, em 2002, para 10,08%, em 2007, conforme demonstra a tabela que segue:

Ano	Ocorrências	Total de Julgados	%
2002	54	3130	1,73%
2003	97	3277	2,96%
2004	113	2716	4,16%
2005	138	3833	3,60%
2006	202	4275	4,73%
2007	468	4644	10,08%

Esses dados revelam que a incidência de casos de prescrição é muito grande no Poder Judiciário Federal.<sup>76</sup> O mais grave é que essa incidência, que levou em conta apenas parte dos julgamentos do segundo grau, deve ser bem maior se considerarmos os casos de reconhecimento de prescrição que ocorrem no primeiro grau de jurisdição, no STJ e no STF. No STJ, uma simples pesquisa jurisprudencial aponta no sentido de ser a intensidade do fenômeno prescritivo bastante grande. Basta pesquisar pelo verbete prescrição nos julgados do STJ, na base informatizada de dados disponível na rede mundial de computadores ([www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)) e se vai constatar que a incidência é muito maior do que a ocorrente no segundo e no primeiro graus. Isso leva a uma estimativa que gira em torno de 40% dos casos criminais examinados pelo Poder Judiciário Federal.<sup>77</sup>

A partir dessa preocupante tendência, refletida nos dados estatísticos levantados, a denunciar a ocorrência quase patológica da prescrição penal, passa-se para uma análise crítica do fenômeno, sintomático que é de uma falta de eficácia e efetividade da justiça penal, aproximando-se mesmo de uma *falsa promessa* de tutela dos valores prezados pela sociedade brasileira. Autêntica manifestação de propósitos sem efetividade prática a conspirar em desfavor do prestígio do Poder Judiciário junto à população insegura.

<sup>76</sup> A base de dados composta por processos da competência da Justiça Federal, supõe-se com um grau de complexidade relativamente mais intenso, apresenta um retrato que talvez não possa ser aproveitado, sem maiores informações, ao Poder Judiciário como um todo. A situação pode ser mais ou menos grave nas Justiças Estaduais. A sugestão é que levantamentos semelhantes sejam realizados nos demais órgãos do Poder Judiciário.

<sup>77</sup> Não se conhece os dados das Justiças Estaduais nem é conveniente generalizar assertivas diante da diversidade de realidades, mas não seria demasiado estimar que a situação, no contexto nacional, não é muito mais confortável.

## 5.2 Crítica ao tratamento descuidado à matéria e ao conformismo do Poder Judiciário

Não se pretende lançar dúvida sobre a importância do instituto da prescrição, fundado no princípio da segurança jurídica, como instrumento jurídico destinado a evitar a eternização dos conflitos. Não pode pairar sobre o réu a ameaça *ad perpetuam* do poder repressivo estatal. Como assinalou VON LISTZ,

os efeitos da pena, quando a execução é distanciada da prática do ato punível, estariam, por certo, malogrados, pela completa desproporção com as dificuldades e incertezas que ofereceria a verificação do fato, e com a perturbadora intromissão nas novas relações originadas, e já consolidadas.<sup>78</sup>

Inegável também a importância da prescrição como instrumento de política criminal destinado a reforçar o aspecto preventivo da pena e impedir a eternização do clamor social em relação à prática delituosa. O tempo apaga todas as feridas, individuais ou sociais.

O que merece maior reflexão e preocupação do Direito Penal é o viés patológico que a prescrição vem assumindo. Ao invés de constituir uma exceção, para os casos excepcionais, a prescrição, em razão da incidência absurda de sua ocorrência, passou a ser a regra geral. Como bem assinalou GUARAGNI:

a incidência da prescrição deve operar em níveis de razoabilidade e não ser demasiada por força de anomalias de ordem técnica verificadas de *lege lata*, capazes de comprometer a atuação do Direito Penal e frustrar as linhas de política criminal adotadas pelo Estado.<sup>79</sup>

Não é bem explicado pela doutrina o fato de o sistema penal brasileiro contemplar a possibilidade de reconhecimento da prescrição para delinqüentes habituais, réus que ostentem condenações transitadas em julgado (a reincidência apenas afeta à prescrição da pretensão executória) e réus que reiteram na prática criminosa. Os principais fundamentos da prescrição, tais como a teoria do esquecimento, a presunção de boa conduta e a ineficácia da pena tardia, se esmaecem diante de nova prática delituosa. Se o agente não permite que a sociedade esqueça o seu ato criminoso, praticando outro logo a seguir, que reaviva o anterior na consciência social, não parece razoável sustentar-se o desinteresse

<sup>78</sup> VON LISTZ, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Jiménez de Asúa. 20. ed. alemã, 2. ed. Madrid, 1929. v. 3. p. 403.

<sup>79</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 143.

estatal na punição. A presunção de boa conduta e de reinserção social, a eliminar a necessidade de prevenção especial, desaparece também na medida em que o agente reitera na prática delituosa. Não há presunção que se sustente contra fato concreto. MIR PUIG observa que a presunção de boa conduta decorre da ausência da prática de nova conduta delituosa pelo agente, a tornar *“innecesaria la prevención general – especialmente si el delincuente no há vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social – lo que eliminaría la necesidad de prevención especial”*.<sup>80</sup>

Gastam os juristas pátrios e estrangeiros rios de tinta para pintar o quadro nefasto dos efeitos do tempo (demora) no processo civil, no qual mudanças legislativas são introduzidas em profusão. No processo penal, entretanto, assistimos, silentes, para não dizer lenientes, à demora das investigações – não há preocupação em aparelhar as polícias –, às chicanas protelatórias, às provas procrastinatórias, e a persecução penal se desenvolve morosa, quase sonolenta, rumo a uma sentença retardada. Mas daí temos os recursos, e os tribunais estão assoberbados tardando no seu julgamento...

Quando se trata dos efeitos do tempo no processo penal, olvidando que a demora neste tipo de processo sempre traz impunidade, prejuízo social e total desprestígio para a justiça, apenas se examina a questão do ponto de vista da esfera de direitos do réu e, geralmente, enquanto réu preso provisoriamente, porque, do contrário, o atraso passa a interessar à esmagadora maioria dos réus. Embora o estudo da problemática do tempo no processo penal na perspectiva dos prejuízos diretos ao acusado, que acabam, de rigor, se refletindo na sociedade como um todo, seja mesmo o mais relevante – principalmente na irrefutável visão garantista de consagração dos direitos fundamentais –, não é admissível que se olvide a melhor doutrina de tecer algum comentário sobre o fator “tempo no processo penal” como instrumento de impunidade e insegurança social.

Ninguém discorda, mormente depois do advento da EC 45, que o acusado tem direito subjetivo (fundamental inclusive) ao julgamento em prazo razoável, e que a questão do excesso de prazo para formação da culpa, a pretexto da aplicação generalizada do princípio da razoabilidade, tem sido banalizada, em afronta a esse direito. Os prejuízos (patrimoniais e extrapatrimoniais) que

---

<sup>80</sup> SANTIAGO, Mir Puig. **Derecho Penal**: parte general. Barcelona: P.P.U., 1985. p. 701.

experimenta o réu, seja pelo estigma do processo, seja em razão da pena processual contida na ação penal, são graves e, muitas vezes, irreparáveis.

Por outro lado, a morosidade do processo penal, gerando, quase sempre, a prescrição da pretensão punitiva, não pode tornar-se uma tendência em face da qual aos operadores do direito seja lícito silenciar e apenas dizer amém! Afinal, uma boa parte da produção jurisdicional em matéria penal, em razão da chamada prescrição retroativa, é literalmente jogada no lixo, não gera qualquer efeito.

Não se pode, todavia, atribuir a responsabilidade pela elevada incidência de casos de prescrição única e exclusivamente à lentidão do Poder Judiciário, embora seja sob este aspecto que se examina o tema mais detidamente no presente trabalho. Se atraso há na entrega da tutela penal prometida pelo Estado, e quanto a isto não há dúvida – cuida-se de problema que demanda urgentes soluções –, é inoidável que esta demora é agravada por outros fatores, alguns deles externos à atuação jurisdicional. Prazos prescricionais exíguos e incompatíveis com as necessidades investigatórias na complexa criminalidade moderna e o avanço no pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais dos litigantes, que demanda tempo, são, exemplificativamente, fatores relevantes. Tem-se, ainda, a conspirar contra a agilidade da tutela penal, o abuso do direito de defesa que a jurisprudência hipergarantista insiste em não coibir, permitindo protelações nefastas ao célere andamento do processo penal. E mais, contribui sobremaneira a tendência da jurisprudência – muitas vezes justificada pelo temor da ineficácia da pena num sistema carcerário falido como é o nosso – de criar teses jurídicas que conduzam à prescrição, conforme será adiante objeto de análise.

É interessante, e a experiência de magistratura realça com nitidez este fenômeno, a atitude dos magistrados quanto ao reconhecimento da prescrição. Em alguns magistrados, chega-se a notar um certo grau de satisfação ao reconhecer a prescrição penal. Não raro se nota um esforço em adequar a pena aos parâmetros prescricionais. É mais fácil. Sabe-se que se trata de uma espécie de conformismo determinado pela equivocada sensação de impotência em resolver o problema. Uma idéia imprecisa de que esse deve ser solvido pelo Poder Legislativo, afinal, foi o legislador quem consagrou na lei e nos termos postos o instituto da prescrição, como se a atuação lenta do Poder Judiciário (assim como a dos demais agentes da

persecução penal) não contribuísse decisivamente para a sua ocorrência. É comum encontrarem-se publicados orgulhosamente em revistas especializadas acórdãos que reconhecem a prescrição, sem qualquer detalhe interessante ou peculiaridade digna de melhor atenção, nenhuma tese jurídica relevante. Somente se justificaria esta publicidade na medida em que o precedente, supervalorizado, teria o condão de realçar a inoperância dos agentes da persecução penal. Seria um exemplo a não ser seguido! Somente serve para desacreditar o Poder Judiciário. Casos há em que a prescrição passa a ser uma saída honrosa para solver o impasse da dúvida. Genericamente falando, a dúvida, no processo penal, deve levar à absolvição. Ao invés do juízo absolutório, aguarda-se o decurso de prazo hábil ao reconhecimento da prescrição.

### 5.3 O funcionalismo do Direito Penal e a prescrição

Estaria a prescrição, com a incidência elevada ocorrente no sistema judiciário penal brasileiro, na contramão da visão funcionalista do Direito Penal, na linha de ROXIN e JAKOBS?<sup>81</sup> É o que se procura responder doravante, em breves linhas.

A Teoria Funcional do Direito Penal, embora comporte discussões em relação ao alcance e adaptação ao nosso sistema penal, parece ter impregnado de forma definitiva, quase que como uma metodologia universalizada a afetar principalmente a teoria do delito e da pena, o ideário do penalismo moderno, até mesmo enquanto solução para o problema da falta de efetividade da tutela penal protetiva de bens jurídicos relevantes. A sua racionalidade consiste em uma visão sistemático-teleológico-valorativa, e não mais lógico-objetiva ou causal, do Direito Penal, que tende ter seus institutos orientados por finalidades hauridas da sociologia e da política criminal, a comprometer todo o contexto da dogmática e o conjunto das decisões judiciais no campo penal. Enquanto alicerçado em postulados sociológicos e de política criminal, o funcionalismo encontra seu principal fundamento de validade na perspectiva de conferir efetividade às aspirações de um grupo social num dado

---

<sup>81</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del derecho penal**. Tradução e introdução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972; \_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

momento histórico, que exige afirmação da própria norma e das respostas penais respectivas diante das infrações às regras de convivência social (problemas sociais ou ameaças à estabilidade social, no funcionalismo normativista puro de JAKOBS).<sup>82</sup>

Assentadas perfunctoriamente estas linhas mestras gerais do funcionalismo penal, cumpre verificar se prescrição penal e sua incidência patológica representam ameaças às suas bases principiológicas.

O instituto da prescrição, à luz das perspectivas sociológicas e de política criminal, está plenamente fundamentado. Hipóteses haverá em que não se justifica mais perante a estrutura social e o sistema penal a punição do infrator das regras de convivência social. É o caso do *tempo passado* entre o fato tido por delituoso e a oportunidade da reprimenda, que faz esmaecer a própria funcionalidade da pena. Deixa a pena de servir aos seus desideratos relevantes de prevenção geral positiva, passando a constituir mera vingança, e, para além deste aspecto, o risco de desacerto e injustiça de uma condenação cresce consideravelmente na proporção direta do tempo transcorrido.

Analisando o instituto da prescrição na perspectiva funcionalista de ROXIN E JAKOBS, observa MACHADO que “o fundamento primário da prescrição está inserido na Constituição Federal, orientada pelos postulados do Estado Democrático de Direito, notadamente no que se refere à dignidade da pessoa humana, inserindo-se no sistema penal como instituto de política criminal”.<sup>83</sup> E conclui:

Quando se reconhece essa base constitucional à prescrição, tem-se em consideração que o Estado garantista tutela o *ius libertatis* do cidadão, em desprestígio do exercício da ação penal ou da aplicação de uma pena contra aquele, denominado pela doutrina clássica como *ius puniendi*, em razão da ausência de motivos ensejadores de prevenção geral positiva que acarretassem ao final na aplicação de uma pena. Com isso se quer dizer que, ainda que violada a norma penal, não se consubstancia por parte do Estado e da sociedade qualquer dúvida acerca da motivação ou confiança de que a norma é capaz de solucionar o conflito *in abstracto*, ou de que deve a norma ser cumprida pelos demais, até mesmo pelo convencimento de sua qualidade e propriedades, mantendo-se reforçada essa convicção e a solidariedade social. Aplicando-se *a contrario sensu* uma pena ao arrepio dos postulados preventivos gerais positivos, implica dizer que essa pena é desnecessária, e, assim sendo reconhecida, a mesma

<sup>82</sup> ROXIN, 1972.

<sup>83</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 189-90.

atenta contra a dignidade da pessoa humana e à ordem democrática, servindo então a prescrição como instituto garantista contra o abuso do próprio Estado em manejar uma pena na situação descrita.<sup>84</sup>

Fixada a premissa de que doutrina funcionalista até certo ponto explica o instituto da prescrição acenando com a desnecessidade da pena enquanto resposta à estrutura social, impõe-se examinar se o sistema legal de disciplina da prescrição no Direito Penal brasileiro resiste a uma análise à luz dos postulados sociológicos e de política criminal que presidem a funcionalidade do Direito Penal, tais como difundidos doutrinariamente.

A resposta agora deve ser negativa. Na visão sociológica de JAKOBS, verifica-se que o instituto, tal como ora disciplinado, é incompatível com as aspirações sociais, pois, ao neutralizar as demais normas penais punitivas, gera a incerteza de aplicação a norma penal. Se a idéia de que as normas penais, diante da prescrição, remanescem para incidência em outros casos, é verdadeira a partir de uma análise do instituto em si mesmo, deixa de sê-lo, todavia, quando se constata que a prescrição, em razão da exigüidade dos prazos de reconhecimento, das antinomias e idiosincrasias do sistema penal, passa a ocorrer em um número excessivo de casos, conforme está demonstrado exemplificativamente no capítulo anterior.

Para a corrente funcionalista roxianiana, que se assenta na idéia de uma política criminal fulcrada em postulados sistemático-valorativos, as antinomias se evidenciam com maior intensidade. A ruptura da coerência sistemática frustrando as linhas traçadas pela política criminal do Estado fica patente quando se examina a estatística e constata-se que a prescrição ocorre em elevado percentual dos casos, desnudando a total ausência de eficiência e eficácia social do Direito Penal.

Dir-se-ia que o problema não é do sistema penal, mas sim da morosidade da máquina administrativa empenhada à persecução penal (polícia, ministério público e judiciário). Mas não se pode olvidar que a atuação dos agentes da persecução penal compõe o sistema penal. Não é possível destacar da fisiologia e da dinâmica do sistema penal os seus desempenhos, que, mesmo quando revestidos de celeridade, não evitam a prescrição. É fácil verificar que existe uma

---

<sup>84</sup> MACHADO, 2000, p. 190.

quase impossibilidade material de consumação dos estágios de aplicação da norma penal em tempo razoável e suficiente para impedir que se consumem os prazos prescricionais, isto porque as importantes conquistas garantistas, que, aliás, não se pode cogitar de suprimi-las, tornam o processo penal naturalmente demorado. Se a Justiça Federal, que goza de relativo prestígio de celeridade em matéria penal, exemplarmente considerada, registra dados estatísticos reveladores de uma incidência que se reputa *patológica*, não é preciso muito mais esforço argumentativo para concluir-se que o sistema penal como um todo carece de reformas.

#### **5.4 Prescrição e impunidade: falta de legitimidade social**

Uma primeira premissa deve ser examinada: é possível cogitar-se de impunidade quando se reconhece a prescrição, considerando a chamada “teoria do esquecimento” que fundamenta este instituto? Entende-se que sim. Se é certo que o decurso de tempo entre o fato e a condenação arrefece a necessidade da pena, não menos certo é que, mesmo havendo este desinteresse, configurada estará a impunidade (ausência de punição para um fato considerado crime). Talvez se pudesse alvitrar de uma impunidade irrelevante ao senso social, se não fosse o atraso na persecução penal, que gera a prescrição e a impunidade, um fenômeno atrativo da repulsa social veemente. Com esta observação, pode-se afirmar que um ou outro caso de prescrição, considerado isoladamente, é irrelevante enquanto impunidade à estrutura social, mas a ocorrência intensa de prescrição, revelando a ausência de resposta penal a um número considerável de casos, numa análise sistemática do conjunto de fatores, desvela um sentimento social de impunidade que merece ser considerado. Do ponto de vista da política criminal, que se interessa pelo todo, a prescrição, enquanto ocorrente em um percentual superior a 10% dos casos julgados, como ocorre na Justiça Federal, é sim sinônimo de impunidade.

A impunidade pode ser de fato, quando o sistema legalmente concebido falha na punição, e de direito ou normativa, quando a lei se desinteressa pela punição, não criminalizando determinada conduta.

Na lição de MENDES DE ALMEIDA, “a lei penal é primacialmente de interesse público, e, por corolário, que, uma vez violada, a efetivação das penas

interessa à coletividade mais do que aos ofendidos pelo crime”.<sup>85</sup>

Em tempos de criminalidade intensa, medrando delitos de todas as espécies, transparece unísono o clamor social contra a impunidade. A sociedade, vítima potencial, exige mais segurança contra a delinqüência e, ao mesmo tempo, punição, se possível, rigorosa e efetiva. E exige justamente da justiça penal. Consoante assevera MACHADO, o enfrentamento da problemática da prescrição desafia a própria eficiência do Direito Penal a ser analisada de forma sistemática:

As questões acerca da eficiência do Direito Penal, da pena e da não punição e suas causas de extinção, v.g. a prescrição penal, não podem ser compreendidas num contexto isolado, mas dentro da própria legitimidade do Direito Penal, hoje tão questionada e guerreada devido ao aumento empírico da criminalidade e da incapacidade do Estado em combatê-la.<sup>86</sup>

A prescrição penal, seja pela demora dos órgãos partícipes da persecução penal, especialmente polícias, Ministério Público e Justiça, seja pelas antinomias do sistema penal, que necessita de reformas, é representativa de uma tutela penal insuficiente, senão que inexistente. É no dizer de GUARAGNI, a “ausência de respostas quaisquer em nível penal para o fato, apagando-se todos os seus efeitos penais”.<sup>87</sup> De fato, a consequência mais grave da prescrição é a falta de resposta penal por parte do Estado para situações que receberam o comando constitucional de proteção penal.

A demora na entrega da tutela penal faz com que a persecução penal, em todos os níveis, não se consume em tempo hábil, a ponto de evitar a extinção do pretensão punitiva ou executória do estado pela prescrição. Isso traduz-se em impunidade de fato, e dispêndio para o Estado. Depois de movimentar-se a máquina policial para investigar, o Ministério Público para denunciar e o Judiciário para processar, até se chegar a um juízo condenatório, em razão do tempo decorrido, todo o esforço empreendido é inócuo e não mais se pode punir ou executar a pena imposta. É como se o delito não tivesse ocorrido.

De certa forma, a impunidade, embora não seja adequado e correto generalizar esta assertiva, é um fenômeno que tende a não ocorrer em relação ao

---

<sup>85</sup> MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. **Processo Penal. Ação e Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 110.

<sup>86</sup> MACHADO, op. cit., p. 139.

<sup>87</sup> GUARAGNI, op.cit., p. 43.

réu pobre, que, invariavelmente, acaba condenado e vai engrossar as filas dos habitantes de nosso falido, sucateado e, portanto, não-hábil à recuperação dos apenados, sistema carcerário.

Para além da lesividade direta ao tecido social, tem-se, correlatamente, outra conseqüência negativa deste fenômeno, consubstanciada na crescente perda de legitimidade (aceitação) do Judiciário enquanto Poder, em face da sociedade. Cada vez mais transparece aos olhos de todos a ineficiência da justiça para o cumprimento de seus fins. Ninguém ignora que a impunidade, tirante o exagero midiático, embora não se trate de fenômeno que diz respeito apenas ao Poder Judiciário, invariavelmente é creditada à responsabilidade deste Poder. Isto causa um distanciamento institucional das aspirações sociais. O homem do povo já não acredita mais na justiça penal e tem como certo que não foi ela concebida para punir os poderosos.

A prescrição da pretensão punitiva, ademais, interfere negativamente no exercício do direito indenizatório da vítima. Conforme dispõe o art. 63 do Código Penal, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Esse artigo, de sua vez, é reflexo do disposto no art. 91 do Código Penal: “São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Assim, deve-se acrescentar a este quadro o grave prejuízo à vítima do delito praticado, que poderia executar a sentença condenatória, mas, em razão da inoperância do Estado, perde este direito. Com efeito, se a prescrição apaga todos os efeitos da condenação, fica inviabilizada a execução automática dos prejuízos decorrentes do delito, devendo a vítima propor ação autônoma.

Por fim, não se pode esquecer que a probabilidade de que a pena se faça efetiva compõe o custo/benefício do delito no ideário daquele que o pratica. Os efeitos dissuasórios da ameaça de pena e sua gravidade culminam por arrefecer-se na mesma medida em que se reduzem as probabilidades de que esta venha a efetivar-se.

### 5.5 A prescrição como variável que viola o princípio igualizador das partes no processo penal

É cediço que a justiça penal brasileira revela um matiz de seletividade que não se compadece com o ideário do Estado Democrático de Direito. A seletividade da justiça penal, até como reflexo da atuação do legislador, é um fenômeno estatisticamente comprovável. Basta uma pesquisa nos estabelecimentos carcerários para constatar que neles estão reclusos, em sua maioria esmagadora, os excluídos por pobreza ou outras contingências sociais. Esta tendência elitista e infeliz é agravada quando se trata da impunidade decorrente da prescrição penal, repercutindo flagrante violação ao princípio igualizador.

O princípio da igualdade exterioriza uma relação de plena identidade com o Estado Democrático de Direito. Funciona, leciona FELDENS,

como um fio condutor que permeia as demais categorias político-normativas explicitadas na Constituição”, pulverizando “efeitos que não se devem deixar consumir em discursos retóricos e ações estatais – executivas, legislativas e judiciárias – que comumente tendem a exaltá-lo no atacado e a abandoná-lo no varejo.<sup>88</sup>

Não bastasse o descumprimento da missão de pacificação social do direito penal e a manifesta e renitente tendência de seletividade traduzida na atuação da justiça penal, a incidência patológica da prescrição penal desvela-se, em termos práticos, como um fator de desigualdade substancial na aplicação do direito penal. Explica-se: o réu mais débil economicamente produz uma defesa mais singela, sem requerer muitas provas, sem alegar muitas nulidades, sem a experiência e a técnica defensiva apurada dos grandes escritórios de advocacia. O réu melhor aquinhado economicamente recebe a assistência, invariavelmente, de uma defesa técnica que lança mão de todos os meios defensivos. Nenhuma crítica a esta amplitude defensiva, quando não ingressa no perigoso e ilegal campo da protelação e da chicana – o que é muito comum. Mas, resumindo, a constatação de longos anos de magistratura é no sentido da agilidade e da rapidez do trâmite dos processos penais com réu que não tem condições de constituir advogado – e não vai aqui qualquer crítica ao trabalho da defensoria pública, incansável em esforços, mas com estrutura deficitária e insuficiente. É um processo que tem curso rápido e

---

<sup>88</sup> FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 81.

que dificilmente se submete a alguma forma de prescrição.

Essa empírica constatação autoriza a crítica do sistema, também por este aspecto desigualizador do tratamento das partes no processo penal, vale dizer: *a incidência quase que elitista do fenômeno prescritivo penal*. É claro que para este aspecto pouco contribui a inoperância da justiça. É apenas um dado a mais, manuseado para evidenciar as conseqüências nefastas da ocorrência da prescrição penal.

Quando se fala de igualdade e de isonomia, no trato da questão da lentidão da justiça penal, rememorando o princípio do devido processo legal em seu aspecto substantivo,<sup>89</sup> fica claro que não assegura a igualdade almejada pelo direito à mera forma de regulação geral e abstrata e de aplicação igualitária da lei. Outorgar o mesmo tratamento a todas as pessoas, sem observar as distinções que a complexidade social lhes impõe, é também uma forma de violar o princípio da igualdade. A igualdade, enquanto conceito relativo, exige análise e confrontação das diferentes situações em que se encontram os diversos sujeitos de direitos. Somente com a determinação das características essenciais de cada um é que se pode eleger soluções capazes de equiparar as diferentes situações, vale dizer, de corrigir as distorções então existentes. Idêntico fundamento que impõe tratamento isonômico para os que estão em situações iguais exige que se dedique tratamento diferenciado aos que se encontram em situações desiguais, como que autorizando uma espécie de “discriminação inversa”.

PORTANOVA enfoca o princípio da igualdade enquanto elemento ativo para promover a *igualização* dos destinatários da norma. É nesse sentido o seu escólio:

---

<sup>89</sup> Sabe-se que o princípio do devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) compreende dois aspectos: (a) **processual** (*procedural due process*), de cunho eminentemente procedimental, vocacionado para assegurar o direito de livre e efetivo acesso à prestação jurisdicional, possibilitando a dedução da pretensão pelo autor e a defesa do réu, conforme a moldura legal previamente estabelecida e da forma mais eficaz possível, ou seja, em *tempo razoável*; (b) **substantivo** (*substantive due process*), essencialmente dirigido a proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer espécie de legislação ou decisão judicial que se revele opressiva ou atentatória aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sob este enfoque (substantivo), o princípio do devido processo legal coloca-se, nas decisões judiciais, como imperativo de um julgamento justo, calcado na aplicação da lei segundo os valores eleitos na Constituição, em favor da efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais (vida, saúde, liberdade, patrimônio, meio ambiente etc).

O princípio jurídico da igualdade ou da isonomia é um princípio dinâmico. Melhor se diria ao denominá-lo *princípio igualizador*. Ou seja, não se trata de uma determinação constitucional estática que se acomoda na fórmula abstrata “todos são iguais perante a lei”. Pelo contrário, a razão de existir de tal princípio é propiciar condições para que se busque realizar a igualização das condições desiguais. É que, havendo indiscutivelmente desigualdades, a lei abstrata e impessoal que incida em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça.<sup>90</sup>

Apenas para destacar um aspecto deste viés que se empresta ao princípio isonômico, elege-se a questão dos poderes instrutórios do juiz. É cediço que o direito processual encontra-se pautado por princípios publicistas, que se colocam muito mais em termos do interesse estatal na efetividade da prestação jurisdicional do que em prol do interesse que impulsiona as partes no litígio. O escopo social (função social) da jurisdição é pacificar com justiça, e o bom desempenho deste mister é condicionado à efetividade da tutela jurisdicional. Este apanágio essencial da jurisdição acha-se intimamente vinculado aos poderes instrutórios do juiz, que não pode ser um mero espectador privilegiado do embate probatório travado entre as partes, inerte e passivo. Do juiz exige-se posição ativa e pleno exercício dos poderes instrutórios que a lei lhe confere, sobretudo quando se faça imperioso suprir as deficiências das partes para superar desigualdades e restabelecer a *par conditio*. Só assim é que se aproximará da verdade real. Nunca se pode perder de vista que, na maioria das vezes, a deficiência ou indigência probatória da parte é decorrente do desequilíbrio material fundado em aspectos culturais, técnicos ou econômicos, que o juiz deve compensar no processo para possibilitar a igualdade material ou real.

Como bem assinalou GRINOVER:

A iniciativa oficial no campo da prova não embaraça a imparcialidade do juiz. Quando este determina a produção de prova não requerida pelas partes, ainda não conhece o resultado que esta prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> PORTANOVA, Rui. Os Princípios Constitucionais do Processo Civil. **Revista da ESMESC/TJSC**, v. 6, p. 63.

<sup>91</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **A Marcha do Processo**. São Paulo: Forense Universitária, 2000. p. 85.

## **5.6 Prescrição e a frustração da tutela penal do meio ambiente: um exemplo de total impunidade**

São muito raros os casos em que se consuma a persecução penal em delito contra o meio ambiente sem que se reconheça a prescrição. Consoante revelou a pesquisa cujos resultados encontram-se na página 112, o índice apurado foi de 6,8% dos casos de prescrição levantados nos julgados criminais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Trata-se de um índice elevado e alarmante, pois a incidência de recursos em processos crimes que tem por objeto crimes ambientais é pequena no âmbito dessa Corte, isto porque a competência da Justiça Federal é muito restrita nos delitos ambientais, e muito mais a do Tribunal Regional Federal. A maioria dos casos desafia a competência da Justiça Estadual, e quando tratam de matéria da competência federal são direcionados aos Juizados Especiais Federais Criminais, cabendo o exame de eventual recurso às Turmas Recursais.

As penas cominadas aos delitos ambientais são penas quantitativamente reduzidas.<sup>92</sup> Os delitos ambientais, ademais, não apresentam efeitos imediatos, protraindo-se no tempo e quase sempre produzindo efeitos sensíveis ao bem jurídico tutelado tempos depois da ação, fator que impede ou, pelo menos, dificulta a descoberta e a investigação do delito.

De rigor, penso que os crimes ambientais deveriam ser imprescritíveis, ao lado de outros que a própria Constituição assim considera, como é o caso dos crimes de racismo. O direito ambiental tem conotação patrimonial indireta, pois visa a garantir, em última análise, a própria vida no planeta, operando com direitos e interesses, portanto, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

A prescrição fulmina o direito de ação (ou a pretensão punitiva) por inércia no tempo do titular do direito. Com efeito, se o titular do direito ao meio ambiente hígido não é determinado (titularidade difusa, pois não é possível tratar o direito ao meio ambiente como um direito subjetivo de cada indivíduo da sociedade: há uma pluralidade difusa de vítimas), como se pode cobrar a ação (o exercício da pretensão) e punir a inércia?

Ademais, os efeitos do dano ambiental comumente se protraem no tempo, indefinidamente, impossibilitando que se tenha como certo o marco inicial do prazo prescricional. Vale citar, a propósito, o escólio de MARCONDES e

---

<sup>92</sup> Os crimes ambientais estão previstos na Lei n. 9.605, de 1998, e em leis especiais.

BITTENCOURT:

Por outro lado, o tempo que dura a inércia não pode, tampouco, ser revelado, pois o dano ambiental pode ter amplitude tal, que venha a repercutir não só nas gerações atuais como nas futuras. Restaria severamente prejudicada a proteção constitucional das gerações futuras a um meio ambiente equilibrado, se fosse admitida a idéia de prescrição. O dano ambiental, é sabido, não se manifesta, necessariamente logo após o acontecimento do sinistro. As relações jurídicas do direito ambiental flutuam em espaço e tempo diversos das relações individuais.<sup>93</sup>

No que tange à responsabilidade civil por dano ambiental, o STJ tem reconhecido a imprescritibilidade da ação reparatoria: “A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível” (REsp. nº 647493, 2ª Turma, DJU 22/10/2007, p. 233, relator Ministro João Otávio de Noronha).

Não se descortina, então, justificativa razoável, máxime em razão da especial proteção que a Constituição confere ao meio ambiente, inclusive com a responsabilização penal da pessoa jurídica, para não se conferir um tratamento especial ao instituto da prescrição quanto se cuida da tutela penal do meio ambiente.

O sistema legal, tal como concebido, não cumpre sua função de garantir eficácia à proposta constitucional de proteção especial ao meio ambiente. Quiçá se devesse, alternativamente, porque a imprescritibilidade, além de não ser bem vista pela doutrina internacional,<sup>94</sup> demandaria difícil modificação constitucional, trabalhar com maior amplitude a idéia de delito permanente, ficando condicionado o início do prazo prescricional à cessação da atividade lesiva ao meio ambiente (art. 111, inciso III, do Código Penal) ou ainda à reparação do dano ambiental, como uma nova causa impeditiva da prescrição acrescida às hipóteses elencadas no art. 116 do Código Penal. Com isso ficaria afastada a necessidade de aumento das penas fixadas na Lei dos Crimes Ambientais, medida, aliás, que não resolveria o problema.

### **5.7 De quem é a maior responsabilidade pela ocorrência patológica da prescrição penal?**

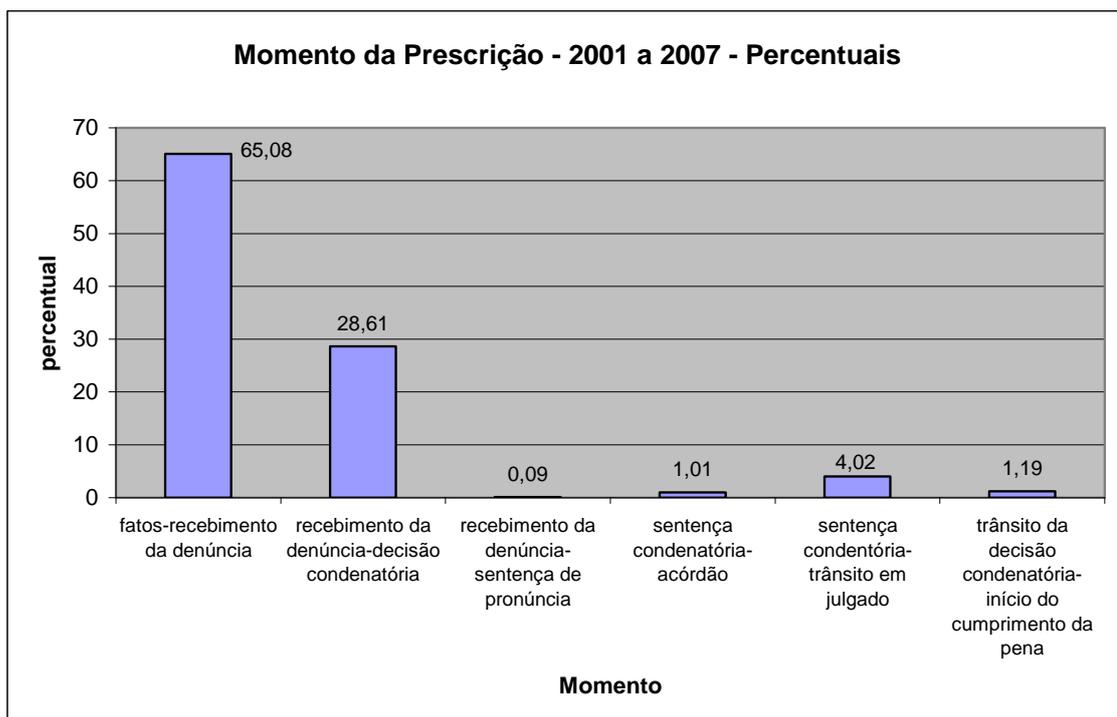
Esta é uma pergunta de resposta difícil e complexa. Melhor seria

<sup>93</sup> Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental. **Revista Direito Ambiental** n. 3, a. 1, jul./set. 1996, Editora Revista dos Tribunais, p. 146.

<sup>94</sup> A imprescritibilidade representa um viés que tem recebido o repúdio da doutrina internacional. Como observa FIGUEIREDO DIAS, ao instituto da prescrição estão sujeitos *quaisquer tipos de crime*, sem consideração pela sua *natureza* ou pela sua *gravidade* (DIAS, Jorge de Figueiredo, **O Direito Penal Português**, p. 703).

atribuir a responsabilidade ao sistema penal. Quando se fala em morosidade da justiça e sobre os efeitos do tempo no processo penal, é preciso distinguir entre as atividades dos diversos agentes implicados na persecução penal, desde a fase investigatória até a final execução da sentença. A persecução penal inicia-se geralmente com a investigação policial consubstanciada no inquérito e também, para alguns delitos, como são exemplos os fiscais, os previdenciários e os praticados por funcionários públicos, a investigação se inicia na Administração, que, depois, representa à autoridade policial para abertura de inquérito, ou, algumas vezes, representa diretamente ao Ministério Público, que é o titular da ação penal, incumbindo-lhe oferecer eventual denúncia. Depois de oferecida a denúncia ou queixa, se recebida esta, incumbe ao Poder Judiciário processar e julgar a ação penal e executar a pena eventualmente imposta, intervindo novamente a polícia para cumprir mandado de prisão que tenha sido expedido em desfavor do condenado. Este é o roteiro sintético da persecução penal, que vamos encontrar na maioria dos casos, com algumas variações.

Para melhor identificar a intensidade da ocorrência da prescrição nas respectivas fases da persecução penal, realizou-se pesquisa estatística de dados levantados no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, considerando-se os julgamentos de apelações e revisões criminais da Seção Especializada em matéria penal, composta pelas 7ª e 8ª Turmas, no período de 2001 a 2007. Os resultados, em termos percentuais, foram os seguintes:



Pode-se constatar que a maior incidência de casos de prescrição ocorre tomando-se por base o interregno de tempo entre o *fato* e a *denúncia*, apurando-se um índice de 65,08% das hipóteses em que declarada a prescrição, sendo que na fase posterior ao recebimento da denúncia, até a data da decisão condenatória, o índice foi de 28,61%.

É intuitiva a conclusão superficial, a partir desses dados, de que se tem problemas de demora na investigação (inquérito) e no oferecimento da denúncia, atividades a cargo da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Diz-se superficial porque esta conclusão precisaria estar alicerçada em pesquisa mais completa, em que ficassem bem delimitadas estatisticamente as respectivas responsabilidades. A experiência indica que a maior fração do prazo prescricional é consumida desde o fato criminoso até a conclusão do inquérito,<sup>95</sup> quando, então, o apuratório está apto para a deflagração da ação penal com a denúncia do Ministério Público. Os dados levantados, entretanto, são um indicativo de que o sistema não está funcionando a contento, e que as citadas instituições necessitam aperfeiçoar suas atuações buscando maior celeridade.

Embora não se possa afirmar a ausência de responsabilidade total do Poder Judiciário na fase pré-processual e administrativa da persecução penal, que se desenvolve, no sistema acusatório que adotamos, sem qualquer impulso judicial, tem-se que a este cumpre fiscalizar o cumprimento do prazo de conclusão do inquérito e para oferecimento da denúncia, misteres de que nem sempre se desonera. De qualquer sorte, é muito elevada a incidência de casos de prescrição considerado interregno entre o recebimento da denúncia e decisão condenatória (28,61% dos casos em que se declarou a prescrição), o que denuncia também demora atribuída ao Poder Judiciário.

A partir dos dados referidos, passa-se a uma breve análise da atuação dos principais atores do processo penal e dos fatores influentes para a ocorrência da prescrição penal.

---

<sup>95</sup> A descoberta de um delito é um fenômeno aleatório. A tendência é que, cada vez mais, a sofisticação dos crimes torne a descoberta e o início das investigações distantes e afastados no tempo da sua prática.

## 5.8 Morosidade do Inquérito

Nossas Polícias Judiciárias, cuja atribuição é levantar os dados informativos sobre a materialidade e autoria do delito, são carentes de infra-estrutura técnica, falta-lhes equipamentos, recursos humanos e tecnologia. Os servidores policiais, especialmente nos Estados, são muito pouco valorizados, não recebem a formação e o treinamento necessários. O resultado disso é um inquérito moroso e tecnicamente insuficiente. São reiterados pedidos de prorrogação do prazo para a conclusão do inquérito, com a complacência do juiz da causa e do Ministério Público. Os prazos legais são excedidos e já se banalizou o fundamento de razoabilidade para relevar excessos de prazo constitutivos de constrangimento ilegal ao indiciado. Tudo hoje se acomoda perfeitamente no *mau uso do princípio da razoabilidade*, até a mais flagrante inoperância dos agentes da persecução penal, mesmo quando se encontra o investigado cautelarmente segregado.

As dificuldades encontradas pelas Polícias não são poucas, podendo-se destacar, exemplificativamente, a ausência de agilidade no atendimento às solicitações, por parte da Receita Federal, instituições bancárias, BACEN e outros. O próprio Poder Judiciário muitas vezes é lento no exame e expedição de mandados de busca e apreensão e na autorização para quebras de sigilo. Especialmente para o combate ao crime organizado, ressentem-se as Polícias de recursos humanos qualificados e equipamentos de alta tecnologia mais adequados. Sabe-se também que falta dinheiro para viagens e diárias, impedindo e retardando a apuração dos delitos que hoje tendem inclusive à transnacionalidade. Não se desconhece ainda a falta de um maior entrosamento e integração entre as diversas entidades implicadas no combate à criminalidade.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.209/2001 que cuida da reforma do Código de Processo Penal, destacando-se quanto ao tema, a proposta de nova redação ao parágrafo 1º do art. 10 do CPP, estabelecendo que nos inquéritos policiais em que não houver investigado preso, o prazo para a conclusão do procedimento será de 60 dias. Não sendo este prazo respeitado, “o ofendido poderá recorrer à autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público, objetivando a finalização do inquérito e a determinação da responsabilidade da autoridade e de seus agentes”.

Embora a proposta de disciplina legal da matéria não tenha o

condão de resolver o problema, significa ela uma sinalização positiva, um passo no sentido da agilização do inquérito, imprescindível que se faz para a redução dos casos de prescrição penal, conforme dados os dados estatísticos antes referidos, reveladores de uma maior incidência de prescrição tendo por base o interregno entre os fatos e o recebimento da denúncia (65,08%).

### **5.9 Denúncia demorada**

Em boa medida porque refém da demora investigativa, o Ministério Público também atrasa no oferecimento da denúncia. O histórico dos casos de prescrição, refletido na estatística dos julgamentos no âmbito do TRF da 4ª Região, antes referida, confirma tal assertiva.

A deficiência estrutural, os inquéritos mal instruídos, muitas vezes refletindo o total despreparo das autoridades policiais; a falta de agilidade da justiça no exame e deferimento de pedidos de urgência, a ausência de colaboração das demais entidades que possuem informações essenciais ao exercício acusatório contribuem para que o Ministério Público demore no oferecimento da denúncia.

Notadamente nos crimes econômicos, matéria em que, pela complexidade e investigação demorada, há uma grande incidência de prescrição penal (algo em torno de 40% dos casos de prescrição reconhecidos nos julgamentos criminais do TRF da 4ª Região no período de 2002 a 2007, conforme demonstrativo constante da página 112), pode-se destacar algumas deficiências do Ministério Público: ausência de um corpo técnico especializado em técnicas investigativas, inclusive contando com a presença de economistas, contadores e especialistas tributários e carência de treinamento adequado e recursos de alta tecnologia. Ademais, da mesma forma, repercute no Ministério Público a ausência de um maior entrosamento e integração entre as diversas entidades implicadas no combate à criminalidade organizada financeira (Receita Federal, INSS, BACEN etc).

Vale lembrar que na maioria dos delitos da competência da Justiça Federal, especialmente nos tributários, nos praticados contra o sistema financeiro e contra a Administração Pública, tem-se demora na conclusão do apuratório administrativo que vai gerar a representação criminal ao Ministério Público, dado que justifica em boa medida a ocorrência elevada de prescrição nessas espécies delitivas.

### 5.10 O papel e a contribuição da advocacia para a lentidão do processo penal

A advocacia precisa estar cônica de seu importante papel de auxiliar nas questões da administração da justiça (art. 133 da Constituição) e focar a questão da demora do processo penal enquanto problemática complexa cuja solução demanda a cooperação ativa de todos os operadores do direito (especialmente advogados, membros do ministério público e juizes, cada um de per si e por meio de suas entidades associativas). É preciso criar uma cultura de agilização, eliminando as práticas protelatórias e tratando o processo como um instrumento ético<sup>96</sup> de pacificação social, que, portanto, precisa ter um curso abreviado.

O exercício do patrocínio de defesa criminal é extremamente complexo e dificultoso. Nosso processo penal, além de lento, ainda apresenta resquícios inquisitoriais. Não se pode dizer que todos os direitos e garantias conferidos principalmente pelo direito internacional estejam plenamente incorporados ao nosso sistema processual penal. Convive-se com os excessos de prazos, com o autoritarismo e a insensibilidade judicial, e, sobretudo, com uma perigosa tendência antigarantista que ameaça comprometer as estruturas democráticas e os fins mesmos do processo penal.

Fruto do exercício da magistratura criminal, de vários anos, posso aviar meu testemunho no sentido de que a advocacia criminal brasileira, com raras exceções, é extremamente ética e preocupada com o aperfeiçoamento da justiça penal. Não são comuns, mas, naturalmente, existem atos protelatórios. O advogado criminal quase não contribui para a demora do processo penal. É certo que nada faz para que se agilize o *iter* processual, salvo quando seu cliente está preso preventivamente, silenciando olímpicamente diante do engavetamento do processo nos armários judiciais. São raríssimos os casos de pedido de preferência para um processo criminal com réu respondendo em liberdade. Disso pode-se intuir que a possibilidade latente de que ocorra a prescrição compõe, via de regra, o ideário defensivo. Não se pode recriar a defesa por contar com esta alternativa legal.

---

<sup>96</sup> O Código de Ética e Disciplina da Advocacia, expressamente, impõe ao advogado o dever de contribuir para o aprimoramento das instituições do Direito e das Leis (inciso V do parágrafo único do artigo 2º).

Algumas vezes, no entanto, constata-se abuso do direito defensivo refletido nas escusas injustificadas ao recebimento de citações, alterações de endereço sem comunicar ao juízo, pedidos de diligências despidas de relevância probatória, arrolamento de testemunhas inexistentes, com endereço errado ou meramente abonatórias e residentes no exterior, interposição de recursos temerários e flagrantemente infundados, com o escopo exclusivo de protelar o desfecho da ação penal. Estas práticas, dentre outras, fazem com que o processo se estenda muito além de seu ideal prazo de duração.

Há no sistema de recursos do Código Penal uma interminável possibilidade de interposição recursal que não permite tenha fim a controvérsia. Está evidente que os “filtros recursais” (repercussão geral, súmulas vinculantes e recursos repetitivos) devem ser estendidos no mínimo ao Superior Tribunal de Justiça. E é na seara recursal que se verifica a maior incidência de abusos do direito defensivo. Constata-se, por exemplo, com relativa freqüência, a reiteração infundada (é certo que com o beneplácito judicial) de embargos declaratórios que têm, exclusivamente, o desiderato de levar ao aperfeiçoamento do prazo prescricional que se avizinha, em atitude meramente protelatória e antiética.

Outro foco de atraso na entrega da tutela penal tempestiva pelos tribunais decorre da impetração de *habeas corpus* com finalidade desvirtuada de sua essência (remédio processual de garantia da liberdade de locomoção), vale dizer, como sucedâneo recursal, com se fosse um agravo de instrumento de decisão interlocutória proferida no processo criminal. Há uma prodigalização do instrumento de garantia mais importante do processo penal. No Superior Tribunal de Justiça, chegou a cem mil o número de *habeas corpus* autuados. Este número é muito preocupante e está totalmente fora da capacidade de julgamento daquela Corte. A realidade do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Federais e dos Estaduais não é muito diferente. Ocorre que o julgamento de *habeas corpus* é preferencial em relação aos demais processos, isto faz com que culmine por comprometer tempo precioso dos tribunais, muitas vezes para examinar questões que refogem completamente ao âmbito do *habeas corpus*. Obviamente, enquanto se tenta adiantar um juízo de absolvição sumária por meio do remédio heróico, milhares de outras ações aguardam paralisadas. Debruçam-se os juízos impetrados a prestar informações num trabalho desnecessário e que compromete o escasso tempo do

juiz e de sua equipe de apoio.

Advogados há que são avessos aos progressos tecnológicos, e tudo fazem no processo de forma presencial ao foro, quando poderiam fazê-lo, talvez até mais eficazmente, pela rede mundial de computadores (Internet), comprometendo tempo precioso de serventuários da justiça.

Fica assim evidenciado que os advogados podem contribuir em vários aspectos para a agilização do processo penal, sem que isto represente abrir mão de suas prerrogativas laborais, nem sacrifício à defesa.

### **5.11 A jurisprudência e a sua contribuição para a prescrição**

Apenas para ilustrar, trago ao debate, alguns entendimentos consolidados na jurisprudência que abrem caminho para o reconhecimento das mais diversas formas de prescrição previstas no sistema penal pátrio. Obviamente, não se pretende com a descrição sumária destas posições, discutir a jurisprudência enquanto fonte criadora do direito, nem negar o seu caráter de fonte reprodutora da consciência e do interesse social em um determinado momento histórico. Muito menos se alvitra revolver matérias já pacificadas. Não se trata disso, definitivamente, não é o que se pretende. Afinal, a força normativa da lei está estreitamente vinculada ao grau de eficácia e validade da interpretação judicial. Almeja-se, tão-somente, evidenciar a construção, ao longo do tempo, de um arcabouço jurisprudencial que contribui para que o Estado incida em mora quanto ao seu dever constitucional de proteção dos bens jurídicos fundamentais.

#### **5.11.1 Prescrição e crime continuado**

A posição do STF quanto ao crime continuado, refletida na Súmula nº 497, não considera o aumento de pena decorrente da continuidade delitiva para fins prescricionais. Este entendimento, de rigor, está alinhado com a regra do art. 119 do Código Penal (“No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”). Há, no entanto, quem defenda, a partir desta orientação sumular, ser possível o reconhecimento da prescrição apenas em relação ao acréscimo da continuidade. Em recente publicação sobre o tema prescrição, FAYET JÚNIOR et al assim se manifestam:

pode-se, perfeitamente, sustentar que o crime continuado tenha em seu acréscimo legal um ente com personalidade própria,

desvinculado de sua base e devendo, portanto, nessa linha de inteligência, ser avaliado, para fins prescricionais, insuladamente do bloco ficcional unitário da continuação. Trata-se, evidentemente, de um alargamento interpretativo, absolutamente admissível, uma vez que *favor rei*, da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal. A *thesi*, pouco a pouco, ganha força, projetando-se para a doutrina, como se pode ler em Damásio de Jesus: 'de acordo com o caso concreto, é justo que o acréscimo seja desvinculado para efeito de prescrição da pretensão executória'.<sup>97</sup>

A tese, em exame perfunctório, parece pecar pela desconsideração do próprio fundamento da continuidade delitiva, que pressupõe um liame, uma relação entre os delitos praticados, fundamento este que norteou a edição do referido enunciado sumular, que não pode ser cindido. A jurisprudência não dá guarida a esse entendimento, conforme ilustram os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - CONTINUIDADE DELITUOSA - PARAMETROS. O acréscimo decorrente da continuidade delitiva não é computado para efeito do enquadramento da hipótese em um dos incisos do artigo 109 do Código Penal. O fato não autoriza, no entanto, que se dissocie o acréscimo, visando, a partir do período a ele correspondente, a indagar da pretensão punitiva do Estado considerado o instituto. Uma coisa é examinar a prescrição em face ao crime que acarretou o acréscimo (Celso Delmanto, in Código Penal Comentado, Editora Renovar, Segunda Edição, paginas 203 e 204). Algo diverso é levar-se em conta o aumento para, em relação a ele, e tendo em vista os prazos do artigo 109 do Código Penal, dizer-se, de forma isolada, da prescrição da pretensão punitiva do Estado relativamente ao acréscimo decorrente da continuidade delitiva (STF, HABEAS CORPUS 70806/SP, DJ 10-06-1994, p.14788, Relator Ministro Marco Aurélio).

PRESCRIÇÃO. CRIME CONTINUADO: ACRÉSCIMO DA PENA. NÃO HÁ CABIDA PARA A PRETENSÃO AJUIZADA, QUE VISA A OBTER QUE A PRESCRIÇÃO INCIDA SOBRE O ACRÉSCIMO DA PENA DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA, CONSIDERANDO-SE ISOLADAMENTE TAL ACRÉSCIMO (STF, HABEAS CORPUS 65734/SP, RTJ 125-03, p. 1085, Rel. Min. Aldir Passarinho).

Vale destacar o PLC 1184/2007, que altera o art. 109 do CP, propondo que o tempo de prescrição leve em conta, no concurso de crimes, o total da pena a ser fixada. Este projeto de lei tramita em regime de prioridade e parece

<sup>97</sup> FAYET JÚNIOR, Ney et al. **Prescrição Penal**: temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

ser totalmente pertinente e necessária a modificação que propõe, porquanto põe fim ao que considero um desvirtuamento do próprio fundamento do instituto da continuidade delitiva, concebido que foi para evitar a exacerbação de penas e não para fomentar a impunidade.

### 5.11.2 Prescrição etária (art. 115 do CP)

Os prazos prescricionais, não importando a espécie de prescrição, são reduzidos à metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos. Essas são as únicas hipóteses em que circunstâncias atenuantes repercutem no prazo prescricional.

Este favor legal, que leva em conta apenas o critério biológico, principalmente quanto ao menor de 21 anos, nos dias atuais, em que os jovens são cada vez mais precoces e a delinqüência juvenil se alastra em níveis assustadores, não se justifica e só faz por contribuir com a impunidade. Para os maiores de 70, embora a expressão “na data da sentença” não admita diversa interpretação, já se tem admitido que a referida idade pode ser aperfeiçoada até a data do julgamento de segundo grau, em autêntico esgarçamento da exceção legal, que deveria ser interpretada restritivamente.<sup>98</sup> Sustenta-se, ademais, que os 70 anos previstos no Código Penal, não são mais 70, sim 60, idade prevista no Estatuto do Idoso. O aumento da expectativa de vida do brasileiro, aqui, teria operado efeito inverso.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha acolhido as teses que aplicam a idade prevista no Estatuto do Idoso e a que estende para a data da decisão de segundo grau o marco temporário para a completude da idade de setenta (70) anos, para fins prescricionais, interpretando analogicamente o citado preceptivo legal, assim decidiu: nas sentenças absolutórias e no caso de reforma parcial da sentença condenatória pela instância recursal, considera-se a

<sup>98</sup> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PACIENTE QUE CONTAVA COM 70 ANOS NA DATA DO ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRAZO REDUZIDO DE METADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte já decidiu que o art. 115 do Código Penal não deve ser interpretado de forma restrita, reduzindo-se de metade o prazo prescricional também quando o réu tiver completado setenta anos na data do acórdão que confirma a sentença que o condenou. 2. [...]. 3. Ordem concedida” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 51794 (2005/02143607-SP), da 6ª Turma. Relator: Ministro Paulo Gallotti. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 4 dez. 2006. p. 381).

data do acórdão. A ementa do precedente assim se encontra grafada:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS. ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DE METADE NO PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

I – A idade de 60 (sessenta) anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória.

II - A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso.

III - Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do Código Penal quando o agente conta com mais de 70 (setenta) anos na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória.

IV - Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.

V - Ordem denegada (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, *Habeas Corpus* nº 86320/SP, DJU 24-11-2006, p. 76, Ementário vol. 2257-05, p. 880, RB v. 19, nº 518, 2007, p. 29-31, Relator Min. Ricardo Lewandowski).

Tangenciou o Pretório Excelso a expressa previsão legal, abrindo uma exceção à regra clara do art. 115 do Código Penal ao possibilitar que seja considerada a data em que publicado o acórdão que condena o réu em primeira mão, diante da antecedente sentença de primeiro grau absolutória. Até certo ponto se pode considerar razoável este entendimento, pois que a interrupção da contagem do prazo prescricional ocorre apenas com o acórdão condenatório em caso de sentença absolutória. Mas aplicar-se a mesma regra para o caso de reforma parcial da sentença condenatória não reflete a melhor interpretação do art. 115 do CP. Primeiro, porque se trata de favor legal que, constituindo exceção à regra geral, deve ser interpretado restritivamente. Segundo, porque a sentença condenatória é que constitui marco interruptivo da prescrição (art. 117, IV, CP), e não o acórdão, na hipótese de reforma parcial da condenação. O Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que, no caso, o acórdão que reforma parcialmente substitui a sentença condenatória, olvidando a jurisprudência que não reconhece, para fins de

prescrição, esta substituição, tal como reflete o seguinte aresto do Pretório Excelso:

*HABEAS CORPUS*. Prescrição. Sentença confirmada em grau de apelação, com redução da pena e concessão de *sursis*. Falta de eficácia interruptiva. A reforma parcial da sentença pelo segundo grau não retira daquela o efeito interruptivo. Artigo 117, IV, do Código Penal. O acórdão que confirma a condenação, mesmo reduzindo o *quantum* da pena imposta, e irrelevante quanto ao fluxo do prazo de prescrição: não substitui a sentença como marco interruptivo. Prazo não decorrido, entre duas causas sucessivas de interrupção. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 67.966, HC 68.678. Pedido conhecido, mas denegado (STF, HC Processo:71313/SP, DJU 16-09-1994, p. 24279, Relator Ministro Paulo Brossard).

O Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, decidiu a questão de forma irrepreensível:

CRIMINAL. HC. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDENAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA POR DETERMINAÇÃO DO STJ. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 115 DO CP. ORDEM DENEGADA.

I. A disposição do art. 115 do Código Penal é clara ao instituir que, somente se reduzirá o lapso prescricional da metade se o agente contar com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória e, não, da data em que foi reformada por força de ordem concedida por esta Corte Superior de Justiça.

II. Somente a sentença condenatória anulada não constitui marco interruptivo da prescrição, não sendo esta a hipótese dos autos. Precedente do STJ.

III. (...).

IV. Ordem denegada (STJ, *Habeas corpus* n° 57520 (Processo: 200600784100/BA), 5ª Turma, j. 15/08/2006, DJU 11/09/2006, p. 329, Relator Min. GILSON DIPP).

### **5.11.3 Posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao crime de estelionato previdenciário**

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, de há muito, havia se consolidado no sentido de reconhecer a natureza *eventualmente permanente* dos delitos de estelionato praticados contra a Previdência Social quando consubstanciados no recebimento fraudulento de benefício previdenciário em prestações mensais sucessivas, de forma que o decurso do prazo de prescrição teria como marco inicial de contagem a data da cessação do recebimento do benefício pelo falso segurado. Esta orientação jurisprudencial está

fundada na letra do art. 111, inciso III, do CP, no sentido de que o prazo da prescrição da pretensão punitiva começa a correr, nos crimes permanentes, do dia em que cessar a permanência.

Confira-se o precedente do STJ, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CRIME PERMANENTE. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DAS PRESTAÇÕES INDEVIDAS. AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO.

O estelionato contra a previdência consistente no recebimento de benefício mediante fraude, em prestações mensais, é crime eventualmente permanente, cessando a permanência com a suspensão do pagamento, quando se inicia a contagem do prazo prescricional. Recurso conhecido e provido (STJ, REsp. 722131, processo nº 200500180030/SP, 5ª Turma, DJU 07/11/2005, p. 367, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca).

A matéria, pacificada, não comportava mais discussões tendo sido a tese do *crime eventualmente permanente* aplicada em centenas de casos na Justiça Federal para solver a questão da prescrição. Deve-se reconhecer que a solução alvitada foi haurida de uma política criminal que, em razão da gravidade do delito e da prejudicialidade que impõe para os cofres previdenciários, invariavelmente se perpetuando no tempo, da natureza complexa deste, quase sempre com a participação organizada de agentes públicos e, sobretudo, das dificuldades de descobrimento e investigação da conduta criminosa, optou por adotar um critério jurídico de definição da natureza delitiva que tornava mais remota a possibilidade de haver a prescrição.

Não é necessário muito esforço para perceber que o estelionato contra a Previdência Social tem sua prática jungida a um *iter* especial. Embora esteja consumado o crime com o recebimento da primeira parcela do benefício, o agente, mensalmente, dirija-se ao estabelecimento bancário, hoje utilizando um cartão magnético, e recebe as subseqüentes parcelas indevidamente, tornando-se dessa forma permanente. Não é o mesmo que o furto, enquanto a *res furtiva* permanece em poder do agente, mas pressupõe a renovação da conduta final do estelionato (recebimento da vantagem), seqüencialmente no tempo, circunstância que autoriza se considere eventualmente permanente.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido diametralmente oposto, reconhecendo que se trata de crime instantâneo de efeitos

permanentes. Eis a ementa do julgado:

AÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, §3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação do adicional indevido. Termo inicial de contagem do prazo prescritivo. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, §3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva (STF, HC nº 90.684-2/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso).

É relevante notar, todavia, que, no apontado paradigma, encontrava-se em discussão a conduta daquele que, *mediante fraude e na qualidade de servidor do Instituto Nacional do Seguro Social, viabilizou o reconhecimento do benefício*. Na ocasião, inclusive, salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, que se estava *examinando a conduta do funcionário*, tendo o nobre Relator, posteriormente, tornado a *frisar: o envolvido na espécie não é o beneficiário, mas aquele que, no âmbito do Instituto, falsificou dados para o beneficiário ter as prestações periódicas*. Se o paciente fosse ao mesmo tempo beneficiário, ponderou o Min. Ricardo Lewandowski, *o crime (...) seria permanente*, porquanto, na precisa explicação do Min. Sepúlveda Pertence, *o critério do crime permanente é saber se o agente pode, a qualquer momento, cessar o estado de consumação do delito, que se protraí no tempo. Ora, o aposentado pode, após ter recebido diversas prestações, deixar de fazê-lo; mas o servidor, não*. Logo, a premissa que levou a Magna Corte à ilação de que o crime de estelionato, em relação ao agente administrativo, é instantâneo foi o fato de que este não tem *como retroceder* (Min. Carlos Britto). Então, concluindo, assentou o Ministro Cezar Peluzo que a orientação perfilhada justificava-se porque o servidor *não estava falsificando a cada pagamento, ao contrário do beneficiário*. Recentemente foi firmado idêntico entendimento quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 94.148, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto, consoante noticiado no sítio do STF em 04.6.2008 (ainda não publicado).

Não se pretende, neste trabalho, discutir o acerto ou desacerto da decisão do STF, senão apenas frisar que ambas as teses são respeitáveis do ponto de vista jurídico, mas, enquanto reflexo de uma política criminal de efetividade da

tutela penal, a corrente que defende o crime *eventualmente permanente*, com a devida vênia dos membros da Suprema Corte, parece ser a mais razoável em uma perspectiva político-criminal de maior efetividade da tutela penal, sobretudo porque tem a aptidão para evitar a impunidade.<sup>99</sup> O precedente do STF, se adotado sem maiores indagações, conduzirá à prescrição inúmeros crimes de falso e estelionato que envolveram fraudes contra a previdência social, com condenação ditada na Justiça Federal já transitada em julgado, gerando na sociedade o sentimento de ineficiência do Direito Penal, de impunidade aos que praticam delitos contra o erário, e de descrédito na Justiça.

Subsistem, ademais, argumentos que contrariam a respeitável posição do Supremo Tribunal Federal. Ainda que reconheça, por hipótese, que se trata de crime instantâneo de efeitos permanentes, não se descortina razão para tornar inaplicável a regra do art. 111, inciso III, do Código Penal, que determina se conte a prescrição a partir da cessação da permanência. Considerando que a *mens legis* foi a de não reconhecer a prescrição para os crimes permanentes, enquanto não cessada esta, parece coerente aplicar a regra ao crime instantâneo de efeitos permanentes. O dado relevante é a permanência, esta que é incompatível com os fundamentos da prescrição enquanto perdurar. Os efeitos permanentes do delito (lesões ao bem jurídico tutelado sucessivas e que se estendem no tempo) impedem que se consolide a teoria do esquecimento, da presunção de boa conduta, da reinclusão social, da ausência de interesse na aplicação da pena, da dificuldade probatória, e, enfim, todos os demais fundamentos que a doutrina utiliza para legitimar o fenômeno prescritivo. A intenção do legislador foi dar tratamento diverso aos crimes duradouros, estando a expressão crimes permanentes utilizada em seu sentido amplo.

Se há permanência no tempo do estado delituoso, que fica dependente de atitude positiva do agente (recebimento da vantagem) para que seja interrompida, o prazo que ficticiamente engendrou o legislador para se presumir cessado o clamor social há de ser computado depois de cessar esta permanência.

Note-se que o legislador brasileiro, no referido art. 111, inciso III, do

---

<sup>99</sup> Não se está a sustentar que a impunidade possa atuar como critério de hermenêutica da normas penais, nem que os fins devem justificar os meios. Apenas emprega-se este raciocínio porque o resultado (efetividade) deve ser uma variável a ser considerada no processo decisório da justiça criminal.

Código Penal, quanto ao início da contagem do prazo prescricional, utilizou a expressão “do dia em que cessada a permanência”. Não se referiu ao “momento em que cessa a consumação”, como dispôs o Código Penal Português (art. 118.º-3) para disciplinar a prescrição no caso de delitos permanentes.

Assim, ao que se pensa, uma análise sistemática e teleológica da questão empresta razoabilidade a esse entendimento, sobretudo porque a manutenção do estado de ilícito está *unicamente dependente da vontade do agente*, aspecto que lhe confere coerência dogmática e político-criminal.

## 6 ESBOÇO PROPOSITIVO DE MEDIDAS CONTRIBUTIVAS PARA CONTROLE DA OCORRÊNCIA PATOLÓGICA DA PRESCRIÇÃO PENAL

### 6.1 O papel crítico e político da jurisdição no Estado Democrático de Direito

Ao jurista moderno, no Estado Democrático de Direito, e especialmente à jurisdição, que deve estar sintonizada com as aspirações e valorações definidas, implícita ou explicitamente, no texto da Constituição, impõe-se, muito mais do que a atuação meramente descritiva dos fenômenos jurídicos, uma conduta pró-ativa, crítica e política, de busca incessante dos ideais de justiça, ainda que para isso precise refutar o resultado do processo legislativo, quando produza leis desvinculadas dos paradigmas constitucionais ou ainda quando se revele omissa na consagração prática destes ideais.

Consulte-se a lição de FERRAJOLI:

*La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica há dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simples descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos por aquélla.<sup>100</sup>*

Essa postura crítica e política comporta, soa evidente, um duplo enfoque: a um tempo coloca a jurisdição como fator de adaptação sistêmica à axiologia constitucional e à política criminal em razão dela forjada pelo Estado, e a outro, impõe à jurisdição também o importante papel de conferir, por sua eficiência e efetividade, a segurança cidadã. Deve impulsionar o jurista para a busca de soluções, hauridas da hermenêutica constitucional e lançando mão dos instrumentos que lhe disponibiliza o sistema, para a crise de impunidade que caracteriza o sistema penal. Se é certo que pode a jurisdição descriminalizar (ou mesmo despenalizar) condutas que não se revelem lesivas a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, ainda que legalmente recriminadas, não menos certo

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias**: La Ley del Más Débil. Madrid: Trotta, 1999. p. 68.

é também ser-lhe dado, senão que imperioso, adotar soluções que evitem o perecimento da pretensão punitiva ou executória e corrijam as antinomias geradoras da prescrição penal existentes no sistema. Em qualquer hipótese, a tarefa é árdua e complexa, pois implica repensar o direito e o processo penal sem impor retrocessos a direitos forjados a ferro e fogo na trajetória da humanidade, como o foi o próprio instituto da prescrição penal.

Consoante ensina MIR PUIG:

*El ejercicio del jus puniendi en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos.<sup>101</sup>*

Assim, parece estar a questão matizada pelo princípio da proporcionalidade, em sua faceta que se coloca como dever estatal de proteger eficiente e eficazmente os bens jurídicos que correspondem a valores constitucionais. A tutela penal, se não pode ser excessiva, muito menos pode ser insuficiente, deixando de cumprir o seu desiderato social. A chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal é a vertente menos difundida da proporcionalidade e vincula o plano das políticas criminais, o plano legislativo e o plano jurisdicional.

Consoante observa FELDENS:

Na função de *imperativos de tutela*, os direitos fundamentais têm sua eficácia densificada a partir da obrigação, imposta ao Estado, de adotar uma postura ativa na sua efetivação; o objetivo central da função de imperativo de tutela é o de *proteger* os bens jurídicos fundamentais diante de intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, assegurando, assim, sua efetiva capacidade funcional. Considerando-se que uma tal função protetiva do Estado haveria de se desempenhar em maneira minimamente eficaz, a proporcionalidade aparece aqui em seu limite inferior, ou seja, como *proibição de proteção deficiente*.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

<sup>102</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

Na mesma linha SARLET:

o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excessos – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).<sup>103</sup>

A proibição de insuficiência na implementação dos deveres de proteção do Estado impõe seja revisto o sistema penal em seus pontos de ineficiência. Isto implica reavaliar também a política criminal que o Estado adota para o trato das questões afetas ao sistema penal, que tem se revelado ineficiente e moroso no cumprimento do seu dever constitucional de proteção. Dever este que também se encontra expressamente previsto no art. 144, *caput*, da Constituição da República, dispondo que a segurança pública constitui dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Embora não se possa atribuir ao Direito Penal a condição de instrumento de segurança pública, parece ser adequado e legítimo afirmar ser relevante o seu papel contributivo como fator essencial na redução da criminalidade e da impunidade, refletindo-se diretamente na maior efetividade da atuação estatal na área de segurança pública. A ineficiência do Direito Penal, pode-se dizer, afeta negativamente o cumprimento pelo Estado do dever de segurança pública, a que corresponde, nos termos constitucionais, ao “direito de todos” à proteção, por isto mesmo, inerente à pessoa e fundamental.

Assentado que o direito à proteção consubstancia-se em direito fundamental, impende, brevemente, impulsionar a discussão por este talvegue, assinalando que, consoante observa FELDENS, os direitos fundamentais comportam uma dupla dimensão que releva, primeiro, o caráter de *direitos subjetivos*, ou seja, de “defesa do particular frente ao Estado”, e segundo, a vertente

---

<sup>103</sup> SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: BRASIL. Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. **Caderno de Direito Administrativo**, Porto Alegre, n. 4, v. 1, p. 23, 2004.

que considera os direitos fundamentais em sua “*dimensão objetiva como imperativos de tutela*”, que exigem igualmente atuação ativa do Estado, “obrigando-o (inclusive ao legislador) a um proceder socialmente adequado, protegendo – e assim fomentando – a realização efetiva dos direitos fundamentais mediante prestações”.<sup>104</sup> A prestação, arremato, haverá de ser, no que interessa ao presente trabalho, a tutela penal (meio interventivo constitucionalmente previsto) de bens jurídicos que possam ser ameaçados ou violados por ação ou omissão de particular (terceiro) ou do próprio poder público.

A ação ativa do Estado em relação ao cidadão, titular do direito de proteção, deve operar-se nas esferas legislativas, executiva e também jurisdicional, vale dizer, impõe que o sistema penal esteja fundado em políticas criminais voltadas ao desiderato protetivo e, por conseguinte, impregnado o Direito e o Processo Penal – instrumentos constitucionais de proteção social – da maior eficiência garantidora de direitos fundamentais. É o que FELDENS chama de “*relação de coerência interna ou orgânica*” que deve orientar o sistema penal concebendo mecanismos tendentes a diagnosticar e afastar a insuficiência de proteção a determinados bens jurídicos.<sup>105</sup>

É exatamente neste ponto – *ausência de uma relação de coerência interna ou orgânica no sistema penal brasileiro* – que se faz uma interface entre o tema dos direitos fundamentais e a questão da prescrição penal, instituto com disciplina incongruente e que denuncia esta *ausência de coerência sistêmica*, demandando, portanto, uma melhor reflexão à luz da proibição de proteção deficiente no contexto penal.

## **6.2 Política criminal e a prescrição penal**

Sem a pretensão de aprofundar um estudo sobre os vários aspectos que fundamentam a concepção estatal na formação de políticas criminais, impõe-se destacar que a estas cumpre papel relevante, ao lado da dogmática jurídico-penal e da criminologia, qual seja, o de nortear a atuação do direito penal, especialmente para desempenhar a tarefa de controle social da criminalidade. A definição de uma política criminal, enquanto conjunto de princípios fundamentais do *ius puniendi*, é uma manifestação de poder pelo Estado, no exercício de sua potestade, de

---

<sup>104</sup> FELDENS, op. cit., p. 98.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 116-7.

posicionar-se politicamente quanto à organização e à direção que devam seguir as suas questões criminais. Pode-se afirmar que política criminal reflete o poder de definir os processos criminais na sociedade e, portanto, de gerir o sistema social em relação à criminalidade.

Houve uma transformação funcional na política criminal com a superação de uma visão inicial de cunho normativo, para prestigiar também, usando as palavras de FIGUEIREDO DIAS, as *valorações político-criminais naturais do sistema*, isto porque “as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem agora ser não simplesmente ‘penetrados’ ou ‘influenciados’ por considerações político-criminais: eles devem ser *determinados e cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhe é assinalada no sistema”.<sup>106</sup>

A dogmática penal não pode ser pensada como algo autônomo e válido em si mesmo, mas como uma instrumentação da política criminal, que assume também o papel informativo e inspirador de todo o sistema legal.

É relevante, no ponto, o papel do funcionalismo da Escola de ROXIN<sup>107</sup> conferindo à política criminal do Estado Social e Democrático de Direito o papel de estabelecer os valores e finalidades do Direito Penal e, dessarte, atribuindo ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária dos bens jurídicos, por meio da prevenção geral e especial, sem jamais descurar dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos. As opções valorativas fundamentais, plasmadas na Constituição, constituem os limites impostos à atuação da política criminal, cujo fim precípua é concretizá-las da forma mais racional por meio da técnica mais eficaz e menos gravosa.

A política criminal, assim delimitada, encontra um campo fértil de atuação também para aqueles espaços que tanto a Constituição como a lei penal, não podendo atuar de forma exauriente, conferem ao intérprete. São as esferas atribuídas ao exegeta para suprir as lacunas constitucionais ou legais resolvendo e conferindo o melhor sentido às indeterminações e dissidências interpretativas ocorrentes, mas sempre obedecendo ao contexto constitucional axiológico-valorativo e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

<sup>106</sup> FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 23.

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20 e ss.

O funcionalismo de ROXIN, no ponto em que se destaca, está consentâneo com a chamada *teoria da jurisprudência dos valores*, segundo a qual “as construções jurídicas devem ser consideradas conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades”.<sup>108</sup> E a finalidade última da política criminal no Estado Democrático de Direito haverá de ser a de possibilitar a convivência harmônica entre segurança e liberdade.

Parece ser relevante observar que a política criminal deve estar consentânea com os valores e interesses estabelecidos pelo sistema constitucional, mas também se lhe impõe guardar respeito aos fundamentos, aos limites e às funções do Direito Penal, sendo-lhe vedado, por força mesmo do sistema, cogitar de medidas que o conduzam à transmutações emergenciais. Os princípios vetores do Direito Penal não podem ser violados a pretexto da implantação de uma política criminal que pretenda conferir-lhe maior funcionalidade. Como bem observa D’AVILA, a discussão político-criminal, ao implicar o Direito Penal, deve travar-se dentro do “espaço de legitimidade” previamente reconhecido a este.<sup>109</sup>

E sobretudo, no cenário político democrático de direito, não pode a política criminal, a pretexto de conferir a preconizada segurança cidadã, desvelar-se como óbice ou limitação ao pleno exercício dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade inerentes à dignidade da pessoa. “*Es decir, el programa político criminal há de estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad de las personas con el sistema*”.<sup>110</sup>

Avulta a importância do papel da política criminal no sentido de traçar as diretrizes operativas da dogmática jurídico-penal na incessante busca de harmonização entre os valores sociais liberdade e segurança, que jamais podem ser considerados antagônicos, mas sim integrativos e complementares um do outro.

Assim delimitado o papel e a posição de domínio e transcendência da política criminal, na medida em que a extensão e a aplicação do direito penal ficam dependentes da teleologia, das valorações e das proposições político-criminais

---

<sup>108</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 62-3.

<sup>109</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Ed. Revista dos Tribunais, p. 93.

<sup>110</sup> Cf. RAMIREZ, Juan Bustos. Política Criminal y Estado. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org>>. Acesso: em 26 fev. 2008.

disseminadas no sistema, na busca de uma unidade cooperativa e funcional que possibilite a este maior eficiência, impende tecer algumas considerações propositivas sobre aspectos da dogmática penal que precisam receber o influxo valorativo refletido nas orientações de política criminal do Estado Democrático de Direito para possibilitar maior eficiência ao Direito Penal e, por conseguinte, a redução da incidência patológica de casos de prescrição penal.

### **6.3 Política criminal de agilização do processo penal**

O Estado, e especialmente o Poder Judiciário, enquanto prestador de serviço público, está obrigado a encontrar soluções para fazer face às aspirações sociais em relação à falta de efetividade da tutela penal, pondo fim à impunidade. Já se teve em outras matérias iniciativas como, por exemplo, a priorização de processos de interesse de idosos. É relevante também criar-se uma disciplina especial de tramitação prioritária para os processos em que haja risco de prescrição. Se a via legislativa é demorada e complexa, lembro que o Conselho Nacional de Justiça tem competência para normatizar a necessidade de processamento prioritário destes processos penais.

Incluo neste item a questão da especialização da justiça, enquanto política de gestão administrativa do Poder Judiciário que pode representar agilidade para o processo. Ninguém mais dúvida da maior eficiência dos juízos especializados: domínio técnico da matéria, sistematização e concentração são apanágios da especialização, que constitui um dos instrumentos para aperfeiçoar a jurisdição e tornar mais célere a sua prestação. As experiências da Justiça Federal, pioneira em especialização de matérias, revelam que juízos especializados, além de outras vantagens técnicas, apresentam resposta mais efetiva no aspecto tempo de tramitação do processo. A Justiça Federal está obtendo resultados muito positivos com a especialização de Varas para julgamento de crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, praticados por organizações criminosas e ambientais. Nota-se que, desde a especialização, os processos passaram a ter um curso mais célere e qualitativamente a prestação jurisdicional experimentou uma sensível melhora.

#### 6.4 Política criminal de incremento das formas de cooperação internacional

Convive-se no processo penal com as freqüentes nulidades, a ensejar o atraso no trâmite do processo pela necessidade de renovação de atos processuais. Representam elas, portanto, nessa medida, fator contributivo da prescrição penal. O processo penal é instrumento por excelência de preservação de direitos e garantias processuais. É muito comum o reconhecimento de nulidades consubstanciadas em cerceamento probatório, violação do contraditório e outros vícios que se revelam prejudiciais à garantia de amplitude de defesa, constitucionalmente assegurada ao réu.

A *cooperação judicial internacional em matéria penal*, além de contribuir decisivamente para a melhor eficácia da tutela penal, coloca-se como instrumento importante para evitar-se o indeferimento dos pedidos de provas e diligências a serem produzidas fora do território nacional, assegurando o direito a ampla defesa e suas conseqüências. Destarte, é imperioso incentivar, aprofundar estudos e incrementar a utilização dos meios e instrumentos de cooperação internacional, especialmente a assistência em matéria penal, na forma de cursos, encontros seminários e congressos, a serem promovidos e apoiados pelas escolas da magistratura, a fim de possibilitar o aprofundamento teórico e o necessário treinamento prático dos nossos juízes criminais para a melhor utilização deste instrumental.

Apenas para ilustrar o quão pode ser prejudicial à agilidade do processo o desconhecimento do tratamento que certos países conferem aos atos requeridos por meio de rogatórias e outros instrumentos de cooperação internacional, e, em especial o teor dos acordos de assistência judiciária em matéria penal firmados pelo Brasil, reporto um caso recente em que a 8ª Turma do TRF da 4ª Região concedeu ordem de *Habeas Corpus* para que, num determinado processo, fosse expedida carta rogatória para os EUA a fim de que fosse ouvida uma testemunha de defesa naquele país residente.<sup>111</sup> A resposta veio no sentido do indeferimento do pedido, ao argumento de que segundo a autoridade central

---

<sup>111</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Habeas corpus nº 2006.04.00.038745-0/PR, da 8ª Turma. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 24 jan. 2007. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 31 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1560644&hash=50237b34914f424f279c8516fba591797](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1560644&hash=50237b34914f424f279c8516fba591797)>. Acesso em: 20 ago. 2008.

estadunidense, cartas rogatórias que solicitam diligências requeridas pela defesa não estão abrangidas pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto nº 3.180, de 21/02/2001). No sistema americano, incumbe às partes produzirem as provas testemunhais que pretendem utilizar. Não se tinha ciência deste óbice, consubstanciado no acordo de assistência judiciária firmado entre Brasil e EUA, que, se conhecido fosse, certamente teria norteado a decisão para outro sentido. O resultado foi o elastecimento indevido do tempo do processo, com prejuízos sensíveis.

O ideal, para possibilitar a otimização da cooperação internacional e a maior efetividade da prestação jurisdicional transnacional, seria a sua codificação em âmbito supranacional, de forma que a matéria tivesse uma disciplina objetiva tornando cogente a cooperação interjurisdicional entre os Estados signatários. A propósito, uma semente que deve frutificar é o Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América elaborado pela Comissão composta por Ada Pellegrini Grinover (Presidente); Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Secretário-geral); Abel Augusto Zamorano (Panamá); Angel Landoni Sosa (Uruguai); Carlos Ferreira da Silva (Portugal); Eduardo Vescovi (Uruguai); Juan Antonio Robles Garzón (Espanha); Luís Ernesto Vargas da Silva (Colômbia); e Roberto Omar Berizonce (Argentina). O texto preliminar foi aprovado em reunião presencial ocorrida em 15 de setembro de 2007, em Salvador-BA, no *III World Congress on Procedural Law* da *International Association of Procedural Law*.

Importa destacar alguns aspectos da cooperação interjurisdicional em matéria penal previstos no referido código, quanto ao âmbito e alcance. O art. 19 estabelece as modalidades de cooperação contemplando: citação, intimação, notificação judicial, realização de provas e obtenção de informações, investigação conjunta, comparecimento temporário de pessoas, transferência de processo e de execução penal, eficácia e execução de decisão penal estrangeira, extradição e medida judicial de urgência.

É fundamental, pois, que se busque o aperfeiçoamento e a ampliação das formas e instrumentos de cooperação internacional, quiçá evoluindo para o sistema de participação direta utilizado na comunidade europeia, que, por sua abrangência, produz resultados mais eficazes.

## 6.5 Política criminal de aperfeiçoamento da dosimetria da pena

O dilema da aplicação da pena justa na sentença penal condenatória é um dos mais relevantes do Direito Penal. Exige do juiz técnica e ponderação. A pena aplicada, enquanto critério definidor do tempo necessário para a prescrição, adquire uma relevância singular no sistema punitivo. Ao lado dos princípios que regem a matéria, assumem especial relevo os princípios humanitário e da proporcionalidade. A pena deve guardar relação com o delito praticado e não pode ser fixada de forma que o seu cumprimento se revele humilhante e atentatório à dignidade do réu. Dentro dos parâmetros legais que o juiz deve observar, impõe-se sempre um juízo de proporcionalidade dirigido a evitar que a tutela penal seja excessiva ou insuficiente.

Instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito, tem o princípio da proporcionalidade como função primordial evitar que direitos e garantias fundamentais sofram lesões, seja em decorrência da ação ou omissão do Estado, seja de parte de particulares (por condutas indesejadas). Materializa-se por meio das regras da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade* em sentido estrito. A *adequação* vai examinar se atividade estatal desencadeada revela-se idônea para atingir o fim almejado, ou seja, um interesse público identificado na proteção de um bem jurídico penalmente tutelado. A *necessidade* indica se a medida eleita constitui o meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes, para a concretização do fim desejado (tutela do bem jurídico protegido). A *proporcionalidade em sentido estrito* coloca-se como raciocínio destinado a evitar o excesso, ditando a justa medida e as desvantagens dos meios em relação aos fins. Cuida, de rigor, para que o direito fundamental que sofre a restrição em razão da medida penal não tenha o seu núcleo essencial aniquilado.

Conquanto tenha seu enunciado preponderantemente voltado a ditar os contornos da atividade legislativa, não é o princípio da proporcionalidade incompatível com a atividade jurisdicional.<sup>112</sup> Embora o princípio da legalidade estrita

---

<sup>112</sup> Tratando do delito previsto no art. 273 do Código Penal, cujas penas fixadas pelo legislador vão de 10 a 15 anos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua 4ª Seção, aplicou o princípio da proporcionalidade para reduzir a pena mínima abstratamente cominada a este delito, por entendê-la excessiva. Consulte-se o precedente: PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FORMA EQUIPARADA. ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, DO CP. INTRODUÇÃO EM

em matéria penal não possibilite, em princípio, um campo mais amplo de atuação para o juiz, nos limites da moldura legal, sempre há espaço para a sua aplicação. Quando para beneficiar o réu, pode o juiz, em nome da proporcionalidade, tangenciar os limites legais.

É legítimo, pois, senão que imperioso, na operação dosimétrica da pena, ter como parâmetro as finalidades e valores definidos pela política criminal. O fim proteção social do direito penal e o princípio da proporcionalidade devem nortear esta operação, de forma que não se frustrate a expectativa social de punição, nem restem violados direitos e garantias do réu. Se há a necessidade de se limitar direitos para que seja eficaz a tutela penal de bens jurídicos valiosos à sociedade, devem os meios estatais ser eficazes (adequados e necessários), mas não demasiados a ponto de aniquilar os direitos submetidos às restrições legalmente previstas (proporcionais).

No campo da dosimetria, o sistema legal conferiu ao juiz prolator da sentença condenatória um relativo grau de maleabilidade para a fixação da pena-

---

TERRITÓRIO NACIONAL DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. Quem introduz clandestinamente em solo nacional produto de origem estrangeira destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro, de procedência ignorada e adquirido de estabelecimento sem licença do Órgão de Vigilância Sanitária competente, pratica o delito capitulado no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP. 2. A pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998 - (reclusão, de 10 (dez) e 15 (quinze) anos, e multa) deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a "enormes danos" (exposição de motivos). Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. "A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para a sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (Fábio Bittencourt da Rosa. Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Hipótese em que ao réu, denunciado por introduzir, no território nacional, 200 comprimidos de Cytotec, medicamento desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente (art. 273, § 1º-B, incisos I, V, e VI, do CP), foi aplicada a pena de 03 anos de reclusão (vigente ao tempo dos fatos em apuração), adotado, como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública" (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Embargos infringentes e de nulidade na apelação criminal nº 2006.70.02.001187-1/PR. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 19 jun. 2008. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, Porto Alegre, 27 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2250616&hash=56e9aa6f6e5b4345850d1313d55137f2](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2250616&hash=56e9aa6f6e5b4345850d1313d55137f2)> Acesso em: 28 ago. 2008).

base. Esta margem de avaliação, conferida ao juiz de primeiro grau, até porque tem o contato direto com os fatos e pessoas, invariavelmente acaba por ser neutralizada pelos tribunais. Já se disse, com certa dose de acerto – e também de exagero –, que os tribunais tendem sempre à redução das penas aplicadas pelos juízes de primeiro grau. Uma simples consulta jurisprudencial confirma esta tendência. Estando a prescrição vinculada ao quantitativo de pena abstratamente cominada ou efetivamente aplicada, sua ocorrência, neste último caso, depende quase sempre da redução de pena.

Se o quantitativo de pena a ser infligida ao infrator da lei penal deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, não pode ser excessivo, nem insuficiente. Tão grave quanto a tutela penal excessiva, que se desvela em injustiça qualificada, é a tutela penal insuficiente, que somente onera a máquina judiciária, sem qualquer proveito prático, em autêntico descumprimento do dever constitucional assumido pelo Estado de proteção e segurança.

O reducionismo das penas aplicadas, que se apresenta como tendência de segundo grau, sempre dirigido a conduzir a pena aplicada pelo juiz de primeiro grau ao mínimo legalmente previsto, no contexto atual, acaba por desprestigiar a jurisdição de primeiro grau, incorporada pelos magistrados que estão mais próximos dos fatos e das partes, e impulsiona o processo para um resultado ineficaz em termos de tutela penal, pois que contribui para o reconhecimento da prescrição penal, consoante dados estatísticos apresentados neste trabalho. Manifestação desse “minimalismo”, por exemplo, é a tendência de entender que “tudo” é inerente ao tipo penal, obstando qualquer aumento de pena por incidência negativa de circunstâncias judiciais.

Se como medida de política criminal, diante da reconhecida e inescusável falência do nosso sistema carcerário, verdadeiro depósito humano, sem as mínimas condições de proporcionar recuperação ao apenado, evita-se a pena privativa de liberdade, pelo menos em quantitativo que não atenda ao requisito objetivo para a substituição por pena alternativa, o que parece ser adequado, não há óbice, também como medida de política criminal, em se optar pela manutenção de penas que razoavelmente, se não reduzidas, permitam tenha eficácia a tutela penal.

Não se trata de convalidar malabarismos arriscados, consubstanciados na adoção de teses e técnicas infundadas e desprovidas de

respaldo doutrinário e jurisprudencial, que visem a apenas afastar a prescrição retroativa, conferindo, por assim dizer, atestado de eficiência aos agentes da persecução penal que antes tardaram em seus misteres, permitindo a demora na entrega da prestação jurisdicional. Isto representaria a verdadeira negação do Estado Democrático de Direito.

O que se sustenta é a necessidade de se conferir mais eficácia à jurisdição de primeiro grau em detrimento da tendência reducionista manifestada pelos tribunais, muitas vezes baseada em surradas fórmulas matemáticas de cunho objetivo e que, portanto, culminam por violar os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Urge que se ponha fim à tendência de aniquilamento do discricionarismo judicial inerente às operações de aplicação da pena. A proposta é de se superar o *reduzir por reduzir* ou mesmo o *reduzir* apenas para que possa ser reconhecida a prescrição penal.

Não é comum examinar-se a questão do ponto de vista da proibição de proteção insuficiente, em autêntica violação do princípio da proporcionalidade. A jurisdição assim expressada pelo Estado-juiz padece do vício de ausência da legitimidade constitucional, pois deixa ao desabrigo bens jurídicos fundamentais, frustrando a expectativa social. Não atende aos postulados da moderna política criminal do Estado Social e Democrático de Direito dirigidos à concretização das finalidades e valores constitucionais, no ideal de produzir efeitos sobre a realidade social garantindo segurança aos cidadãos.

É preciso também refletir sobre a sentença na perspectiva sociológica, como ação social do juiz em um tempo e em um espaço determinado, que não pode ser aniquilada pelo juízo dogmático frio e matemático de uma instância recursal.

Em suma: não pode a ameaça de prescrição servir de fundamento para o aumento de pena, mas, certamente, a aplicação da pena quantitativamente justa (necessária e adequada) haverá de contribuir para a redução da incidência dos casos de prescrição.

## **6.6 Outras proposições do ponto de vista dogmático – alterações legislativas**

A agilização e a otimização do processo penal e a modernização e a ampliação da justiça são medidas essenciais ao fim das delongas desnecessárias na

justiça penal, mas não têm, por si só, a aptidão para resolver o problema.

Parece evidente que o Direito Penal, para fazer face à criminalidade moderna, em termos de incidência e técnicas sofisticadas, precisa de instrumentos penais mais eficazes. O Estado precisa repensar sua atuação, do ponto de vista dogmático e de política criminal. Alguns institutos, como é o da prescrição, tal como concebida e disciplinada atualmente, precisam de uma releitura que os torne, efetiva e praticamente, adaptados à nova realidade penal, sob pena de passarem a constituir fator de impunidade, e o que é mais grave, de vilipêndios consentidos a direitos fundamentais, desprovidos de garantia que restam. Como bem observa FELDENS:

A necessidade de uma intervenção eficaz do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado constitucional nas vestes de um Estado Social e Democrático de Direito, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador *não pode* decidir e algumas outras sobre as quais *não pode deixar de decidir*.<sup>113</sup>

Por isso, é preciso pensar em alterações legislativas no instituto da prescrição, cujas normas gerais de regência, encartadas no Código Penal, em boa medida, ficaram obsoletas para os tempos atuais. O Código Penal de 1940 cuidava de uma realidade histórica diferente, com forte conotação protetiva do patrimônio. Não se tinha em vista a exacerbação da criminalidade e o conseqüente assoberbamento da Justiça Penal, realidades hoje de efeitos insuperáveis e tendentes ao incremento. Os bens jurídicos tutelados eram privados; não se pensava, sequer, em tutela de bens jurídicos coletivos ou transindividuais, cuja titularidade é difusa, e incompatíveis, destarte, com o instituto da prescrição. Hoje, é de legitimidade no mínimo duvidosa a punição da sociedade ou de titulares de direitos projetados para gozo de gerações futuras, como são os ambientais, em decorrência da demora ou inércia do Estado.

O sistema legal de disciplina da prescrição, com o passar do tempo, passou a revelar graves idiosincrasias internas, verdadeiras rupturas sistemáticas, consoante exame perfunctório que se procede a seguir.

---

<sup>113</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 71.

## **6.7 Os prazos prescricionais necessitam ser redimensionados a partir da experiência empírica revelada ao longo do tempo**

Se a prescrição é, indubitavelmente, um instituto de política criminal concebido com fundamento muito mais no interesse público do que propriamente no interesse imediato do réu ou condenado, é também na perspectiva do interesse público que se deve analisar a sua disciplina legal.

Os prazos de prescrição penal (art. 109) foram idealizados para outra época, com diversa realidade populacional, outros costumes e valores.<sup>114</sup> Enfim, para uma expectativa de incidência criminal que, nos dias atuais, encontra-se em muito superada (multiplicada centenas de vezes). Daí porque reafirmar-se que a prescrição penal, enquanto instituto que foi criado para situações excepcionais de demora do processo penal, passa a merecer reconhecimento como regra (e não como exceção), assumindo feição patológica. O curso normal do processo penal, com a ampliação das garantias defensivas, passou a ser mais elástico, e aqueles prazos originalmente concebidos hoje são incompatíveis. A organização, a complexidade e a sofisticação da criminalidade moderna demandam maior tempo para a investigação, para a denúncia, para a instrução e para as decisões. O crime organizado nem sempre é de fácil descoberta, as investigações são demoradas, o processo é complexo e naturalmente lento. E disso se valem os criminosos, adotando como estratégia defensiva a protelação e o retardo, cientes de que a demora fatalmente levará ao reconhecimento da prescrição.

Para ilustrar, trago à apreciação alguns dados estatísticos sobre o tempo de duração dos processos na Justiça Federal da 4ª Região de 1º e 2º graus. No 1º grau, que conta com varas especializadas e tem uma estrutura razoável e excelentes juizes, o tempo médio entre a autuação e a baixa definitiva de uma Ação Penal Pública é de 1.704,0 dias (mais de 4 anos). O TRF4, por sua vez, é considerado um tribunal eficiente e rápido. Registra, no entanto, um tempo médio de duração do processo que não é suficiente para evitar uma incidência elevada de

---

<sup>114</sup> Na Itália, por exemplo, o prazo mínimo de prescrição para crimes é de 5 (cinco) anos (art. 157 do Código Penal). No sistema português, o prazo mínimo de prescrição é de 2 (dois) anos (art. 117º-1 do Código Penal), quando ao crime corresponda pena de prisão inferior a 1 (um) ano de prisão ou pena diferente da de prisão. No sistema alemão, é de 5 (cinco) anos o prazo de prescrição nas infrações para as quais é cominada, no máximo, prisão superior a 1 (um) ano, até 5 (cinco) anos (§ 78, III, StGB). No sistema espanhol, prescrevem em 5 (cinco) anos os delitos a que cominada pena máxima inferior a 5 (cinco) anos, considerados graves (art. 131 do Código Penal).

prescrição penal elevada. No ano de 2003, o tempo médio de duração do processo, entre a autuação e o julgamento, foi de 207,5 dias; no ano de 2004 aumentou para 225,0 dias, no ano de 2005 para 283,0 dias e no ano de 2006 para 337,8 dias. Nota-se, portanto, uma tendência crescente, reveladora da maior complexidade dos casos submetidos à apreciação da Corte. Uma apelação criminal, recurso que melhor reflete a realidade que se pretende demonstrar, gasta em média 353,9 dias (quase um ano) entre a autuação no tribunal e o seu julgamento.<sup>115</sup>

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 474, que aumenta os prazos prescricionais, passando de 2 a 20 anos para 4 a 30 anos. Vozes de relevo já se adiantam em criticar o projeto, sob o argumento de que “o problema da prescrição não reside na sua quantificação, mas na morosidade da Justiça criminal”, ademais, “nenhum criminoso vai deixar de cometer crimes porque os prazos prescricionais aumentaram”.<sup>116</sup>

Estes argumentos não resistem à crítica isenta.<sup>117</sup> Dizer que o criminoso não é impulsionado pela possibilidade de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva do Estado talvez até seja correto diante do delinqüente habitual e irrecuperável, aquele que já incorporou a prática delituosa ao seu cotidiano e não tem mais interesse nas repercussões penais das suas condutas. Tanto faz viver no cárcere ou em liberdade. Ledo equívoco é refletir o direito penal somente nesta perspectiva. A criminalidade moderna é organizada e reflexiva em relação às perspectivas de uma futura condenação. A prescrição, hoje, em razão de sua disciplina legal excessivamente liberal, passou a ser uma variável que compõe o ideário do delinqüente. Por certo, a contingência de ter que cumprir efetivamente a pena aplicada haverá de influir em comportamentos futuros. Terá inolvidável eficácia dissuasória de novos delitos. No mais, este discurso, que traduz um garantismo de

---

<sup>115</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Relatório Estatístico da Justiça Federal da 4ª Região – 2006**. p. 20-1 e 41.

<sup>116</sup> GOMES, Luiz Flávio. Aumento dos prazos prescricionais e posse de celular pelo preso. **Revista Síntese**, nov. 2006, p.19.

<sup>117</sup> É natural que, do ponto de vista dos advogados criminalistas, porque a prescrição constitui uma alternativa defensiva sempre considerável, jamais, nem por hipótese, seja admitida qualquer crítica a esse instituto, sendo sempre mais fácil, útil e cômodo atribuir-se toda a responsabilidade ao Poder Judiciário. Com o perdão pela comparação, ninguém mata a galinha dos ovos de ouro.

mão única,<sup>118</sup> desafia as próprias teorias da pena (retribuição, prevenção e eclética), temário a que se remete o leitor. É certo que a prevenção, sem embargo da relevância, não deve ser o único fim da pena. E, ademais, sob o enfoque da prevenção, não se pode olvidar que a prevenção geral, com bem assinala MIR PUIG, possui um sentido de afirmação do direito:

*la prevención general persigue, más que finalidad negativa de inhibición, la internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y, por otro lado, la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Se dirige a toda la sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes.*<sup>119</sup>

Se é certo que o direito fundamental do acusado ao processo em prazo razoável impõe conduta reflexiva do Poder Judiciário no sentido de buscar a agilização do processo penal, não menos certo é que também, em contra-partida, ao Estado-juiz se deve conferir prazo razoável para o exercício do direito punitivo antes que ocorra a extinção deste direito pela prescrição. O que se sustenta é que o decurso de tempo autorizativo da aplicação da “teoria do esquecimento” também se insere na cláusula de razoabilidade, precisa ser razoável, ou seja, suficiente para o exercício do *jus puniendi* sem a necessidade de atropelos aos direitos e garantias do acusado e sem sacrifício do exercício do ônus probatório da acusação.

Os atuais prazos prescricionais, consoante comprovam os índices de ocorrência de prescrição penal, mesmo em unidades jurisdicionais consideradas céleres, não são razoáveis, considerados os novos fatores influentes no exercício do *jus puniendi*, a saber: a complexidade dos delitos, a dificultar a sua descoberta, a investigação e a própria instrução do processo; a incidência sempre crescente de delitos, extrapolando em muito a capacidade de julgamento da Justiça Penal, vinculada a providências e medidas complexas, ordinariamente dependentes do interesse de setores políticos e processos legislativos lentos; as tendências da

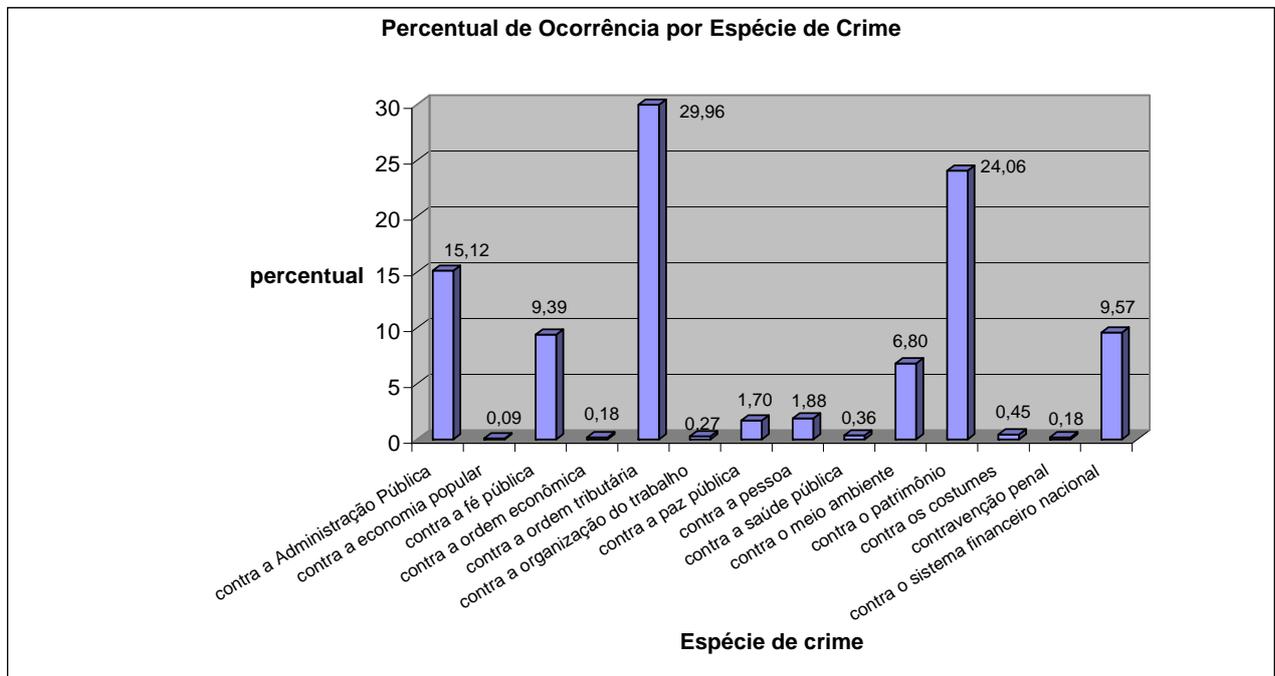
---

<sup>118</sup> “O garantismo se deve compreender, sobretudo: (a) como uma teoria de base constitucional (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em Direito, *assegurar juridicamente* (garantir) a sua realização, (d) na tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas fundamentais, (e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos” (FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67).

<sup>119</sup> MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, Julio Cesar Faira, 2006. p. 43.

jurisprudência, que assume uma concepção minimalista do Direito Penal; e, finalmente, o próprio clamor social por mais efetividade da justiça penal, refletido no sentimento de impunidade que, afora os exageros midiáticos, não pode ser refutado como dado sociológico relevante no Estado Democrático de Direito.<sup>120</sup>

A título ilustrativo, traz-se à colação, o resultado de pesquisa realizada em julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no período de 2002 a 2007, onde se pode verificar que a maior incidência de reconhecimento da prescrição ocorre em processos que têm por objeto delitos econômicos (contra a ordem tributária e financeira) e contra a Administração Pública, perfazendo estes o índice de 55% do total.



A análise acurada destes dados remete a uma reflexão. Diante da tendência criminológica que recai exatamente sobre os delitos em que houve maior índice de casos de prescrição, vale frisar, crimes econômicos, não se estaria então diante de uma antinomia sistêmica, a justificar, quando mais não fosse, uma readequação dos prazos prescricionais. São os crimes mais susceptíveis à

<sup>120</sup> Assinalando a base social empírica que deve servir de alicerce à construção do direito, é adequada a observação de MIR PUIG: “Desde una perspectiva democrática la función del derecho penal ha de ser proteger intereses reales dos ciudadanos y no sólo normas jurídicas” (MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 218).

prescrição justamente aqueles organizados e que afetam bens jurídicos difusos, de mais difícil descoberta e investigação, carecedores, portanto, de maior tempo para que se concretize a adequada resposta penal.

Não se está a sustentar o aumento dos prazos prescricionais em relação a todos os delitos sob a racionalidade de resolver o problema de algumas espécies delitivas que são mais complexas. Apenas está-se esgrimindo com um argumento a mais, baseado na constatação de que a criminalidade organizada constitui uma tendência irretorquível a desafiar o Direito Penal do futuro, que precisa municiar-se de instrumentos eficazes para enfrentá-la.

### **6.7.1 Premissa para o acolhimento do discurso sobre as penas privativas curtas: revisão dos prazos de prescrição**

Conquanto seja o tema afeto à duração das penas uma questão aberta no direito penal,<sup>121</sup> parece ser uma tendência a valorização das penas privativas de liberdade mais curtas, ou seja, aquelas que não excedem de 2 anos de duração.<sup>122</sup> Seja pela desconfiança geral no modelo punitivo dominante, que, ao longo do tempo, revelou-se inoperante aos fins da recuperação social do infrator da lei penal e da prevenção de delitos, seja em razão das condições desumanas que caracterizam o cumprimento das penas no sistema carcerário brasileiro, a doutrina revela propensão para prestigiar as penas mais curtas, e, conseqüentemente, mais racionais e humanas. Não se pode olvidar o princípio da humanização das penas (art. 5º, XLIX, L e XLVII, da Constituição) cujo enunciado resguarda a dignidade da condição humana do preso.

---

<sup>121</sup> É digna de ressalva a carência de estudos mais aprofundados sobre a questão da qualidade do tempo da pena, na perspectiva da justa proporção entre delito e a sanção, devendo-se ressaltar o excelente trabalho de MESSUTI, em que se destaca a seguinte observação: “A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente o ‘tempo da pena’, não pode ser a mesma daquele que vive livre de pena. Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente” (MESSUTI, Ana. **O Tempo como pena**. Tradutores Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44).

<sup>122</sup> Não é uníssona a doutrina quanto ao conceito de pena de curta duração. Adoto o entendimento que considera curtas as penas privativas de liberdade que não excedam dois anos. Vide, a propósito, o enfrentamento da questão por RIBEIRO, expressando a diversidade de respeitáveis opiniões a respeito (RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das Penas Privativas Curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, n. 83, jul./dez. 2006, p. 15-28).

É remoto o êxito na meta de reduzir os índices de impunidade com medidas isoladas, como, por exemplo, a aplicação de penas privativas de liberdade, especialmente as de média e longa duração, exceto para os casos em que a liberdade do infrator da lei penal represente sério risco ao convívio social. De qualquer sorte, o tema é complexo e uma discussão mais aprofundada refoge ao alcance do presente trabalho. Parece ser indubitável, no entanto, que esta celeuma diz respeito muito mais ao mister legislativo. Ao Poder Judiciário, vinculado que está aos limites legais da pena, e aos critérios legais operativos de dosimetria, não remanesce muita margem de atuação na gradação da pena privativa de liberdade.

Nada obstante a tendência doutrinária, do Poder Judiciário, na medida do aumento da criminalidade, cobra-se mais rigorismo na aplicação das penas legalmente previstas. Exige-se, sobretudo, que a pena seja suficiente para a reprovação do delito e eficaz para a sua prevenção, sob pena de desatender ao dever estatal de proteção e aniquilamento do direito fundamental de segurança conferido pela Constituição a todas as pessoas (art. 5º, *caput*).

Sob o enfoque da prescrição, pretende-se apenas realçar uma questão que interfere diretamente no ideário das correntes reducionistas de pena. As penas privativas curtas (não superiores a dois anos), que a doutrina majoritária entende serem as recomendáveis, se considerados os prazos prescricionais previstos na legislação penal, fatalmente conduziriam à vala comum da prescrição retroativa a pretensão punitiva estatal para delitos de maior gravidade ou lesividade social que hoje, em alguns casos, ainda permanecem a salvo. Dessarte, a premissa para a discussão da revalorização das penas curtas passa pelo aumento dos atuais prazos prescricionais. Do contrário, teríamos o verdadeiro caos na Justiça Penal, com a prescrição alcançando a quase todos os processos, o que representaria a total inoperância da tutela penal.

Em suma: para se conferir maior efetividade ao direito penal, é preferível um sistema que opere, sob o ponto de vista legal, com penas menores e prazos prescricionais maiores. Por ora, os prazos prescricionais previstos no Código Penal revelam-se impeditivos da implementação de uma política criminal de redução de penas privativas de liberdade.

### 6.8 Equívoco da identidade de prazos para as prescrições do *ius puniendi* e do *ius exequendi*

O legislador pátrio parametrizou os institutos da prescrição da pretensão punitiva e da prescrição executória, no que concerne aos prazos que se exige para o reconhecimento de ambas. No entanto, soa irrecusável a impropriedade desta opção legislativa de considerar os mesmos prazos para a implementação das prescrições da pretensão punitiva e da pena. Trata-se de fenômenos que demandam tratamentos diversos. Na prescrição da pena, já se tem uma sentença condenatória transitada em julgado, o Estado já exercitou o *ius puniendi* e expressou o juízo de culpabilidade, o que justificaria a adoção de prazos maiores. Os prazos da prescrição punitiva levam em conta a pena abstrata, enquanto na prescrição da pena já se vai encontrar uma pena aplicada e, invariavelmente, bastante reduzida em relação ao limite máximo permitido pelo legislador. Como bem salienta GUARAGNI, fundamentado em abalizada doutrina e legislações estrangeiras, que tendem a fixar prazos mais elásticos para a prescrição da pena, a “posição do Estado-acusador ganha um *plus* a partir da sentença condenatória”,<sup>123</sup> restando, pois, confirmado que o ato incriminado é passível de reprimenda.

MORILLAS CUEVA, sem deixar de conferir discricionariedade ao legislador para estipular os prazos de prescrição após o trânsito em julgado da sentença condenatória, propõe observar-se duas regras:

*a) los plazos de prescripción de la pena deben tener más duración que los de la prescripción del delito en razón del mayor valor que há de darse a una sentencia en la cual ya há sido apreciada una responsabilidad criminal concreta del sujeto en comparación a una presunción de culpabilidad donde la existencia de culpabilidad es sólo presumible (...); b) el tiempo del plazo prescriptivo de la pena há de ser más amplio que la duración de la propia pena impuesta por sentencia firme a que se refiera.*<sup>124</sup>

O Código Penal Português, para exemplificar, estabelece prazos diferenciados para a prescrição do procedimento (pretensão punitiva) e para a prescrição da (execução da) pena. Os prazos para prescrição das penas são maiores do que os fixados para a prescrição do procedimento, que variam de 15 anos a 2 anos. Nos termos do art. 121º-1, as penas prescrevem nos seguintes

<sup>123</sup> GUARAGNI, op. cit. p. 66.

<sup>124</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas.** Granada: Universidad de Granada, 1980. p. 84.

prazos:

- a) 20 anos, se forem superiores a 10 anos de prisão;
- b) 15 anos, se forem iguais ou superiores a 5 anos de prisão;
- c) 10 anos, se forem iguais ou superiores a 2 anos de prisão;
- d) 4 anos, nos casos restantes.

O Código Penal Italiano, da mesma forma, opera com prazos diferentes para a prescrição da pena, estabelecendo que esta ocorre com o decurso de um tempo igual ao dobro da pena infligida e, em todo caso, não superior a 30 (trinta) anos e não inferior a 10 (dez) anos (art. 172).

Na mesma linha, o Código Penal Espanhol estabelece penas distintas para as duas espécies de prescrição. Quanto à prescrição após transitar em julgado a sentença, consoante estabelece o art. 133, ocorre em prazos que variam de 25 (vinte e cinco) anos, para penas de prisão de 15 ou mais anos, a 1 (um) ano para as penas leves.

Por derradeiro, também o sistema penal alemão opera com penas diferentes para a prescrição da pena. O § 79, III, StGB estabelece penas que variam de 25 (vinte e cinco) anos, para prisão superior a 10 (dez) anos, até 5 anos, para prisão até um ano e para multa superior a 30 (trinta) dias-multa.

### **6.9 Prescrição retroativa: *aberratio juris***

Instituto sem similar no direito comparado e criação jurisprudencial por excelência, a prescrição retroativa, dividiu os nossos juristas por muito tempo. Com a edição da Súmula nº 146 pelo Pretório Excelso restou consagrada no nosso direito penal, assumindo contornos legais definitivos a partir da reforma penal da Lei nº 7.209/84, que admitiu, expressamente, pudesse o prazo prescricional ter como marco inicial período anterior ao recebimento da denúncia, ou seja, a data do fato criminoso.

A prescrição retroativa recai sobre a pretensão punitiva, razão pela qual a sua ocorrência acarreta a extinção da punibilidade, atingindo os efeitos principais e secundários da sentença e alcançando também as medidas de segurança, sendo regulada pela pena substituída.

Consultando-se os principais sistemas penais do mundo, verificou-se que se trata de instituto sem similar, ou seja, somente conhecido no sistema brasileiro. Reconhecidamente contraditório e viciado desde a origem, desafia a

própria eficiência do sistema penal e acaba por frustrar os mais relevantes fundamentos do instituto da prescrição. Não é preciso muito esforço para concluir-se que, se a prescrição pune a inércia do Estado em exercitar a pretensão punitiva, depois de exercitada esta, havendo, portanto, sentença condenatória, não mais seria razoável falar em prescrição.

Dir-se-ia: a sentença foi vazada tardiamente. Mas isso, em verdade, não ocorre. Nenhum prazo prescricional estava aperfeiçoado ao tempo em que proferida a sentença condenatória. Antes da condenação o prazo prescricional era maior (calculado com base na pena abstrata para o delito). Depois da condenação passou a ser menor, ou seja, tomando por base a pena efetivamente aplicada (concreta).

Como bem refere COSTA RAMOS:

Quando se trata de prescrição retroativa, não ocorre o ajuste entre a sua finalidade (limite temporal em resposta ao desinteresse do Estado) e a prática (o Estado, de fato, busca a reprimenda legal). Na prescrição retroativa não há a inércia do Estado ao longo do tempo. Ao contrário, o Estado inicia a persecução penal ao oferecer a denúncia, ao receber a denúncia, ao perseguir todas as etapas do processo penal e ao impor uma sentença, ainda que sem trânsito em julgado definitivo.<sup>125</sup>

A propósito da prescrição retroativa, vale trazer à colação a síntese conclusiva crítica de GUARAGNI, no sentido de que:

1) não se coaduna com o princípio de que a condenação reforça o *jus puniendi*, o que implicaria no aumento do prazo para seu exercício; 2) nega a interrupção válida do prazo prescricional pelo recebimento da denúncia e prolação de sentença condenatória recorrível, ao arrepio dos fundamentos em que estribadas as causas interruptivas, à luz do princípio da “imprescritibilidade da ação em movimento”; 3) viola os princípios de certeza, irredutibilidade e utilidade dos prazos, sendo por isso sustentável sua inconstitucionalidade, à luz do devido processo legal; 4) declara a inexistência do recebimento da denúncia, do desenrolar do processo e da própria sentença em que se funda através de uma injustificável ficção, não resistente ao fato de que, tanto o recebimento da denúncia, quanto todos os atos processuais daí desenvolvidos até a prolação da sentença (inclusive) são fenômenos não só jurídicos, mas também naturalísticos, sendo apreensíveis pelos sentidos; 5) não se justifica sob o argumento de que representa uma conquista do indivíduo dentro da órbita protetiva da pessoa adotada pela política criminal num estado de

---

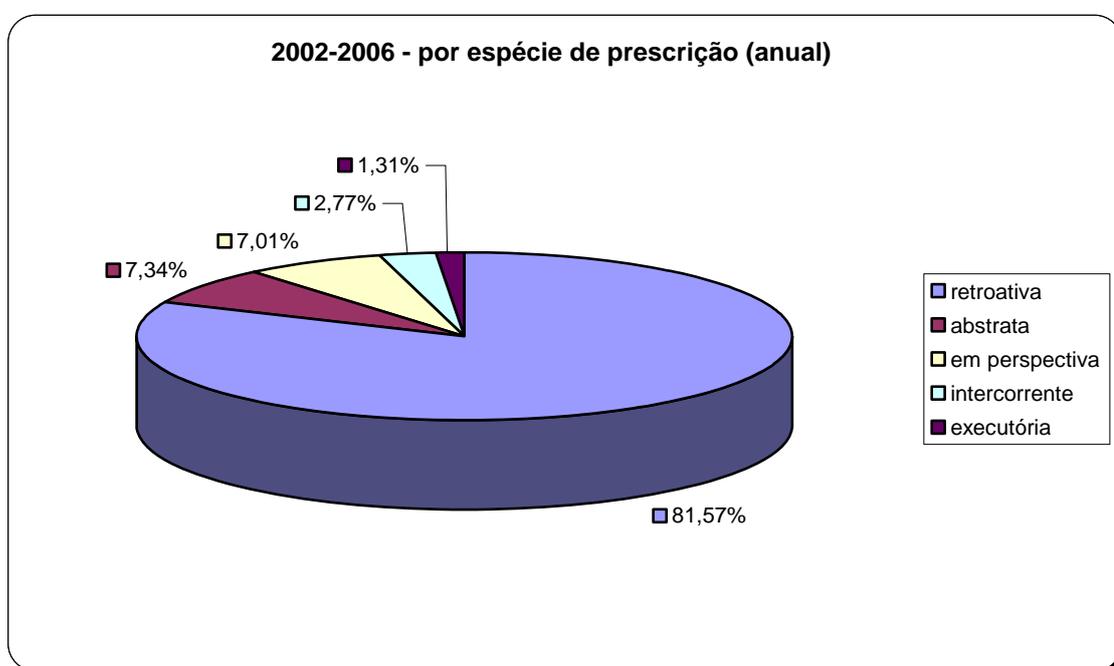
<sup>125</sup> COSTA RAMOS, Priscila Moreira Carvalho. Prescrição Retroativa: uma questão política. **Boletim dos Procuradores da República** n. 76, set. 2007, p. 9.

direito liberal ou, mais modernamente, social.<sup>126</sup>

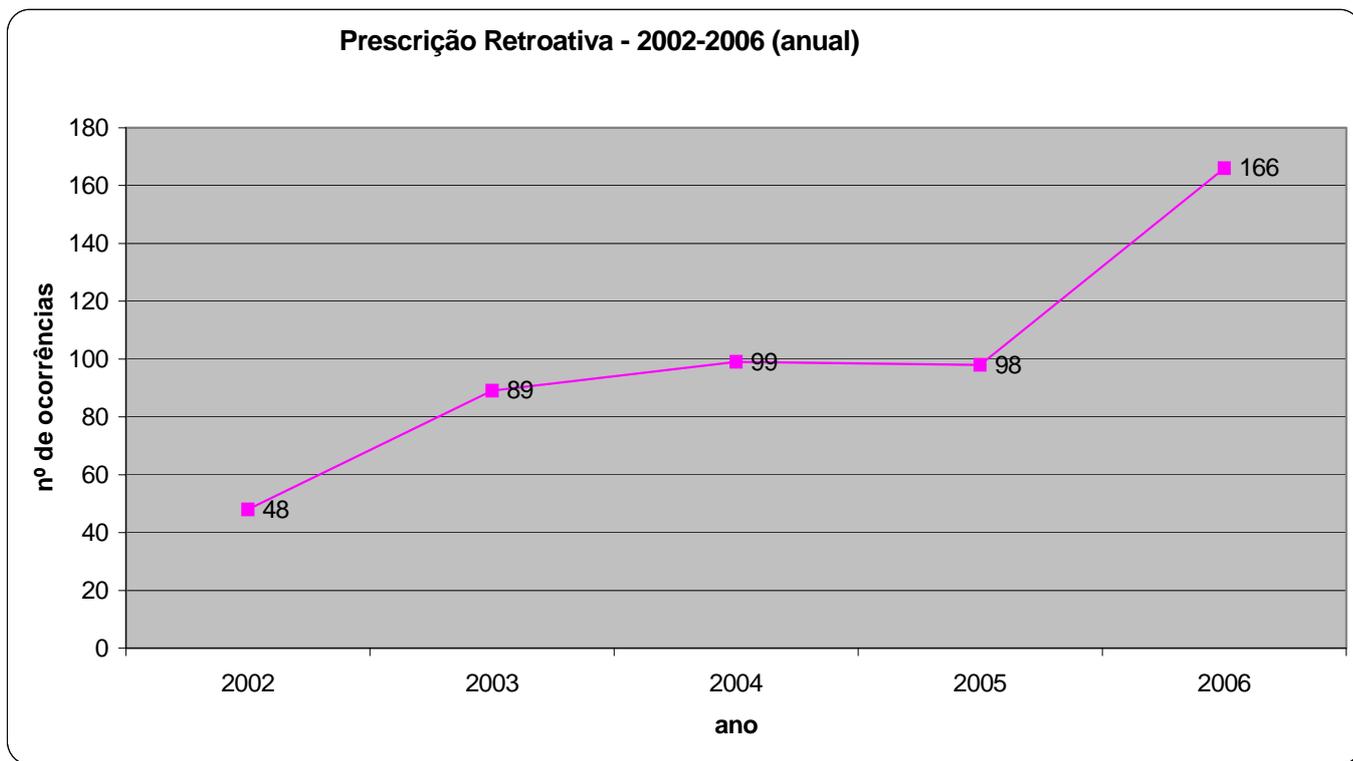
### 6.9.1 Pesquisa estatística sobre a prescrição retroativa

Para fundamentar o presente trabalho, levantou-se dados refletidos em julgamentos do TRF4, no período de 2002 a 2006, conforme os quadros e gráficos que levaram em conta a incidência dos casos de prescrição ocorridos em cada ano, por número e percentual do total, e, ao final, a linha de incidência, revelando tendência sempre crescente, conforme segue:

Ano	Retroativa	Abstrata	Projetada	Intercorrente	Executória	TOTAL	%
2002	48	2	3	0	1	54	8,60
2003	89	3	3	1	3	99	15,76
2004	99	8	5	1	1	114	18,15
2005	98	13	18	8	2	139	22,13
2006	166	19	14	7	1	207	32,96
<b>Total</b>	<b>500</b>	<b>45</b>	<b>43</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>613</b>	<b>97,61</b>
<b>%</b>	<b>81,57</b>	<b>7,34</b>	<b>7,01</b>	<b>2,77</b>	<b>1,31</b>	<b>100,00</b>	



<sup>126</sup> GUARAGNI, op. cit., p. 130.



Em conclusão, pode-se afirmar que a prescrição retroativa é a mais freqüente nos julgados pesquisados, alcançando o percentual de 81,57% no somatório dos períodos considerados, com tendência crescente, devendo a preocupação da Administração da Justiça recair exatamente nesta modalidade prescritiva para o estudo de soluções tendentes a resolver o problema da impunidade no Brasil.

Tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 1.383/2002, do Deputado Antonio Carlos Biscaia, que propõe a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, pondo fim à prescrição retroativa, segundo a justificativa de que a

prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.

O projeto foi aprovado pelo Senado, onde recebeu emenda única e parecer final pela extinção da prescrição retroativa e aumento, ademais, de dois para três anos, do prazo mínimo de prescrição para crimes de menor gravidade, com

penas inferiores a 1 ano. A redação proposta é a seguinte:

Art. 110 [...].

[...]

§ 1º. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação e defesa, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.

#### **6.10 Prescrição da pretensão executória contada do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação: teratologia do sistema**

E temos ainda a eloqüente disfunção consubstanciada na vedação à execução provisória da sentença penal condenatória – consoante encaminhamento da jurisprudência do STF, fundada no princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade – sem embargo de ter curso o prazo prescricional para a execução da pena com o trânsito em julgado da sentença para a acusação, consoante expressamente determina o art. 112 do CP, segundo o qual a prescrição começa a correr: I) do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação ou do que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; II) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deve computar-se na pena.

Desde a reforma penal de 1984, o termo inicial da prescrição da pretensão executória não se conta mais do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes, mas sim do trânsito em julgado para a acusação.

Tanto na doutrina como na jurisprudência predomina o entendimento de que, embora somente se possa falar em prescrição da pretensão executória depois do trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa, o *iter prescricional*, depois de ocorrido este, é contado retroativamente desde o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

Assim, transitando a sentença condenatória em julgado para a acusação (ministério público, querelante e assistente de acusação), é dessa data que se conta o interregno prescricional, mesmo que não tenha sido intimado o réu. É necessária, todavia, a implementação de uma condição, vale dizer: que a sentença tenha transitado para a defesa. Satisfeito esse requisito, a contagem se opera retroativamente da data do trânsito em julgado para a acusação.

Deveras que, diante da impossibilidade de execução provisória das

penalidades fixadas na sentença condenatória antes de transitar em julgado para a defesa, seja por força de entendimento pretoriano sedimentado ou em decorrência de expressas previsões legais (art. 51 do CP e arts. 105, 106, 107, 147, 164 e 171 da LEP), é "inconcebível" e "incrível", nos dizeres, respectivamente, de NUCCI<sup>127</sup> e de CAPEZ,<sup>128</sup> que tenha curso o prazo prescricional, porquanto o Estado não se queda inerte em seu dever, mas sim fica impedido de exercê-lo, no aguardo do trânsito em julgado da sentença também para a defesa. O sistema contém, a toda evidência, uma disfunção, pois, se o Estado não pode executar provisoriamente a pena, não é justo que corra contra ele o prazo para a execução.

Não sendo factível ao Estado executar provisoriamente a pena, salvo quando for a execução provisória de interesse do condenado, impõe-se que seja revista a redação do art. 112, I, do CP, no que determina a contagem do prazo prescricional da pretensão executória da data do trânsito em julgado para a acusação. A proposição, alterando a citada regra, verdadeira teratologia no sistema penal, fixa como termo *a quo* do *iter* prescricional da pretensão executória, o trânsito em julgado para ambas as partes, observando a seguinte redação:

Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, ou a decisão que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

#### **6.11 O acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva do prazo prescricional: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007**

A jurisprudência, de forma pacífica, entende que o acórdão confirmatório da sentença condenatória de primeiro grau não constitui causa de interrupção da prescrição (STF: HC 48.351-SP, Relator Min. Adalicio Nogueira; RTJ 57/538; HC 61.210-AL, Relator Ministro Néri da Silveira; RTJ 117/67; HC 68.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 134/1208; HC 71007/SP, Min. Carlos Velloso, Ementário vol. 1743-04, p.759).

A magistratura vinha sustentando, e esta era uma das preocupações da Associação dos Juízes Federais do Brasil, ser imperiosa uma alteração legislativa para acrescer-se às causas interruptivas da prescrição, previstas no art. 117 do

---

<sup>127</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 474.

<sup>128</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 535.

Código Penal, o acórdão confirmatório da condenação.

Entendimento refratário à idéia argumenta acenando com o direito fundamental ao julgamento em prazo razoável. Os tribunais são demorados para julgar os recursos e a inserção desta causa interruptiva iria agravar o problema.

A realidade atual é a seguinte: a complexidade dos julgamentos e o acúmulo de processos não permitem que se possa operar, em termos de prescrição, com um prazo tão elástico, vale dizer, da data da sentença até o trânsito em julgado para a defesa, sem, de permeio, pelo menos, contar com uma causa interruptiva. Por mais eficientes que sejam os tribunais, não é possível evitar o lapso prescricional. Por certo, não será com a ameaça de prescrição que se vai resolver o problema da demora do Poder Judiciário. Este risco nunca teve o condão de agilizar a justiça penal. Esse discurso da agilidade é mesmo falacioso, pois são raros os casos de exortação do judiciário ao andamento célere (pedido de preferência) do processo penal formulado por réu que responde ao processo solto.

Eventual violação ao exercício do direito fundamental ao julgamento em tempo razoável desafia o manejo de instrumentos outros para compelir o tribunal ao julgamento, para que não haja a frustração das aspirações sociais com a impunidade.

Imagine-se um caso em que a sentença condenatória à pena de 2 anos é proferida em 06.06.2003. Em 06.06.2004, chega ao tribunal de 2º grau a apelação, que, na melhor das hipóteses, é julgada no prazo de 1 ano e 6 meses, ou seja, 06.12.2005, havendo confirmação da sentença condenatória. Interposto Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, sabe-se que entre o juízo de recebimento na origem e o julgamento por aquela Corte nunca menos de dois anos são consumidos. O julgamento ocorreria em 06.12.2007, quando já extinta da punibilidade pela prescrição intercorrente (4 anos).

Esse quadro se altera com o advento da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, que define como causa interruptiva da prescrição o acórdão condenatório. Passa a vigorar o art. 117 do Código Penal com a seguinte redação:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:  
[...];  
IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

A primeira dúvida diz respeito ao alcance do texto legal. Veio a nova

redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal criar uma nova hipótese de interrupção da prescrição ou apenas explicitar que no caso da condenação em grau de recurso seria o acórdão condenatório o marco interruptivo? Parece mais adequada a primeira assertiva. O acórdão condenatório, quando reforma sentença penal absolutória, sempre se revestiu de eficácia interruptiva da prescrição penal. A jurisprudência não discrepa sobre o assunto (STJ, RESP. 26.773, DJU 29.04.93, p. 6693). Não teria sentido uma alteração legislativa que, tangenciando o problema antes relatado, alheia aos reclamos sociais, apenas viesse ao mundo jurídico para explicitar o que a jurisprudência, se dúvida houve em algum tempo, de há muito havia explicitado. Seria legislar desnecessariamente.

O melhor entendimento é o de que se está criar nova causa interruptiva do prazo prescricional. O acórdão que confirma a condenação substitui-se à sentença condenatória. É o chamado efeito substitutivo inerente ao recurso. Assim, é também *acórdão condenatório* aquela decisão recursal que *confirma ou modifica em parte* a sentença condenatória. De acórdão absolutório é que não se trata, evidentemente! Assim, uma interpretação gramatical e sistemática do dispositivo legal alterado permite esta inteligência.

A Justificação do Projeto de Lei nº 401, de 2003, no Senado, pelo seu relator, Senador Magno Malta, não deixa qualquer dúvida sobre o desiderato da alteração legislativa proposta.

A alteração proposta produz impacto na denominada prescrição intercorrente ou superveniente (art. 110, § 1º, do Código Penal), que ocorre após a prolação da sentença condenatória recorrível. Pretende-se evitar, com efeito, a interposição de recursos meramente protelatórios às instâncias superiores, uma vez que a publicação do acórdão condenatório recorrível, doravante, interromperá o prazo prescricional, zerando-o novamente. Sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição, justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição mais razoável, de que *o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrompe o prazo da prescrição intercorrente* (grifei).

Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela

estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal.

Talvez mereça uma crítica a redação aprovada e sancionada, pelo fato de ter englobado num único inciso duas causas interruptivas da prescrição, utilizando a expressão alternativa “ou” entre ambas, quando deveria fazê-lo dispondo em dois incisos. Quando se está diante da sentença absolutória, e o acórdão a reforma para condenar o réu, estará este interrompendo a prescrição pela vez primeira, justificando o emprego do “ou” entre as alternativas causas interruptivas. Cuidando-se de acórdão que confirma a sentença condenatória, mantendo-a integralmente ou reformando-a em parte, tem-se nova causa interruptiva do lapso prescricional, que já se havia interrompido antes com a sentença condenatória. Ao que penso, trata-se de mero defeito de técnica legislativa que não compromete a exegese do novo texto legal.

Acórdão condenatório, para os fins interruptivos da prescrição, é a decisão colegiada dos tribunais (Turmas Recursais dos Juizados Especiais, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), que confirma a sentença condenatória, mantendo-a integralmente ou em parte, ou, ainda, a decisão colegiada que, acolhendo recurso da acusação, condena o réu diante de sentença absolutória. Não se pode entender a expressão acórdão condenatório como sendo apenas a decisão colegiada dos tribunais de apelação.

E sobre a expressão “recorrível”, que dizer? Cogita-se de recorribilidade porque, se não é admitido recurso, a decisão condenatória transita em julgado, e descabe cogitar-se de interrupção da prescrição.

A nova regra, em vigor desde a publicação, ocorrida em 30 de dezembro de 2007, resolvendo uma das mais sérias idiosincrasias do sistema penal no concernente à prescrição, põe fim a um verdadeiro veio de impunidade.

Versando sobre direito substantivo, e sendo regra penal mais gravosa ao réu, na medida em que introduz nova causa interruptiva da prescrição reduzindo a possibilidade de se aperfeiçoar o prazo de prescrição intercorrente, consoante dispõe o art. 1º do CP, somente terá eficácia em relação a fatos ocorridos posteriormente à sua vigência (Art. 5º, LX, da Constituição: “a lei penal não

retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

Este foi o entendimento que vingou quando da alteração do art. 366 do CPP, ao instituir hipótese de suspensão da prescrição, dificultando a extinção da pretensão punitiva do Estado (STJ, HC 39671, 2004.01.637881/RJ, 6ª Turma, DJU 05/02/2007, p. 385, Relator Min. Hamilton Carvalhido).

Entende a jurisprudência que “a data em que o acórdão condenatório irá interromper a prescrição é aquela em que se realizar a sessão de julgamento na qual o Tribunal decidiu o recurso interposto, e não a data em que se deu a publicação formal de referido acórdão” (STF, HC 70810/ RS, DJU 01-12-2006, p. 75, Relator Ministro Celso de Mello).

## **7 NECESSIDADE DE REFORMA DO PROCESSO PENAL**

### **7.1 Agilização do trâmite processual sem atropelo às garantias penais**

A demora excessiva do processo penal é, em boa medida, um problema que decorre do sistema processual. É certo que o processo não tem como ser muito abreviado, pois que é preciso garantir o exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, corolários do devido processo legal. A segurança jurídica pressupõe tempo razoável. Portanto, as soluções devem ser encontradas num ambiente que preserve os direitos e garantias dos litigantes; não se pode suprimir etapas essenciais à defesa técnica e à ampla produção probatória, ou, simplesmente, eliminar-se instâncias recursais.

No entanto, a necessidade de agilização do trâmite do processo penal, com redução do seu tempo de duração, é uma constatação irrefutável. Ficou bem assentada, linhas atrás, a problemática da demora do processo penal revelando conotação de dúplice prejudicialidade. De um lado, impondo as nefastas conseqüências sociais decorrentes da extinção da punibilidade pela prescrição penal, com afetação da eficiência e da eficácia do Direito Penal e do direito de proteção estatal titularizado pela sociedade. De outro vértice, trazendo àquele que se submete à persecução penal a indubitável carga negativa e estigmatizante do processo penal, máxime quando a Constituição lhe confere o direito à tramitação do processo em tempo razoável.

Conferir maior rapidez ao processo penal é um ideal preconizado com ênfase por todos os operadores do direito.<sup>129</sup> Conquanto deva ser esta meta perseguida com certa obstinação, sabe-se tratar-se de uma medida que, isoladamente, não será suficiente para resolver o problema da impunidade decorrente da prescrição penal, nem para assegurar o direito do réu à tramitação em prazo razoável. Parece ser inequívoco que o problema demanda solução complexa, vale dizer, um conjunto de medidas que, ao mesmo tempo, possibilitem a agilização

---

<sup>129</sup> Não se pode confundir pressa com agilidade. E é exatamente de uma porção de agilidade que o processo penal se ressente.

da tutela penal e adaptem o sistema normativo à realidade da criminalidade moderna.

É curial a compreensão de que o processo penal não pode ser tão abreviado e expedito a ponto de comprometer as investigações a serem realizadas pela autoridade policial, a análise profunda da acusação para o oferecimento da denúncia, a instrução com amplos poderes probatórios, enfim, o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais conferidos ao réu, inclusive às instâncias recursais compatíveis com o devido processo legal.

Na observação de LOPES E BADARÓ, é preciso buscar

o difícil equilíbrio entre os dois extremos: de um lado o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação (da tutela) da justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal.<sup>130</sup>

As garantias e direitos fundamentais do indivíduo atuam como balizadores da Administração da justiça penal. A precariedade estrutural (material e humana) não pode ser lenitivo para abusos de autoridade, sob pena de tornar o acusado vítima, também ele, do arbítrio da justiça.

É imprescindível ao processo penal o decurso de um certo e razoável interregno de tempo para o pleno exercício dos direitos acusatórios e defensivos, para a reflexão profunda do julgador, enfim, para que amadureça a lide para o julgamento, possibilitando um juízo que se aproxime ao máximo da certeza.

Qualquer solução deve ser encontrada num ambiente de constitucionalidade. Se nenhuma resposta razoável pode se apresentar à revelia das garantias conferidas às partes no processo penal, sob pena de perder sua legitimidade, é preciso refletir sobre a necessidade de se construir uma política criminal que leve em conta que também o garantismo está vinculado a uma perspectiva de proporcionalidade. Essa é que assegura validade ao ideário garantista, ora impondo-lhe restrições, ora ampliando seu espectro.

Não se pode incidir na vã ilusão das soluções do “processo penal emergencial”, despótico, casuístico e midiático, quase sempre desprovido de legitimidade constitucional e conducente a uma legislação processual penal distorcida, que acaba por exacerbar ainda mais a impunidade, satisfazendo apenas

---

<sup>130</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6.

aos ideais eleitorais de um grupo de políticos desconectados das origens do problema. O chamado “terrorismo processual-penal” é mais grave do que a demora do processo penal.

Assim, o ideal almejado pressupõe uma ponderação, um equilíbrio entre a necessidade de racionalizar o direito e o processo penal, pondo fim à impunidade, especialmente para os chamados crimes de colarinho branco (crimes econômicos: financeiros, tributários e outros praticados por indivíduos que se valem de seu *status* social e dos cargos que ocupam para burlar a lei penal) e a não menos imperiosa necessidade de preservar as garantias e os direitos fundamentais dos acusados. Este equilíbrio, somente atingível com particular atenção ao critério da *necessidade*,<sup>131</sup> é caudatário do reconhecimento de que o princípio da proporcionalidade, considerada a vertente que cuida da proibição da insuficiência no campo jurídico-penal, não se coaduna com direitos de exercício absoluto, nomeadamente, com o chamado *hipergarantismo*, cujos postulados tornam a justiça penal seletiva, verdadeira “justiça de pobres”.

Se é certo que o *garantismo* representa a segurança de um processo justo, fim colimado pelo Estado e pela estrutura social, não menos certo é que o *hipergarantismo processual*, ou seja, a elevação do formalismo procedimental como máximo valor a ser perseguido, com desprezo total ao resultado da tutela jurisdicional penal, deve ser evitado com a mesma veemência. O garantismo socialmente legitimado deve ser visto e exercitado enquanto garantia de direitos fundamentais que não se limitem ao âmbito do litigante réu no processo crime, mas em uma perspectiva mais ampla, que concilie a todos os interesses, sociais e individuais, liberdade e segurança, desinteressando a origem da ameaça.

O aspecto técnico da propalada efetividade do processo penal, enquanto garantia de pleno exercício dos direitos acusatórios e defensivos, embora imprescindível à tutela penal justa, não se compadece com uma conformação permeada de formalidades desnecessárias, que representem óbice à realização prática do aspecto material, ou seja, da efetiva aplicação da lei penal aos infratores das regras de convivência social, frustrando a proteção dos direitos dos cidadãos.

---

<sup>131</sup> O exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e é baseada diretamente em um valor de natureza constitucional (Cf. SARLET, op. cit., p. 26).

### A propósito o escólio de BALTAZAR JUNIOR:

E isso ocorre especialmente em relação à criminalidade dos poderosos. Que a Justiça Criminal alguma efetividade tem dá prova o fato de que os presídios estão superlotados, mas primordialmente por acusados de crimes contra o patrimônio, violentos ou não, pequenos traficantes de drogas, homicidas e estupradores. Não é o que se vê, porém, quando tratamos com sonegadores, autores de fraudes financeiras, grandes traficantes e contrabandistas, lavadores de dinheiro e agentes públicos corruptos. É nesses casos, dos agentes com dinheiro e poder para o exercício da defesa, que se vislumbra um apego excessivo às garantias, as quais é dada uma dimensão maior do que a efetivamente merecida, no chamado hipergarantismo, uma hipertrofia na interpretação dos direitos de defesa, que compromete o andamento da persecução penal. Assim, demasiado número de ações penais nessa área, quando chegam ao final, após muito esforço dos agentes de persecução, encontram-se prescritas, ou são anuladas, ou sobrevém uma lei de anistia, ou se entende que aqui ou acolá foi desrespeitada uma regra processual em uma interpretação totalmente “inovadora” acerca do que se vinha decidindo, vislumbrando-se no tipo penal ou nos requisitos da produção da prova requisitos até então nunca imaginados. Enfim, tendo claro que os direitos fundamentais devem ser preservados, há que encontrar um “justo meio” que não atente contra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas preserve também o interesse de toda a sociedade, na persecução e punição dos fatos delituosos, seja quem for que os tenha cometido.<sup>132</sup>

Discute-se se o Processo Penal comporta enxugamento, se é possível agilizar o trâmite processual encurtando a chamada demora marginal, ou seja, aquele tempo de tramite normal do processo, sem delongas indevidas, até a decisão final. Parece ser esta uma discussão importante, diante dos prazos prescricionais exíguos e, hodiernamente, incompatíveis com o *iter* procedimental natural, notadamente em vista do volume e da complexidade dos processos penais. Consoante se disse alhures, faz-se mister adaptar os prazos prescricionais e, de rigor, o próprio instituto, como é o caso, por exemplo, da chamada prescrição retroativa, para fazer face ao atual contexto criminológico. Todavia, parece necessário e viável, sem prejuízo das garantias e direitos fundamentais, a *latere* desta medida, o encurtamento do processo penal.

### Sustenta LOPES que o

processo tem o seu tempo, pois deve dar oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, deve ter tempo para

---

<sup>132</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Hipergarantismo e impunidade. **O Sul**, Porto Alegre, 3 maio 2007.

oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga”. E arremata: “parece-nos evidente que a aceleração deve vir através de tecnologia na administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental atropelando direitos e garantias fundamentais.<sup>133</sup>

Não se duvida que há um descompasso entre o tempo cronológico que regula a vida social e o tempo do processo, ditado pela complexidade do problema a ser solvido. É irretocável a consideração que sinaliza com soluções hauridas da tecnologia e da racionalização dos trabalhos judiciais. Não parece ser inteiramente correto, entretanto, o escólio que descarta a aceleração procedimental como uma das soluções viáveis.

O tempo do processo penal deve ser o necessário e suficiente para o exercício dos direitos acusatórios e defensivos, sob pena de retirar sua instrumentalidade, frustrando os fins do próprio Direito Penal. É, pois, adequada a sumarização do processo penal, com redução do tempo, a exemplo do rito dos juizados especiais aplicável aos crimes de menor potencial lesivo, que contempla mecanismos mais céleres, simplificados e desburocratizados. Também na proposta de Código de Processo Penal modelo ibero-americano há a expressa previsão de procedimentos abreviados.

Na primeira etapa da reforma que está ocorrendo no Código de Processo Penal de 1941, foi editada a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que altera os dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli e mutatio libelli* e aos procedimentos. Uma das alterações consubstancia-se na nova disciplina do procedimento comum sumário, aplicável agora aos processos que tenham por objeto crimes a que cominada pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 anos (art. 394, § 1º, inciso II). Houve, por assim dizer, uma ampliação de seu espectro.

Os princípios da oralidade e da concentração, embora vigorantes, nunca tiveram operacionalidade prática. De exceção em exceção, passaram a não ser aplicados. A realização de uma única audiência de instrução e julgamento, com a prática de todos os atos acusatórios, defensivos e instrutórios, era outra alteração legislativa clamada no sentido do encurtamento e agilização do processo penal. Na novel Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, a disciplina proposta para o

---

<sup>133</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 30.

procedimento comum ordinário prevê a realização de apenas uma audiência de instrução e julgamento, a ocorrer no prazo máximo de 60 dias, a contar do recebimento da denúncia ou queixa (art. 400, *caput*). Encerrada a instrução, o Ministério Público, o requerente e o assistente e, a seguir, o acusado, poderão requerer diligências cuja necessidade e conveniência se originem de fatos ou circunstâncias apurados na instrução (art. 402). Não sendo requerida nenhuma diligência ou sendo indeferidas as requeridas, o juiz ordenará o oferecimento de alegações finais orais, pelo prazo de 20 minutos, respectivamente à acusação e à defesa, prorrogáveis por mais 10 minutos, proferindo sentença a seguir (art. 403, *caput*). Em razão da complexidade do caso, pode o juiz conceder às partes prazo sucessivo de cinco dias para a apresentação de memoriais (art. 403, § 3º). Nesse caso, o juiz proferirá sentença no prazo de cinco dias (art. 403, § 4º).

Para o procedimento sumário, da mesma forma, a audiência será única (art. 531), devendo realizar-se no prazo de 30 dias (no ordinário, o prazo é de 60 dias); houve a redução do número de testemunhas a serem arroladas pelas partes de 8 para 5; não há previsão da suspensão da audiência antes dos debates para a realização de diligências complementares, e de substituição dos debates orais por memoriais escritos, quando a causa for complexa, e também não há a possibilidade de prolação da sentença por escrito, como faculta a disciplina do procedimento ordinário. Espera-se que os nossos juízes procurem, de todas as formas, aplicar a regra do novo rito resolvendo o processo em audiência única.

A previsão de citação com hora certa para o réu que se oculta (art. 362), nos moldes do código de processo civil, possibilitando ao juiz a nomeação de defensor dativo, quando não comparecer o réu, é outra medida que pode contribuir para a agilização do processo, porquanto é muito comum a prática da ocultação para evitar a citação, consumindo tempo precioso do processo.

O contraditório (defesa) prévio a um eventual juízo da absolvição sumária, que tem lugar antes da realização da audiência, tal como preconiza a nova disciplina do art. 396 (redação da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008), embora possa parecer mais uma fase a delongar o processo, apresenta algumas vantagens que podem repercutir na agilização do processo penal, notadamente porque tem a virtude de possibilitar que somente os processos que apresentem plausibilidade ou seriedade de acusação sejam impulsionados, ensejando maior racionalização e

aproveitamento do tempo nos trabalhos da justiça penal.

A absolvição sumária (nova redação da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, ao art. 397) é um avanço no sentido da agilidade do processo penal. Além de evitar sejam impulsionados processo natimortos, pode auxiliar para a redução dos *habeas corpus* comumente impetrados nos Tribunais visando ao trancamento da ação penal, sob o argumento de falta de justa causa. Como a jurisprudência veda ao juiz a retratação depois de recebida a denúncia, não cabendo recurso da decisão que a recebe, o inconformismo é sempre dirigido ao tribunal, por meio do *habeas corpus*, causando acúmulo de processos para julgamento (o HC tem julgamento prioritário). Com a possibilidade de o juiz absolver sumariamente o réu, a incidência destes processos, que é muito elevada, deve experimentar redução e, conseqüentemente, o trabalho dos tribunais.

As novas regras dos arts. 396 e 397 do CPP, quanto à rejeição da denúncia e a possibilidade de o juiz absolver sumariamente o réu depois da defesa prévia, respectivamente, não interferem na disciplina da prescrição. Conquanto se tenha inserido uma fase antecedente de defesa prévia, cogitando o legislador de novo recebimento da denúncia, a prescrição se interrompe quando recebida a denúncia depois do juízo negativo de rejeição preliminar, nos termos do art. 396.<sup>134</sup>

Outras hipóteses que não foram contempladas nesta primeira onda de reformas deveriam também ser objeto de estudo. O instituto da *revisão obrigatória* no julgamento dos tribunais (art. 615 do CPP), por exemplo, não se compadece com os ideais de celeridade processual. Nada há que o pedido de *vista* pelo membro do colegiado que não funcionou como relator do processo não possa resolver. Há casos em que o revisor permanece por longo tempo com o processo

<sup>134</sup> “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

“Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, **recebê-la-á** e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias” (grifei).

“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.”

“Art. 399. **Recebida a denúncia ou queixa**, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente” (grifei).

fazendo incidir a chamada prescrição em gabinete (do revisor). Trata-se de instituto, pois, que mereceria ser extinto diante da necessidade de agilização dos processos nas instâncias recursais. Aliás, a tendência de julgamentos nos tribunais por decisão monocrática do relator, tal como já ocorre salutarmente no processo civil, deveria ser encampada pelo processo penal.

## **7.2 Filtros recursais no processo penal**

Não passa despercebido a qualquer operador do direito que o sistema recursal é prolixo na previsão de espécies recursais, tornando a solução definitiva da lide muito distante no tempo. A capacidade de trabalho dos tribunais, especialmente do STJ e do STF está esgotada, e isto representa demora na entrega da prestação jurisdicional e prescrição penal iminente.

A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentadora do § 3º do art. 102 da Constituição Federal, instituiu no Código de Processo Civil o chamado “filtro recursal da repercussão geral” condicionando o recebimento de Recurso Extraordinário à importância social, política ou jurídica da matéria recorrida. Inexplicavelmente, foram modificados apenas dispositivos do CPC, enquanto o referido filtro recursal é de plena aplicabilidade ao processo penal. O Supremo Tribunal Federal sinalizou neste sentido, conforme decisão noticiada no Informativo 472, de 18 a 22 de junho de 2007:

Repercussão Geral e Recurso Extraordinário em Matéria Criminal. Salientou-se, inicialmente, que os recursos criminais de um modo geral possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades que não afetam substancialmente a disciplina constitucional comum reservada a todos os recursos extraordinários e que, com o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º do art. 102 da CF, a exigência da repercussão geral da questão constitucional passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário, cuja regulamentação se deu com a Lei 11.418/2006, que alterou o texto do CPC, acrescentando-lhe os artigos 543-A e 543-B. Entendeu-se que, não obstante essa alteração tenha se dado somente no CPC, a regulação se aplicaria plenamente ao recurso extraordinário criminal, tanto em razão de a repercussão geral ter passado a integrar a disciplina constitucional de todos os recursos extraordinários, como por ser inequívoca a finalidade da Lei 11.418/2006 de regulamentar o instituto nessa mesma extensão. Além disso, aduziu-se que não haveria óbice à incidência desse diploma legal de forma subsidiária ou por analogia, e citaram-se diversos precedentes do Tribunal reconhecendo a aplicação por analogia do CPC ao processo penal. Afirmou-se, também, não haver se falar em

imamente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, tendo em conta estar em causa, normalmente, a liberdade de locomoção. Esclareceu-se que o recurso extraordinário visa à preservação da autoridade e da uniformidade da inteligência da CF, o que se reforçaria com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele debatidas, ou seja, as que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1º), e destacou-se, ademais, sempre ser possível recorrer-se ao habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII) como remédio à ameaça ou lesão à liberdade de locomoção, com a amplitude que o Tribunal lhe tem emprestado (AI 664567 QO/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 18.6.2007).

No Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008, regulamentada pela Resolução nº 08, de 07 de agosto de 2008 (que estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos), parece coerente que o referido filtro também seja estendido aos recursos especiais criminais.

### **7.3 Meios eletrônicos no processo penal**

O Processo Penal, instrumental que é em relação ao Direito Penal, precisa incorporar com toda a intensidade as inovações tecnológicas que os meios eletrônicos estão a disponibilizar. Não mais se compadece com práticas e rituais ultrapassados e que tendem a se perenizar no tempo em nome de formalismos jurisprudencialmente consagrados que a dogmática precisa superar, comprometendo-se com novos instrumentos eletrônicos indispensáveis para lhe conferir maior agilidade. O registro dos atos processuais e a colheita das provas devem obedecer à forma eletrônica.

Nesta seara têm sido consideráveis os avanços da tecnologia e da jurisprudência, não deixando sequer saudade de um tempo, muito remoto, em que os Tribunais anulavam sentenças datilografadas sob o argumento de não terem sido escritas pelo juiz de próprio punho.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> Consta que, em 1929, a Câmara Criminal do Tribunal da Relação de Minas Gerais anulou uma sentença judicial porque não tinha sido escrita pelo juiz de próprio punho. O tribunal considerou que o uso da máquina de escrever era incompatível com um dos valores basilares do processo penal, o do sigilo das decisões antes da publicação. No fim da década de 1980, várias sentenças foram anuladas porque os juízes haviam usado o microcomputador. Os tribunais temiam que o novo equipamento, na medida em que permitia a reprodução das sentenças “em série”, pudesse prejudicar a devida atenção do magistrado para as particularidades de cada caso (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Judiciário ainda reluta a

A utilização dos meios eletrônicos, explica CAZERTA,

pode substituir imensurável volume de papéis, com vantagens na facilitação de consulta e manuseio. Relatórios policiais, termos e autos de busca e apreensão e respectivas análises, perícias técnicas, informações processuais, relatórios de vigilâncias, depoimentos e tantos outros atos processuais podem ser documentados através de mídia eletrônica. (...). Ao contrário, o sistema representa maior respeito à amplitude de defesa, pois permite acesso irrestrito à prova coletada, em sua inteireza, entregando-se às partes tudo quanto produzido, em reprodução fiel do original.<sup>136</sup>

A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, ao dispor sobre a informatização do processo judicial, permite o uso de meio eletrônico na tramitação dos processos (art. 1º, *caput*), trazendo uma contribuição importante para a celeridade e a economia processual. Sem embargo de, expressamente, permitir seu uso no processo penal (art. 1º, § 1º), somente dispositivos do Código de Processo Civil, até o presente momento, sofreram alterações, permanecendo o processo penal ainda intocado. Não parece ter muito sentido permitir a expedição de carta (precatória, rogatória ou de ordem) por meio eletrônico no processo civil (art. 202, § 3º), e não adotar o mesmo procedimento para o processo crime.

Dentre os meios eletrônicos destaco a utilização da videoconferência para a prática de atos processuais, permitindo o interrogatório, a tomada de depoimentos de partes, testemunhas e peritos a distância e *on line*, inclusive. Da mesma forma, a dedução de razões finais, sustentações orais em sessão de julgamento de recursos e, enfim, qualquer ato processual, dispensando a presença física daquele que deve praticá-lo ou nele colaborar, representando agilidade e economicidade.

No âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, o Provimento nº 5 da Corregedoria-Geral, editado em 20 de junho de 2003, autorizou o interrogatório *on line* de réus, consoante a conveniência do juízo processante. A autorização foi mantida pelo Provimento nº 2, de 1º de junho de 2005 (art. 297). No mesmo tribunal está também facultada a sustentação oral à distância, por meio de videoconferência, dispensando o ato presencial do advogado, recurso ampliativo do acesso à justiça

---

avanços tecnológicos. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 08 set. 2007. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 29 fev. 2008).

<sup>136</sup> CAZERTA, Therezinha Astolphi. Meios Eletrônicos no Processo Penal. **Revista TRF – 3ª Região**, São Paulo, v. 76, mar./abr. 2006, p. 114.

de segundo grau que tem sido efetivamente utilizado pelos advogados. Os processos dos Juizados Especiais há algum tempo são virtuais, ou seja, dispensam a documentação em papel, possibilitando a prática de qualquer ato processual *on line*. Um exemplo a ser seguido pelo processo penal.

### 7.3.1 Interrogatório por videoconferência

O interrogatório por videoconferência constitui um avanço importante no processo penal, pois permite dispensar a expedição de carta precatória e a requisição de réus presos, evitando o trânsito sempre arriscado de indivíduos perigosos e as freqüentes frustrações de audiências, com vantagens para a agilização do trâmite processual.

Trata-se de inovação que, à míngua de previsão legal, encontra resistência jurisprudencial, refletida no seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (*due process of law*). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, *caput* e § 2º, 403, 2ª parte, 185, *caput* e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu (STF, 2ª Turma, HC n. 88914/SP, Min. Cezar Peluso, j. 14/08/2007).

A propósito do tema, reporto o Projeto de Lei do Senado nº 139, de 2006 (nº 7.227, de 2006, na Câmara dos Deputados), que altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, prevendo a videoconferência como regra no interrogatório judicial.

A posição da magistratura federal é refletida na manifestação do ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, Walter Nunes da

Silva Júnior, ao encarecer do Presidente da República a aprovação sem veto do referido Projeto de Lei:

O interrogatório por videoconferência (teleaudiência) é um grande avanço no sistema processual penal e compreende um dos passos necessários à informatização do processo, conforme a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (...).

A videoconferência não ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o sistema já utilizado permite o contato privativo – em linha exclusiva e criptografada – entre o acusado e seu defensor, como exige o Projeto de Lei ora submetido à sanção de Vossa Excelência. Além disso, o defensor não fica em nenhum momento impedido de contatar o preso, no presídio, antes da audiência.

A teleaudiência – exatamente porque permite a gravação das imagens do ato processual – opera em favor e não contra o acusado, pois permite que, no momento de valoração das provas, o depoimento do réu seja recuperado na sua mais ampla extensão, consubstanciando-se, por isso mesmo, em um importante instrumento para o julgamento da causa, especialmente quando o magistrado responsável pela decisão não tenha tido participação nos atos de instrução, situação essa que ocorre amiúde.

É de se notar, outrossim, que o sistema de audiência por videoconferência restringe-se aos casos de presos de maior periculosidade, cujo transporte pelas vias das cidades traz insegurança à sociedade, devido ao risco de fuga por tentativa de resgate. Além disso, é relevante lembrar o alto custo do transporte desses presos de alta periculosidade, que, não raro, são levados para presídios de segurança máxima, localizados em local afastado dos grandes centros urbanos e, em determinados casos, em outros estados, como nos de presos sujeitos à jurisdição federal.

Não é raro, ainda, que dificuldades burocráticas na disponibilização dos presos ou a falta de contingente para a escolta levem a adiamentos das audiências com réus presos, atrasando significativamente a resolução dos seus processos.

Nações democráticas da Europa já adotam o interrogatório por videoconferência sem qualquer lesão a direitos individuais dos acusados.<sup>137</sup>

COELHO, quanto ao tema, abordando o aspecto da economicidade que proporciona o interrogatório por videoconferência, traduz o que parece ser o melhor entendimento doutrinário e da própria advocacia que está comprometida com a modernização da justiça penal:

O Estado não só gasta muito para atenuar o risco de fugas e resgates dos réus, como cria novos riscos com o deslocamento da escolta. Não raro elas tumultuam o trânsito e sempre põem inúmeros cidadãos sob a mira de armas que os policiais podem

<sup>137</sup> Disponível em: <[www.ajufe.org.br](http://www.ajufe.org.br)>. Acesso em: 06 jan. 2008.

ser obrigados a usar a qualquer momento. Dentro do Fórum, é necessário organizar também uma estrutura de segurança, que compreende não apenas a cela onde os presos ficam aguardando a vez de serem chamados, como também a de deslocamento pelos corredores do prédio. Enquanto o preso presta seu interrogatório, policiais armados o vigiam dentro da sala de audiências.

O uso da videoconferência para a realização do interrogatório neutraliza esses riscos. O réu não sai do presídio onde se encontra. As audiências são mais céleres, porque seu início não depende da vinda do preso desde a cela do Fórum até a sala do juiz. Todos – juiz, promotor e advogado – podem desempenhar melhor suas funções, num ambiente seguro.

Além disso, e talvez mais importante, os recursos humanos e materiais da Segurança Pública podem ser mais bem utilizados em sua principal finalidade, que é a prevenção e repressão aos crimes. A videoconferência possibilita que os policiais deixem de pajejar réus presos para cuidarem de prender os criminosos soltos. Não há, por outro lado, prejuízo a nenhum direito individual dos réus. O magistrado não tem, no interrogatório presencial, mais informações subjetivas sobre eles ou sobre os fatos que irá julgar do que no feito por videoconferência.

Os argumentos de otimização dos limitados recursos da Segurança Pública e a neutralização de riscos desnecessários parecem não sensibilizar os integrantes do Poder Judiciário que condenam o interrogatório por videoconferência. Mas é o caso de discutir se tais repercussões podem mesmo ser abstraídas nas decisões judiciais. A complexidade da organização social contemporânea não permite mais que os magistrados deixem de considerar o quanto seus pronunciamentos podem impactar as contas públicas. Não são mais meros aplicadores de normas gerais a casos concretos, mas verdadeiros partícipes da administração do Estado.<sup>138</sup>

Na primeira onda de reformas do Código de Processo Penal, entretanto, parece ter sido reforçada a tese contrária ao interrogatório por vídeo conferência com a consagração do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, redação da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008). Há na Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, art. 217, autorização apenas para que a testemunha que se sinta ameaçada pela presença do réu na audiência seja inquirida por vídeo conferência. Permanece sem previsão legal o interrogatório por videoconferência.

---

<sup>138</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Judiciário ainda reluta a avanços tecnológicos. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 08 set. 2007. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 29 fev. 2008.

#### **7.4 Ampliação da regra do art. 366 do CPP para os casos de réu citado pessoalmente que se evade deixando de atender ao chamado da Justiça**

Dispõe o art. 366 do Código de Processo penal que:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

§1º. As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

§2º. Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.

O primeiro dado relevante a se destacar no referido preceptivo legal é o da sua constitucionalidade, tal como reconheceu no STF, ao pontificar que o legislador ordinário, ao dispor sobre a suspensão da prescrição por prazo indeterminado, não criou hipótese de imprescritibilidade:

I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). “Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição” (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, “do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão”. 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição (STF, 1ª Turma, RE 460.971-1/RS, DJU 30/03/2007, Min. Sepúlveda Pertence).

A função primordial do referido dispositivo, introduzido pela Lei nº 9.271/96, foi a de prestigiar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conferindo proteção jurídica àqueles acusados que não têm ciência

das imputações que contra si pesam (Exposição de Motivos GM/MJ/nº 607, de 27 de dezembro de 1994). Almeja-se também impedir que a fuga e o descaso daquele que é acusado da prática delituosa acarretem prejuízo para a sociedade, frustrando seu direito de obter a tutela penal dos bens jurídicos que lhe são importantes.

A decorrente suspensão do processo e do curso do lapso temporal extintivo da punibilidade evita que se chegue a uma condenação transitada em julgado, após demorado e dispendioso trâmite processual, e que venha a se constituir em um *nada* diante da impossibilidade fática de se executá-la por desconhecido o paradeiro do condenado.

Estas considerações sobre os fundamentos da novel regra autorizam que se proponha uma ampliação de seu alcance. Seria de bom alvitre criar uma nova hipótese de suspensão da prescrição para o caso de réu citado pessoalmente que se evade do distrito da culpa, deixando de atender ao chamado do juízo, porquanto sua conduta, mais ainda do que a do réu citado por edital (art. 366 do CPP), coloca em risco a aplicabilidade da lei penal.<sup>139</sup>

Nesta linha os argumentos de GUARAGNI, pugnando pela ampliação proposta:

A um, avulta ilógico paralisar-se o lapso prescricional em relação ao réu ausente citado por edital e não o paralisar quando, pessoalmente citado, deixa de comparecer ao chamamento do Juízo. Afinal, a *mens legis* reside não só em evitar o "processo penal inútil". A finalidade consiste – também – na preservação da possibilidade do exercício estatal do *jus puniendi* e *jus executionis* (após o trânsito em julgado da prestação jurisdicional condenatória), evitando-se a prescrição quando o réu, por sua ausência, frustra os efeitos das sanções penais. Neste diapasão, se em ambas as situações se dá a ausência do imputado – capaz de colocar em risco a aplicabilidade da lei penal na hipótese da procedência da pretensão punitiva – por que tratá-las desigualmente? Adicione-se que o tratamento diferenciado premia com a não paralisação do lapso prescricional a pessoa que mais gravemente desatendeu ao chamamento do Poder Judiciário para ver-se processar, considerando-se que a citação pessoal implica certeza da comunicação e a citação ficta implica presunção da comunicação do ato processual. A dois, de igual forma não se previu a suspensão do curso da prescrição motivada pela fuga do acusado ou a ausência dos atos processuais no curso da ação, à

---

<sup>139</sup> A ocorrência é comum, inclusive em delitos de homicídio, cujo prazo prescricional é de vinte anos (v.g.: TRF da 4ª Região, Apelação Criminal nº 2005.72.06.00.2009-3/SC, 8ª Turma, j. 11/04/2007, Rel. Desembargador Federal Paulo Vaz). Neste caso, o réu, autor de homicídio contra um Policial Rodoviário Federal, depois de citado, empreendeu fuga, sendo recapturado quase vinte anos depois, quando já consumada a prescrição.

semelhança da já citada legislação peninsular (Lei 152, de 22/05/75, art. 16), porquanto a possibilidade de frustração da pretensão punitiva e executória (após a condenação) é idêntica àquela derivada da ausência do réu ao processo desde seu início.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> GUARAGNI, Fábio André. **A Revelia e a Suspensão do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 44-5.

## **8 GESTÃO DE PROCESSOS E VARAS**

### **8.1 O papel do juiz criminal na condução do processo e o dever de processamento célere**

Consoante afirma a doutrina especializada, boa parte dos problemas inerentes à demora do processo estão vinculados ao restrito uso de boas técnicas de gestão pelos magistrados. A falta de efetiva direção do processo e do emprego de instrumentos de agilização, desde o próprio controle dos prazos para a prática dos atos a cargo dos serventuários, passando pelo trato descuidado das melhores – e nem sempre novas – técnicas de controle e racionalização dos processos de trabalho, até a omissão concernente ao zelo no cumprimento dos prazos que lhe são legalmente estabelecidos para decidir (sempre considerados impróprios e desprovidos de qualquer coercitividade), conspira para revelar em um número muito significativo de magistrados a figura do mau gestor.

É comum a figura do juiz centralizador, que toma para si todas as etapas do processo de trabalho e compromete, ao não delegar, nem descentralizar, todo o desempenho da unidade judiciária que preside. Também corriqueira é a figura do juiz hierárquico e despótico, que trata a sua equipe de trabalho com rigorismo tal que dela nunca obtém o comprometimento e o pleno desempenho. Estes modelos, meramente exemplificativos, proliferam em outras contravirtudes comumente encontradas na atividade jurisdicional, que é totalmente dependente, para o seu pleno êxito, notadamente quanto ao aspecto de controle do tempo dos diversos processos de trabalho, do grau de capacidade gerencial do magistrado.

Do juiz verdadeiramente gestor exige-se que estabeleça um planejamento estratégico para a sua unidade jurisdicional, devendo este plano contemplar, no mínimo, a integração de seus serviços auxiliares; o inconformismo sistemático com as rotinas cartoriais visando ao seu aperfeiçoamento; o acompanhamento permanente de todas as atividades; e o incentivo ao treinamento dos serventuários.

## **8.2 A necessidade de ferramentas informatizadas de controle do tempo no processo penal**

O processo criminal em que se reconhece a prescrição é o processo mais antigo e mais complexo. Tanto o juiz como sua equipe de apoio enfrentam, no seu cotidiano, o apelo do processo recente e menos complexo, geralmente representativo de matérias padronizadas, que permitem a utilização de decisões pré-existentes e cuja solução repercute em termos estatísticos com maior facilidade. Processo antigo é sinônimo de complexidade e trabalho dobrado, por isso é forte a sedução no sentido de não ser impulsionado.

São conhecidas as idiossincrasias do judiciário desde um tempo em que existiam escaninhos de processos pejorativamente apelidados “aguardando prescrição”. Felizmente, hoje, não ocorre mais esta ostensiva manifestação de inoperância da justiça. Mas, de forma dissimulada, ainda impera o descontrole sobre o tempo no processo penal, sobretudo no que concerne às datas iminentes de prescrição penal. No campo da Administração da Justiça, considero imperioso e urgente a concepção de ferramentas que possibilitem controlar com maior eficácia os processos na perspectiva do “risco de prescrição”.

O grande problema dos juízos criminais assoberbados é a falta de controle interno da vida do processo no tempo. A biografia dos processos, estando acessível ao juiz, permite que este racionalize o seu trabalho dedicando atenção especial a algum processo que esteja mais atrasado e solucionando os eventuais gargalos. É comum impulsionarem-se processos novos em detrimento de outros mais antigos e potencializados à prescrição por ausência de alertas de advertência sobre a iminência de se aperfeiçoarem os prazos prescricionais.

A solução de agilização deve prioritariamente ser perseguida com o emprego de ferramentas tecnológicas. A necessidade de um trato racional e estratégico para a questão da prescrição impõe a concepção de ferramentas informatizadas que ofereçam ao juiz, com facilidade e rapidez, dados do processo criminal afeto ao seu julgamento, permitindo a este e a sua serventia estabelecer prioridades.

É fundamental que a corregedoria a que esteja afeto o juízo tenha acesso informatizado e compartilhe dos dados do processo para poder cobrar do respectivo juiz o seu andamento regular. O sistema deve disponibilizar relatórios de

alertas ao juiz e à corregedoria sobre processos não impulsionados por tempo razoável. Por certo, o sucesso de um instrumental técnico de controle efetivo do tempo do processo criminal depende da atuação efetiva e permanente da corregedoria, que não pode se limitar às visitas anuais às varas judiciais. O ideal seria que, uma vez criado e testado o instrumento de controle cogitado, fosse ele objeto de padronização e normatização pela corregedoria, possibilitando o controle efetivo do tempo dos diversos processos de trabalho.

A propósito, colaciona-se o escólio de DARÓS:

O desafio constante da Corregedoria é administrar as atividades judiciais de primeiro grau, com foco na agilidade, qualidade e efetividade da prestação jurisdicional. E, para que isso seja obtido, indispensável a utilização da informação e dos mecanismos tecnológicos disponíveis (...).<sup>141</sup>

### **8.3 Unificação de processos em que há continuidade delitiva ou concurso de crimes**

No âmbito dos processos criminais da Justiça Federal, tem-se muitos casos de fatos delituosos praticados pelo mesmo réu em continuidade delitiva que tramitam em processos autônomos, embora deveriam constituir um processo único. Costuma-se remeter à execução de eventuais condenações o reconhecimento da continuidade e conseqüente unificação da pena.

A instrução, que poderia ser uma, assim como o julgamento, ocorrem em diversos processos, representando acúmulo de trabalho desnecessário. É comum repetirem-se as provas, principalmente a oitiva de testemunhas, que poderiam ser produzidas apenas uma vez, para todos os delitos imputados ao réu.

Isto ocorre com relativa freqüência em processos que tem como objeto delitos fiscais, que tendem a ser cometidos em continuidade delitiva, o que justifica, em boa medida, a grande incidência de prescrição nesta espécie delitiva. Conforme pesquisa estatística antes reportada, nos crimes contra a ordem tributária, assim considerados em sentido amplo, para abranger também os delitos de não-repasse de contribuições sociais descontadas dos empregados e afins, apurou-se um índice de 29,96% dos casos de prescrição penal reconhecidos pelo TRF da 4ª Região.

---

<sup>141</sup> DARÓS, Vilson. **O papel Facilitador da Corregedoria-Geral para uma Justiça Célere, Eficaz e de Qualidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário), Escola de Direito-Rio, Fundação Getulio Vargas, 2008.

É verdade que a Polícia, ao instaurar diversos inquéritos, e o Ministério Público, quando oferece denúncias separadas, contribuem em muito para este problema, mas incumbe ao magistrado, sempre que possível, operar a unificação dos processos dirigidos contra o mesmo réu tão logo possa fazer um juízo, ainda que perfunctório, sobre a continuidade delitiva.

#### **8.4 Cisão dos processos com multiplicidade de réus**

Uma medida de agilização do processo penal, que não é novidade, mas que ainda não tem sido utilizada satisfatoriamente consiste em, sempre que possível, cindir o processo, evitando os chamados litisconsórcios multitudinários, que tornam a instrução do processo interminável e o julgamento demasiadamente complexo.

É comum oferecer o Ministério Público denúncia única contra vários réus, sem que haja um elemento de necessária conexão entre os fatos. Nestes casos, ausente qualquer liame objetivo ou subjetivo, não havendo a necessidade de instrução única e tampouco de julgamento unificado, aconselha a boa técnica de gestão do processo que se determine a sua cisão em tantos outros, autônomos, quantos forem os réus.

O volume do processo sempre aperfeiçoa nos seus lidadores um elemento psicológico negativo a conspirar contra a celeridade. Um processo excessivamente volumoso, mesmo sem ser complexo, tende a ser preterido na solução por algum que não detenha esta característica.

#### **8.5 Testemunhas abonatórias – indeferimento e substituição por declarações escritas**

É na fase probatória que se despende muito e precioso tempo do processo penal, principalmente com a produção da prova testemunhal. Primeiro, enfrenta-se a *via crucis* da localização das testemunhas. Depois, vêm as ausências e as substituições, com novas intimações etc. Tudo sem contar os entraves conhecidos para a oitiva de testemunhas residentes no exterior, arroladas em certos casos com o desiderato meramente protelatório.

É freqüente passarem-se horas e horas de um precioso tempo para a justiça tomando-se depoimento de testemunhas meramente abonatórias da

conduta social, ética, moral ou profissional do réu, sem que o conteúdo do depoimento tenha qualquer vinculação com os fatos. Mobiliza-se toda a máquina judiciária para ouvir uma testemunha que nada sabe sobre os fatos objeto da denúncia. Sem embargo da importância dos testemunhos abonatórios em determinados casos, não vejo porque não possam ser juntados por escrito. Via de regra, quanto a eles, o juiz e as partes não formulam perguntas e reperguntas. Trata-se de uma mera declaração de bons antecedentes que bem pode ser juntada aos autos na forma documental pela defesa. Cabe ao juiz indeferir a inquirição facultando a juntada de declaração firmada pela testemunha.

É certo que o juiz, ao despachar o processo deliberando sobre a designação da audiência e deferimento da oitiva de testemunhas ou expedição de carta precatória, não tem condições de saber quais são as testemunhas meramente abonatórias, por isso recomenda-se que no despacho se faça a advertência sobre a possibilidade de substituição pela prova documental. Dependendo do ânimo do advogado da defesa, poder-se-á obter economia de tempo com esta singela providência.

É claro que existem situações em que a prova testemunhal abonatória de conduta pode se justificar. É o caso, por exemplo, do tribunal do júri, em que os jurados – leigos – não estão obrigados a fundamentar o seu voto, vigorando o princípio do livre convencimento íntimo. Neste caso, uma impressão favorável sobre a conduta do acusado na sociedade, por exemplo, pode definir o resultado do júri.

Para arrematar, fica a sugestão de adoção de um sistema similar ao norte-americano, em que incumbe as partes providenciarem a presença das testemunhas de seu interesse para prestarem depoimento em juízo, quiçá mesmo, num médio prazo, se deva caminhar para a atribuição às partes do ônus de produzir integralmente a prova oral, sem a intervenção judicial.

A recente reforma do Código de Processo Penal sinaliza nesse sentido ao conferir às partes o direito de formularem as perguntas diretamente às testemunhas, desempenhando o juiz um papel complementar e subsidiário em relação à atuação das partes (art. 212 do CPP, na redação da Lei 11.690, de 09 de junho de 2008).

## 8.6 Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial

Estatisticamente considerado, o fenômeno prescritivo, que registra índices elevados, impõe uma reflexão mais profunda sobre a eficiência e a funcionalidade do direito penal, sobretudo quando se sabe que os vetores jurisprudenciais apontam para o reconhecimento de novas teses favoráveis à prescritibilidade. Cumpre ao Poder Judiciário, que tem, em boa medida, parcela de contribuição para a delonga (demora, atraso ou lentidão) que aperfeiçoa os prazos legais prescricionais, encontrar soluções para conferir mais agilidade ao processo penal. Prescrição, embora não se discuta a sua importância, quando ocorre, representa impunidade, tutela penal inexistente e violação do dever estatal de proteção dos cidadãos. Exacerba, ademais, o senso vigorante de que a justiça criminal é ineficiente.

Enquanto não se encontram as soluções, seja do ponto de vista legislativo, como, por exemplo, a agilização do processo penal, o aumento dos prazos prescricionais e o fim da prescrição retroativa, seja sob o enfoque da administração da justiça, com a adoção de uma política criminal que contemple mecanismos que possam reduzir o tempo da persecução penal, remanesce a prescrição em perspectiva como instrumento de irrefutável importância para melhor administrar-se o problema do tempo no processo penal.

Também chamada de prescrição virtual ou projetada, é instituto de aceitação restrita nos tribunais (o STF e o STJ não a admitem),<sup>142</sup> mas, inegavelmente, tem o condão de evitar o “trabalhar para nada”, possibilitando que os esforços sejam canalizados aos processos úteis.

A prescrição em perspectiva leva em conta o quantitativo de pena presumida para o caso de condenação. Faz-se uma projeção de eventual reprimenda penal que resultaria aplicada em caso de condenação e, com base nesta pena (virtual), examina-se os lapsos temporais nos exatos termos em que se aplica

---

<sup>142</sup> O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente repellido o instituto da prescrição antecipada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 66.913-1-DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 nov. 1988; \_\_\_\_\_. RHC nº 76.153-2-SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 mar. 1998). Da mesma forma, o STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 200601949605-RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 jun. 2007).

a prescrição retroativa.

Trata-se de instituto destinado a regular situações excepcionais. A premissa fundamental para que se reconheça a prescrição em perspectiva ou virtual é a *segurança* de que a pena não vai exceder ao limite necessário para que não ocorra a prescrição retroativa. Isto demanda um juízo hipotético de dosimetria da pena. Se margem de dúvida sobrevier, não se deve reconhecer a prescrição. A dosimetria, diga-se de passagem, cada vez mais se aproxima de uma operação meramente matemática. Têm-se hoje tabelas de vetoriais do art. 59 do CP, de continuidade delitiva, de acréscimo de atenuantes e agravantes, de causas de aumento e de diminuição e, sobretudo, a jurisprudência que, efetiva e praticamente, dirige as operações do juiz na fixação da pena. Assim, cada vez mais, a dosimetria deixa de conter discricionarismos, para refletir uma operação vinculada. É esta vinculação, ainda que relativa, que autoriza um prognóstico com *quase certeza* sobre a futura pena a ser impingida ao réu.

Concebida por criação jurisprudencial, a prescrição em perspectiva encontra no argumento da ausência de fundamento legal e na incerteza quanto à futura pena a ser aplicada a base da resistência jurisprudencial hoje dominante.<sup>143</sup>

Não se vislumbra relevância na alegativa de ausência de previsão legal. Se em qualquer momento do processo se pode, num juízo antecipado de condenação, antever-se, sem margem de dúvida, que ocorrerá a prescrição, parece claro que a ação penal padece da ausência de justa causa para o seu prosseguimento, devendo ser extinta sem exame de mérito. Com efeito, o revogado art. 43 do Código de Processo Penal já continha expressa autorização para se pôr fim a uma persecução penal sem possibilidade de êxito diante do presumido desinteresse do Estado no exercício do *jus puniendi*. Na nova sistemática processual penal, ausência de justa causa e falta de condições (causas de rejeição da denúncia expressamente previstas no art. 395, redação da Lei nº 11.719, de 20 de junho de

---

<sup>143</sup> "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TERGIVERSAÇÃO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação para a acusação, faltando amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. 2. Ordem denegada" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 200301616937-SP, da 6ª Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 dez. 2004. p. 460).

2008)l são fundamentos bastantes para impedir a deflagração de uma ação penal sem serventia qualquer.

Com a reforma do Código de Processo Penal, dentre outros objetivos, pretende-se tornar os procedimentos mais expeditos. Manipulam-se duas técnicas concretamente operacionalizadas no texto da nova Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, a saber: (1) *de sumarização*, ou seja, de encurtamento dos procedimentos, revelada pela roupagem conferida aos ritos ordinário e sumário, mais enxutos e temporalmente encurtados, e (2) *de eliminação “ab ovo” ou “ab initio” de processos desnecessários*, com a possibilidade de o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, quando for inepta, faltar pressuposto processual, condições para o exercício ou justa causa para a ação penal (art. 395, I a III); a previsão da oportunidade de o denunciado apresentar defesa prévia<sup>144</sup> (arts. 396 e 396-A), e ainda a possibilidade conferida ao juiz de exercitar, depois da defesa prévia, a chamada *absolvição sumária* (art. 397). Dentre os fundamentos da absolvição sumária, está a extinção da punibilidade do agente (art. 397, IV). Para cumprir esse desiderato do legislador reformista, é curial que o Poder Judiciário, diante do caso de iminente prescrição com base na condenação e na pena estimadas, lance mão desse verdadeiro arsenal de instrumentos legais voltados a impedir que tenha curso um processo inútil.

A autorização legal, ademais, se insistirmos em ignorar estes dispositivos legais, deve ser haurida do sistema normativo. Basta trabalhar com os conceitos de jurisdição penal útil e com os postulados do ideário funcionalista que presidem o Direito Penal moderno. Não tem o menor sentido, violando, sobretudo, os princípios do devido processo legal, da efetividade da jurisdição, da instrumentalidade do processo e da razoabilidade, impulsionar um processo-crime, com todo o dispêndio que representa para o Estado, e todo o prejuízo que acarreta ao réu, quando, de antemão, com segurança plena, se pode vislumbrar que eventual condenação, pelo quantitativo de pena projetada, fatalmente levaria ao reconhecimento da prescrição retroativa. É imperioso reconhecer que ao *dominus litis* falece interesse de agir, por total ausência de utilidade prática no

---

<sup>144</sup> A nova sistemática do processo penal transmite a falsa idéia de um recebimento *provisório* da denúncia, quando não estejam evidenciadas hipóteses de sua rejeição preliminar (art. 395), e de um posterior recebimento *definitivo*, quando não se tratar de caso que comporte a absolvição sumária (art. 397). O recebimento, no entanto, será apenas um, o primeiro, para todos os fins, inclusa a interrupção da prescrição.

prosseguimento do processo-crime. Ausente esta condição da ação, no exame perspectivo que se opera *initio litis*, preferentemente, ou em qualquer outra fase do processo, nenhum ato processual (inútil) poderá ser praticado. O único caminho será o reconhecimento da falta de interesse e a conseqüente extinção do processo sem exame de mérito com fundamento na prescrição virtual.

Neste sentido, atrelando os princípios da doutrina funcionalista aos do Estado Democrático de Direito e aludindo à tendência de intervenção mínima do Direito Penal moderno, refere MACHADO ser indispensável que o aspecto comunicativo-simbólico da força *puniendi* do Estado esteja presente quando da verificação de uma sentença penal condenatória. E assevera o citado autor:

na hipótese de essa função não estar mais presente pela perda do valor simbólico do fato cometido e de sua conseqüente penalização pelo transcurso do tempo, materializado pelo desaparecimento da necessidade da pena, qualquer processo penal em trâmite ou futura imposição de condenação que não redundará na efetiva aplicação da lei penal constitui-se como atentado à dignidade humana.<sup>145</sup>

Mesmo que se estivesse diante de um caso de ausência de expressa autorização legal, apenas para argumentar, não se deve olvidar que a jurisdição não tem sua atuação exclusivamente vinculada aos textos de lei. O juiz não é apenas a boca da lei. Atua numa perspectiva mais ampla. A jurisdição contempla forte carga de análise crítica da própria atuação do legislador e de confrontação da legitimidade desta atuação no sentido da implementação dos valores constitucionais. À jurisdição, em qualquer campo de atuação do direito, num Estado que se diz Democrático de Direito, não é dado privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do sistema de proteção e de garantias do acusado em processo-crime, e tampouco impor à sociedade uma falsa promessa de tutela penal.

Dizer que a prescrição em perspectiva viola o princípio da presunção de inocência, na medida em que tem como pressuposto uma condenação inexistente, é olvidar que o *quantum* de condenação (virtual) é levado em conta apenas para o fim de possibilitar a extinção da punibilidade, ou seja, para beneficiar o réu. O princípio em questão somente é invocável para evitar prejuízos ao réu, o que não ocorre na hipótese de reconhecimento da prescrição. Não se pode ignorar,

---

<sup>145</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 197.

ademais, que, diante do reconhecimento da prescrição, não há direito subjetivo do réu a um exame de mérito, vale dizer, a um exame que possa levar a um juízo absolutório.<sup>146</sup>

Possibilitando a extinção antecipada de processos sem qualquer relevância prática, com resultado já previamente conhecido e sem significação para a tutela penal ou qualquer outro fim de interesse ao direito penal, impede-se que o réu seja submetido, desnecessariamente, ao estigma subjacente ao processo-crime, que representa, por si só, uma pena processual. LOPES JR. ensina que o “processo penal encerra em si uma pena (*la pena de banquillo*), ou conjunto de penas se preferirem, que mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra(m) seu preço e sofre(m) um sobre custo”.<sup>147</sup> Que dizer então de um processo penal inútil, que se desenvolve apenas o fim de estigmatizar o réu, pois funcionalmente não tem qualquer outra atribuição.

Reflete ilegal submissão da pessoa a constrangimento a deflagração de uma ação penal natimorta. Fere o valor máximo da dignidade da pessoa humana, que deve nortear a interpretação e a aplicação de todas as demais regras e princípios do ordenamento jurídico, a impingência ao réu de um processo-crime sem sentido prático, para ele e para a sociedade, destinatária final que é da tutela penal.

É senso comum o forte apelo constitucional que tem impregnado o Direito Penal moderno. Dignidade da pessoa, razoabilidade e proporcionalidade são princípios-valores radicados no constitucionalismo que informam toda a ordem jurídica, norteadando a atuação legislativa, a exegese e a aplicação de princípios e normas penais. Impõem, neste talvegue, uma releitura sistêmica do Direito e do Processo Penal. *Devido processo legal* é também o processo que possa conduzir a um resultado útil à sociedade, e o conseqüente resgate da confiança (violada pela prática do delito) no sistema estatal de segurança, e não apenas represente um arremedo procedimental ultrajante para o réu. Ao *princípio da obrigatoriedade*, v.g., deve-se agregar uma condicionante: a ação penal somente pode ser deflagrada se revelar, de plano, aptidão para produzir os resultados concretos previstos na lei. Para ser *justa a causa* que autoriza a propositura da ação penal, de igual sorte, a *latere* dos pressupostos legais, necessita também conter a potencialidade para

---

<sup>146</sup> Súmula n. 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

<sup>147</sup> LOPES JR.; BADARÓ, op. cit., p. 7.

conduzir a um juízo condenatório cuja pena seja passível de execução. Estes apanágios, por certo, não estão presentes quando o decurso de tempo e o previsível quantitativo de pena infligida autorizem a projeção segura de que, no máximo, ter-se-á que reconhecer a extinção da pretensão punitiva obsequiando a prescrição.

Não se pode, ademais, olvidar a função instrumental do processo penal em relação ao Direito Penal. Com efeito, se o processo é o caminho necessário e inafastável para a aplicação de qualquer pena, e se pena efetiva não se terá, fica o processo despido desse desiderato, vale frisar, possibilitar a válida aplicação da pena e, por conseqüência, viabilizar se concretizem seus fins mais relevantes de prevenção-integração e proteção dos bens jurídicos violados.

Invocando o princípio da duração razoável do processo penal (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), MACEDO leciona que, com “a adoção da tese da prescrição em perspectiva, é fora de dúvida que se dará maior efetividade ao comando constitucional discutido, tanto do plano específico quanto do plano genérico”.<sup>148</sup> E explica o referido autor:

Na primeira hipótese, porquanto aquele determinado processo que for atingido pelo instituto epigrafado terá uma tramitação mais célere, havendo a possibilidade de sequer ser iniciado, garantindo ao réu o seu direito de ser julgado num tempo razoável; e, na segunda hipótese, porque com o reconhecimento da prescrição em perspectiva nos processos inúteis abrir-se-á espaço para que os processos com probabilidade de condenação sejam julgados em tempo hábil.<sup>149</sup>

Vale lembrar também, porque a jurisdição é função do Estado, dos princípios da moralidade e da eficiência administrativa (art. 37 da Constituição), que desaconselham se desenvolva um processo sem qualquer proveito prático. Nesta perspectiva, invoca-se o utilitarismo e o conseqüencialismo econômico enquanto variáveis a serem consultadas também pela jurisdição penal.

A prescrição penal, é sabido, coloca sempre o direito penal como um remédio pior do que a doença (crime: conduta indesejada). Prescrita a pretensão punitiva ou executória (esta última hipótese ainda pior), tem-se o crime impune e uma adicional desvantagem para o Estado (sociedade organizada): o custo social e econômico do processo. A prescrição virtual apresenta-se como instrumento para

---

<sup>148</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. **Prescrição virtual ou em perspectiva**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 138.

<sup>149</sup> MACEDO, 2007, p. 138.

atenuar esse custo.

O raciocínio consequencialista econômico compreende uma análise que, embora melhor se adapte à jurisdição civil, não pode ser olvidado pelo Direito Penal e, de rigor, por nenhum ramo das ciências sociais. A *latere* da análise utilitarista, que tem maior capacidade de integração da valoração de direitos, liberdades e garantias, a análise da eficiência econômica do Direito Penal impõe-se como um caminho eficaz para evitar que os prejuízos da persecução penal não sejam superiores aos causados pelo delito.<sup>150</sup>

Um processo em se reconhece, depois de dispendiosa tramitação, a prescrição penal, é um ônus sem bônus. Os custos desse processo superam as vantagens sociais. Se é certo que no custo/benefício do processo penal se devem inserir também as variáveis liberdade, dignidade, presunção de inocência etc, não menos certo é que, se nenhuma destas é relegada, não se pode olvidar da repercussão econômica, intrínseca a todos os fenômenos relevantes no âmbito jurídico-penal.

Conquanto exista dissenso na jurisprudência dos tribunais superiores acerca da aplicação da prescrição pela pena ideal, já é possível detectar-se uma tendência de alteração deste entendimento, ao menos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Exemplo disso são as recentes decisões:

PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. TENTATIVA. ART. 171, CAPUT E § 3º C/C O ARTIGO 14, INC. II, DO CÓDIGO PENAL. LONGO PERÍODO DE TEMPO TRANSCORRIDO DESDE A DATA DO FATO EM TESE DELITUOSO. INÉRCIA DO PODER PUNITIVO DO ESTADO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. 1. (...). 2. *In casu*, o fato descrito na peça acusatória ocorreu em dezembro de 1999 (há quase oito anos) sem que até o momento tenha sido recebida a denúncia. 3. Considerando o lapso temporal transcorrido, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória, faltando interesse processual na continuidade do feito. 4. A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a reprimenda aplicada não poderá evitar a extinção da punibilidade dos acusados. 5. Rejeição da denúncia, com apoio no artigo 43, inciso II, do CPP, em face da prescrição (4ª Seção, Inquérito n. 2006.04.00.000941-8/PR, j. 17.05.2007, D.E. 30.05.2007, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro).

---

<sup>150</sup> Consultar sobre o tema SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2004.

PROCESSO PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, C/C ART. 299, AMBOS DO CP). PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (ARTS 5º, LXXVIII E 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 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) (4ª Seção, Embargos Infringentes n. 2007.72.04.001453-9/SC, j. 19.06.2008, D.E. 07.07.2008, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Paulo Vaz).

A partir destes fundamentos, por todos os ângulos que se examine a questão, não se vislumbra justificativa razoável, juridicamente moral e ética, a conferir autorização para que um processo penal seja instaurado ou impulsionado sem que haja uma possibilidade, ainda que remota, de se chegar a um desfecho punitivo (ou executável) ao réu. Seria mesmo mero e demasiado apego a um formalismo contraproducente e contrário aos postulados do Estado Democrático de Direito. A irracionalidade contida na atuação penal desnecessária e meramente simbólica induz à crença de que o sistema de justiça criminal é ineficiente.

## CONCLUSÃO

Convém esclarecer, ao concluir o presente trabalho, que o desenvolvimento do tema revelou-se demasiadamente árido, exatamente porque afeta uma tendência nitidamente manifestada doutrinária e jurisprudencialmente no sentido de evitar, a qualquer custo, a aplicação e o efetivo cumprimento de penas privativas de liberdade. Esse viés, que se funda em uma visão distorcida do garantismo penal, enfocado apenas como garantia de direitos fundamentais em face do Estado, e na falência do sistema carcerário, por vezes, torna obscuro o mais importante fim do direito penal, vale dizer: conferir a segurança comunitária e a conseqüente promoção da paz social.

O direito fundamental ao julgamento do processo em tempo razoável, para além e antes de ser um direito subjetivo do litigante particularizado, agrega na sua titularidade a sociedade, maior interessada em que a tutela penal se exerça eficazmente e se evite a extinção da pretensão punitiva/executória pelo decurso demasiado de tempo.

O instituto da prescrição, instrumento relevante para a garantia de direitos fundamentais e valores maiores da convivência social, como é a dignidade da pessoa, princípio constitucional que deve nortear a *performance* do Estado Democrático de Direito, nos moldes em que concebido no sistema penal brasileiro, culmina por colocar-se a serviço da consagração da violação de direitos fundamentais outros (da vítima e da sociedade), também inscritos na cláusula maior da dignidade da pessoa.

A ocorrência não razoável da prescrição penal, cujos fundamentos a tornam indispensável a qualquer sistema penal democrático, constitui, não obstante, uma forma qualificada de impunidade, e, ademais, sua incidência faz com que seja a função primordial do Direito Penal, de proteção social, relegada ao plano de mera manifestação de propósitos, motivo por que se deve envidar todos os esforços no sentido de reduzir a sua ocorrência ao mínimo possível.

Não se legitima socialmente um sistema penal que opera com uma disciplina disposta à prescrição penal matizada por idiosincrasias e iniquidades, tornando-o vulnerável e propenso a abrir brechas para a impunidade.

Os dados estatísticos levantados nos julgamentos de apelações criminais e revisões criminais no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apontando um percentual elevado de situações em que se reconheceu a prescrição (10,8% do universo dos julgados do ano de 2007 e tendência crescente), revelam uma realidade no mínimo preocupante, sobretudo porque o tribunal pesquisado é destacado como expedito em termos de tempo médio de duração dos processos, ainda assim a persecução penal não tem se consumado em tempo razoável e suficiente para evitar o perecimento do direito de punir e de executar eventual pena infligida.

A ocorrência patológica de extinções das pretensões estatais de punir o autor de fato criminoso e de executar pena porventura a ele imposta, em razão da prescrição, pelo menos no âmbito da Justiça Federal, conforme demonstram os dados estatísticos levantados e expostos no presente trabalho, impõe um repensar do sistema de justiça criminal para que se encontrem soluções consentâneas com os valores e princípios constitucionais e sem prejuízo dos direitos e garantias conferidos aos litigantes.

Há demora em todas as fases da persecução penal. Polícia, Ministério Público e Justiça necessitam otimizar suas atuações, para que sejam reduzidos os respectivos tempos de atividade e evitada a prescrição penal. A maior incidência de prescrição, na Justiça Federal, ocorre nos termos entre os fatos e o recebimento da denúncia, denunciando uma maior responsabilidade da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

Ao lado da tendência crescente, as atuais vertentes jurisprudenciais, sempre voltadas ao reconhecimento da prescrição, contribuem sobremaneira para que a sua incidência concreta apresente-se como uma realidade socialmente preocupante.

Se o dever de proteção impõe ao legislador a concepção e a manutenção de sistemas penais preventivos e sancionatórios eficazes, na medida em que a sanção se faça necessária para a prevenção especial e geral, revelam-se inconstitucionais, por malferimento ao princípio da vedação à proteção insuficiente,

os contornos do sistema penal que apresenta rupturas e antinomias, como são os exíguos prazos prescricionais previstos no Código Penal e a prescrição retroativa.

Sendo a prescrição, indubitavelmente, um instituto de política criminal concebido com fundamento muito mais no interesse público do que propriamente no interesse imediato do réu ou condenado, é também na perspectiva de satisfação do interesse público que se deve analisar a sua disciplina legal.

Faz-se necessário implantar uma política criminal tendente a reduzir a incidência da prescrição penal. Essa política criminal deve contemplar medidas administrativas de agilização do processo penal, o aperfeiçoamento das técnicas judiciais de dosimetria, alterações legislativas na disciplina legal da prescrição e reformas no processo penal.

Os prazos de prescrição previstos no Código Penal, não se revelando superáveis pela tramitação normal dos processos criminais, naturalmente dilargada em razão da natureza complexa dos delitos modernos, que revelam tendência sempre crescente, e pela ampliação do quadro de direitos e garantias que a Constituição e a ordem jurídica internacional conferem aos litigantes, precisam ser revistos e ampliados, sob pena de persistir, mesmo com a solução dos problemas afetos à administração da justiça – sobretudo porque a perspectiva refletida na tendência de ampliação do direito penal é de aumento progressivo do número de processos criminais –, a incidência patológica do perecimento do direito de punir ou executar pena porventura imposta ao infrator da lei penal pelo decurso de prazo.

O problema da prescrição penal não se resolve com a elevação das penas. No entanto, é preciso destacar que as penas excessivamente reduzidas, no sistema penal brasileiro, acabam sendo mera promessa de reprimenda penal, onerosa e frustrante das legítimas atribuições do Estado e das expectativas do grupo social, pois, naturalmente, considerados os prazos e termos prescricionais vigentes no Direito Penal, conduzem à extinção da pretensão punitiva ou executória do Estado.

O discurso favorável à redução de penas somente pode ter aceitação na medida em que se reforme a disciplina da prescrição, implementando-se as seguintes alterações: aumento dos prazos prescricionais, estabelecimento de prazos diferenciados e mais extensos para a prescrição da pretensão executória da pena, extinção da prescrição retroativa e revisão dos marcos interruptivos da

prescrição.

A prescrição retroativa, instituto não conhecido por outros sistemas criminais do mundo, representou 87,57% dos casos de prescrição reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no período de 2002 a 2006. Trata-se de instituto que, nada obstante legalmente previsto, não está afinado com os próprios fundamentos da prescrição penal, pois que descabe falar de inércia ou demora na persecução penal depois de proferida a sentença de condenação. Convém, destarte, seja abolida do sistema penal brasileiro, com a aprovação pelo Congresso Nacional e sanção presidencial do Projeto de Lei nº 1.383/2002, do Deputado Antonio Carlos Biscaia, que propõe a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, pondo fim à prescrição retroativa. Com essa providência legislativa, teríamos resolvido o sério problema de impunidade que o instituto proporciona.

O processo penal, por sua vez, reflete o momento constitucional, e a Constituição vigente é reconhecidamente democrática e, ademais, pródiga no reconhecimento de direitos e garantias; assim, enquanto instrumento de eficácia do sistema normativo de garantias mínimas, toda e qualquer mudança que possa afetá-lo, seja para a implementação de inovações tecnológicas no procedimento, seja de sumarização do rito, há de se fazer com fiel observância e sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais dos litigantes.

Embora não seja legítimo defender um processo penal de contornos meramente utilitaristas e autoritários, com eficiência antigarantista, não se pode olvidar que o processo penal também é instrumento da aplicação da lei penal e de restauração da paz social. Esse é o equilíbrio que se deve perseguir, ou seja, dotar o processo penal de meios e ritos que permitam a consagração social dessa dupla instrumentalidade. Não viola as garantias e direitos dos litigantes a reforma do processo penal que abrevia o rito, permitindo um curso mais célere. A instituição da defesa prévia e a possibilidade de absolvição sumária, tais como constaram das recentes alterações do Código de Processo Penal, podem contribuir para a racionalização das atividades judiciais penais.

Do ponto de vista da administração da justiça, a incidência irrazoável de casos de prescrição penal, a denunciar que o processo penal, em sua tramitação, tem consumido mais tempo do que deveria, impõe mudanças na dinâmica procedimental para que alcance o ideal de celeridade.

Destaca-se a necessidade de mudança no perfil dos juízes criminais, para otimização das atividades fins e meio, com assunção da condição de gestor moderno, ativo e afinado com as novas tecnologias informatizadas e demais instrumentos de gestão existentes. Com o mesmo propósito, urge que se concebam mecanismos de controle mais efetivo e eficaz do tempo no processo.

O reconhecimento da falta de interesse estatal em prosseguir na persecução penal quanto a processos cuja projeção de eventual condenação permita antever a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição (virtual ou em perspectiva), embora não reflita o entendimento dominante na jurisprudência, encontra amparo nos princípios que regem o direito e o processo penal e as atividades do Estado.

É preciso refletir as soluções para a impunidade tomando o crime como uma qualificada violação de bens jurídicos que correspondem também a direitos fundamentais, sem olvidar que a violação de direitos fundamentais, quando afeta a seara criminal, invariavelmente não se opera como decorrência da ação direta do Estado, antes, decorre da ação de particulares, mas sempre a inércia estatal é relevante, tanto no que concerne à prevenção, como no aspecto da reprimenda. O sistema de justiça criminal e o garantismo penal, enquanto instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, diante da ocorrência patológica de prescrição penal, necessitam ser readequados às inspirações de uma política criminal que confira a efetiva seguridade diante dos riscos que ameaçam a sociedade moderna.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. a. 11, n. 15-16, 1º/2º sem., 2007, Revan, p. 295-306.

\_\_\_\_\_. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AMBOS, Kay. **Direito Penal: fins da pena: concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**; trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Revista dos Tribunais.

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**. Bauru - SP: EDIPRO, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sentença Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru-SP, EDIPRO, 2000.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad**. Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2008.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 out. 2006.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, RS.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. In: JACOBS Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAZERTA, Therezinha Astolphi. Meios Eletrônicos no Processo Penal. **Revista TRF – 3ª Região**, v. 76, mar./abr. 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

**CODICE PENALE** spiegato Articolo per Articolo. XII ed. Simone, 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. A Atuação da Justiça Federal na esfera criminal. **Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação**. Série Pesquisas do CEJ, Brasília, 2000.

COSTA RAMOS, Priscila Moreira Carvalho. Prescrição Retroativa: uma questão política. **Boletim dos Procuradores da República**, n. 76, set. 2007, p. 9-12.

DARÓS, Vilson. **O Papel Facilitador da Corregedoria-Geral para uma Justiça Célere, Eficaz e de Qualidade**. Fundação Getulio Vargas (Direito Rio), Dissertação do Mestrado Profissional em Poder Judiciário, jun. 2008.

D'AVILA, Fábio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Revista dos Tribunais.

DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. **Revista de Processo**, n. 148, jun. 2007, Revista dos Tribunais.

FAYET JÚNIOR, Ney et al. **Prescrição Penal**: temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**: Panorâmica de Alguns Problemas Comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias**: La Ley del Más Débil. Madrid: Trotta, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em Direito Penal Económico. In: **Direito Penal Económico**. Centro de Estudos Judiciários. Ciclo de Estudos. Coimbra, 1985.

\_\_\_\_\_. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Português**: as conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e estado social democrático de direito**: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. **A Revelia e a Suspensão do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1997.

\_\_\_\_\_. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**: bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal. Trad. Espanhola de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Días Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo *versus* substancialismo”. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 57, jan./abr. 2006, p. 23-44.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal** – parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACEDO, Igor Teles Fonseca de. **Prescrição virtual ou em perspectiva**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Vol. I. Tradução da 3<sup>a</sup> ed. italiana (1949) por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

MELIÁ, Manoel Cancio. El Injusto de los Delitos de Organización: Peligro y Significado, In: CALEGARI, André Luís (org.). **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, J. Canuto Mendes de. **Processo Penal**. Ação e Jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. **El Sistema del Derecho Penal en la Europa actual.** Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Barcelona: Bosh, 1995.

\_\_\_\_\_. **Estado, Pena y Delito.** Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2006.

\_\_\_\_\_. Limites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Revista dos Tribunais.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas.** Granada: Universidad de Granada, 1980.

\_\_\_\_\_. **Curso de Derecho Penal Español.** Parte General. Madrid: Marcial Pons, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

PARENTI, Francesco e PAGANI, Pier Luigi. **Psicología y Delincuencia:** bases para una nueva criminología. Buenos Aires: Editorial Beta, 1970.

PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho:** una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro,** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das Penas Privativas Curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil.** n. 83, jul./dez. 2006, p. 15-28.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal y Sistema del derecho penal.** Tradução e introdução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado-AJURIS, 2006. p. 107-8.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal.** Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Eficiência e Direito Penal**. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TROCKER, Nicolás. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.) et al. **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)