

## A prescrição virtual e a evidente falta de interesse de agir

Pedro Evandro de Vicente Rufato\*

De acordo com o disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública. O Ministério Público é o dominus litis (o dono da ação penal), a ele cabendo aferir, com absoluta exclusividade, se há ou não elementos para promover a ação penal pública, sendo de bom alvitre destacar que o direito processual penal brasileiro rompeu, há tempos, com o vetusto e ultrapassado sistema inquisitorial e consagrou, principalmente após o advento da Magna Carta de 1988, o sistema acusatório, no qual as funções de acusar, julgar e defender estão afetas a órgãos distintos.

O exercício da ação penal está ligado a certas condições, chamadas condições da ação, que são os requisitos mínimos indispensáveis para o ajuizamento da ação. Embora não haja um consenso na doutrina, pode-se afirmar que as condições da ação são as seguintes: legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e justa causa.

Interessa particularmente neste trabalho o estudo do interesse de agir (interesse em dar início à ação penal), cujo conceito está ligado às idéias de necessidade e utilidade do processo. A necessidade do processo (procedimento formal) para imposição de uma pena é condição inerente a toda e qualquer ação penal, tratando-se, ademais, de garantia constitucional (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal – devido processo legal). A utilidade vincula-se à eficácia e efetividade da persecução penal. Não se vislumbrando utilidade na persecução penal, deve o Ministério Público abster-se de oferecer denúncia e promover o arquivamento do inquérito policial.

E uma das hipóteses de inutilidade da persecução penal é quando se vislumbra, pela quantidade de pena que provavelmente irá ser imposta numa eventual sentença condenatória (pena in concreto), o possível advento da prescrição da pretensão punitiva. Trata-se da chamada prescrição virtual (antecipada, projetada ou em perspectiva), que, embora não tenha previsão legal, vem sendo admitida pela doutrina

de vanguarda. A indagação que se faz é a seguinte: nestes casos, em que se vislumbra de antemão a inutilidade do processo, seria razoável dar início à persecução penal, sabidamente fadada ao insucesso?

Imagine-se um inquérito policial instaurado para apurar o delito de corrupção ativa, previsto no artigo 333, caput, do Código Penal, cuja pena privativa de liberdade é de 02 a 12 anos de reclusão. Suponha-se que o fato tenha ocorrido no ano de 2000 e a investigação tenha sido concluída somente em 2009. Suponha-se, também, que o investigado é primário, portador de bons antecedentes, sendo-lhe favoráveis as demais condições do artigo 59 do Código Penal, de forma que, em havendo condenação, a pena seria fixada no mínimo ou muito próxima do mínimo legal, mas certamente em no máximo 04 anos de reclusão. Pela pena in abstracto (12 anos de reclusão) prevista para o delito, não haveria que se falar ainda em prescrição, que se daria somente em 2016. Todavia, pela pena in concreto (entre 02 e 04 anos), vislumbrada para o caso hipotético, a prescrição se daria em 04 ou 08 anos e já teria ocorrido.

A movimentação da máquina judicial no exemplo acima referido não teria qualquer utilidade e de nenhum efeito ou eficácia seria a persecução penal. Em casos tais, cabe ao promotor de justiça promover o arquivamento dos autos de inquérito policial, já que ausente uma das condições de exercício da ação penal (interesse de agir). Caso não o faça e insista no aforamento de uma ação penal prévia e sabidamente fadada ao insucesso, a denúncia deve ser rejeitada pelo juiz.

A possibilidade de reconhecimento da prescrição de forma antecipada, a par de sua estreita ligação com o interesse de agir, encontra amparo também no princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (princípio que deve orientar todo ato emanado do Estado, seja administrativo, legislativo ou judicial), já que o oferecimento da denúncia em condições tais não significaria outra coisa senão gasto de tempo, dispêndio de dinheiro e aumento da lentidão judicial.

Sobre o tema, o Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira assevera que "diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da impossibilidade fática da imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente" [01].

Com o mesmo entendimento, o Professor Fernando Capez aduz que "se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e.g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda atividade jurisdicional seria inútil; falta, portanto, interesse de agir. Esse entendimento, todavia, não é absolutamente pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência" [02].

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente julgamento, reconheceu a prescrição antecipada nos seguintes termos: "prescrição antecipada. Possibilidade de sua decretação. É possível a decretação da prescrição com base na pena virtual, ou em perspectiva, porque, antevendo-se a ocorrência da aludida causa de extinção da punibilidade, não haveria qualquer utilidade na apreciação do mérito da causa. Eventual condenação imposta ao réu perderia por completo qualquer eficácia, mormente porque a prescrição retroativa é modalidade de prescrição da própria pretensão punitiva estatal. Assim, não havendo utilidade na prestação jurisdicional, vislumbra-se a ausência de condição indispensável ao exercício do direito de ação, que é o interesse de agir" [03].

No mesmo sentido, tem-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: "Impõe-se o reconhecimento da prescrição antecipada ou virtual, quando demonstrado que o estado perdeu o seu interesse de agir. Em eventual condenação, resta evidente que a pena não poderia ser executada, por se tratar de crime de estelionato na forma tentada, além de ser acusada portadora de bons predicados, que chegou a ser favorecida com a suspensão condicional do processo. Recurso ministerial improvido" [04].

Além disso, de acordo com o enunciado 75 do FONAJE [05], "é possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto".

Todavia, força convir que, apesar de encontrar eco em grande parte da doutrina e ser largamente utilizada pelos operadores do direito em primeiro grau de jurisdição, os tribunais brasileiros, salvo exceções, ainda relutam em aplicar o instituto da prescrição

antecipada ou virtual, com o que, obviamente, aplicando a letra fria da lei, distanciam-se da realidade fática.

Dessa forma, levando em conta as razões acima invocadas e com os olhos voltados aos princípios da economia processual e da razoabilidade e sem apegos a formalismos exacerbados, devem os operadores do direito, especialmente os promotores de justiça e os magistrados, acolher e aplicar o instituto da prescrição virtual ou antecipada, que, na prática, conforme ressaltado, redundará em economia de tempo e dinheiro.

---

Notas

Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de Processo Penal, Del Rey, 2004, página 78

Fernando Capez, Curso de Processo Penal, Saraiva, 2008, página 116

Apelação n.º 2360, Rel. Elias Junior de Aguiar Bezerra, 1ª Turma Criminal, julgado em 19/06/2008, extraído do site [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Recurso em Sentido Estrito n.º 10033-4/220, Rel. Fábio Cristóvão de Campos Faria, 2ª Câmara Criminal, julgado em 07/08/2008, extraído do site [www.tjgo.jus.br](http://www.tjgo.jus.br)

Fórum Nacional dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

\* Promotor de Justiça da Comarca de Natividade (TO)

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12521>

Acesso em: 30 mar. 2009.