



NESTA EDIÇÃO:

Editorial (pag. 02)

Obras recomendadas (pág. 03)

Doutrina:

- 1. MUITO ALÉM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (pág. 05)**
- 2. NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO (pág. 07)**

Jurisprudência selecionada (pág. 13)

Atualização legislativa (pág. 25)

Conselho Editorial

Érika Mendes de Carvalho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Gisele Mendes de Carvalho, Gustavo Noronha de Ávila, Juarez Tavares, Miguel Polaino-Orts, Nestor Eduardo Araruna e Rodrigo Iennaco de Moraes.

EDITORIAL

As Ciências Penais definitivamente entraram na pauta dos assuntos cotidianos dos brasileiros, impulsionadas pelas sucessivas investigações, processos e julgamentos de integrantes das classes política e empresarial do País envolvidos em escândalos geralmente identificados por uma expressão atraente, como “CPI dos Correios”, “Mensalão”, “Mar de Lama” e a indefectível “Lava Jato”.

Mas não só no campo da corrupção o Direito Penal atrai a atenção das pessoas, que igualmente se inquietam diante de um crime violento, bestialmente violento, como os que agora mesmo são noticiados pela mídia com estardalhaço: estupro coletivo no Rio de Janeiro e troca de tiros entre uma criança de 10 anos de idade e a Polícia Militar de São Paulo.

Tais episódios colocam em grande destaque os aplicadores da lei que neles atuam, fazendo crescer o interesse sobre como se orientam e o que pensam a respeito do direito e do processo penal.

Nesse instante se percebe claramente a falta do pensamento crítico que só a academia pode oferecer. Cada carreira jurídica tem suas nuances, dificuldades e desafios que naturalmente conduzem a um conhecimento pragmático, afastado do todo, formatando invariavelmente a opinião e o modo de atuar dos seus integrantes.

Por oposição a esse “espírito limitado”, o pensamento crítico pode ser definido como aquele que assume tanto quanto possível o ponto de vista de outrem, contempla as variáveis com boa vontade e equilíbrio e aceita com humildade a opinião ou perspectiva diferente.

Ao se desconectar de sua posição original e centrar-se nas interpretações e valorações diversas das suas, o estudioso toma consciência da realidade de modo distanciado e, assim enriquecido e renovado, retorna a si mesmo com o conhecimento alargado, produzindo ideias e propostas com maior

rigor conceitual e em condições de ser apreendida através de uma perspectiva mais universal.

Com o tema “Garantias individuais e justiça criminal”, o Instituto de Ciências Penais pretendeu promover essa interação entre os integrantes das diversas carreiras jurídicas e do corpo docente de destacadas instituições de ensino, resultando em debates inesquecíveis para todos os que puderam presenciá-los.

Nos dois dias do evento, as angústias e as preocupações impostas pela árdua tarefa de decidir foram destacadas tanto pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “a democracia vive da confiança que o cidadão tem de suas instituições”, como pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, cujas colocações acentuaram a importância da lealdade das partes para mitigar os efeitos decorrentes da desumana quantidade de processos a que estão submetidos os magistrados.

Os painéis que se sucederam permitiram aos advogados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos pontuar suas dificuldades e pontos de vista em temas como a proteção da energia elétrica e da água potável, os reflexos do novo CPC na lei processual penal, o desafio de se promover a ampla defesa no Direito Penal Econômico, os limites da interpretação frente ao princípio da legalidade e o papel da teoria do crime na estruturação da intervenção punitiva contemporânea.

A necessidade de aproximação com os sistemas jurídicos dos países vizinhos em face da crescente interdependência entre as nações motivou o convite aos professores Carlos Augusto Gálvez Bemúdez, da Universidade de Rosário, da Colômbia e da Professora María Laura Böhm, da Universidade de Buenos Aires.

O primeiro palestrou a respeito dos fundamentos filosóficos da lei democrático-criminal, competindo à segunda discursar sobre a sempre tensa relação entre as atividades produtivas das grandes corporações e o respeito aos direitos humanos, sendo ambos muito festejados.

Todas as conferências e painéis foram devidamente editados e em breve estarão à disposição dos associados na página oficial do Instituto.

Sem dúvida, motivo de especial contentamento para o Instituto de Ciências Penais foi perceber a discussão de todos esses assuntos entre os atores do sistema de justiça criminal e professores de direito de diversas faculdades de Minas Gerais e do Brasil, tudo

acompanhado pela atenta plateia formada por profissionais e estudantes que lotaram as dependências do auditório.

A você, congressista, são dedicados os mais sinceros agradecimentos por tornar o encontro tão significativo. Até o próximo congresso.

Por fim, lamentamos profundamente o falecimento do Professor Emérito de Direito Penal da UFMG, Jair Leonardo Lopes. Mestre de várias gerações, foi um dos maiores penalistas brasileiros – inclusive fez parte da Comissão Revisora que reformou a Parte Geral do Código Penal em 1984. O ICP está de luto. Nossos sinceros sentimentos à família.

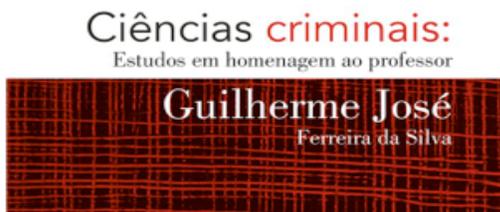
OBRAS RECOMENDADAS



A separação entre teoria e prática sempre foi prejudicial ao Processo Penal. Esta obra coletiva, escrita por experientes e renomados profissionais das ciências penais, tem o objetivo de suprir esse espaço: trata-se de obra predominantemente prática; porém, não fornece modelos de petições processuais. A cada capítulo são apresentadas as principais peças do processo penal, com textos críticos que lhe servem de referência. Sucesso editorial: 2ª tiragem da 1ª edição do Livro “Direito Processual Penal Aplicado”, organizado pelo ICP e publicado pela editora **Lumen Juris** (Rio de Janeiro, 2014).

Alexandre Victor de Carvalho
Duarte Bernardo Gomes
[Orgs.]

O livro trata de diversos temas atuais das ciências penais, com a contribuição de renomados profissionais do cenário jurídico contemporâneo. Editora **D' Placido** (Belo Horizonte, 2015).



DOCTRINA 1

MUITO ALÉM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Felipe Martins Pinto

Professor da Faculdade de Direito da UFMG

Uma sonora repercussão ecoou nos meios jurídicos a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 601.314 e do HC 126.292. As opiniões sobre a matéria são bastante divergentes e invadiram redes sociais e demais meios de comunicação para fomentar a polêmica sobre os limites da presunção de inocência (não culpabilidade), ainda que, do ponto de vista estritamente formal, a decisão do STF não tenha imposto alteração ao princípio.

O alicerce jurídico da tese vencedora tem maior complexidade do que a discussão sobre a execução provisória da pena estabelecida em 2009 no julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau. O debate agora questionou o sentido da expressão trânsito em julgado: seria este um marco temporal presente até o julgamento do último recurso ou se encerraria com o término da apreciação em duplo grau de jurisdição?

Não se pode estabelecer um reducionismo exegético em razão do qual se infira que os Togados agiram dentro dos limites legítimos de atuação por não terem contrariado a literalidade da prescrição do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição.

A compreensão da violação exige uma incursão no debate sobre o papel da linguagem na construção do Direito, especialmente, o papel de criação do intérprete, na medida em que o resultado interpretativo ocorrerá a partir da comunhão do texto escrito com os conceitos, as perspectivas, os anseios e toda sorte de experiências e sentimentos que forjam a sua visão de mundo e de Direito.

Nesse contexto, necessária a remissão ao princípio do não retrocesso, pois os parâmetros dirigidos ao leitor, cuja interpretação implicará no exercício de ato de poder, exigem um

rigor compatível com a essência do Estado de Direito Democrático e as conquistas relacionadas a direitos e garantias individuais não podem se sujeitar a restrições de ocasião, ainda que reflitam ou pareçam refletir a vontade social.

A consolidação dos direitos e das garantias individuais é marcha de sentido único e não comporta retrocessos. Se há muitos recursos, se a tramitação processual é lenta, se o tempo do processo não tem atendido os anseios de justiça da sociedade, diversas são as mudanças possíveis: retire-se a competência de controle de constitucionalidade difuso do STF, exija-se o cumprimento de prazos para todos os sujeitos processuais, preserve-se a esfera penal como *ultima ratio*, mas jamais se admita a redução do alcance de uma garantia individual, pois o risco transcende a violação individual e alcança todas as conquistas de direitos humanos, uma vez que se perde a confiança na estrutura jurídica de proteção.

Deve-se sublinhar, grifar e negritar a escrita em caixa alta: existe um único limite intransponível para a vontade legítima e democrática da sociedade, os direitos humanos, sem espaços para exceção, ponderação, limitação ou qualquer outro mecanismo que reduza o seu alcance.

DOCTRINA 2

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Fábio Antônio Tavares dos Santos

Advogado.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

A problemática geral do Direito Penal Econômico é tema fértil para debates nas academias e colóquios. Desde o princípio, em sua base criminológica com Edwin Sutherland, na década de 30 do século passado, até o hodierno, o Direito Penal Econômico atrai a atenção dos pesquisadores e operadores do direito.

No Brasil, salvo alguns trabalhos esporádicos, o tema passou a ser objeto de atenção após a edição da lei 7492/1986, apelidada lei do colarinho branco, porém de modo incipiente, mais em forma de comentários e interpretações, sem exames aprofundados de dogmática.

A solidez de bases dogmáticas do Direito Penal Econômico no Brasil desenvolveu-se bem depois, já no século XXI, especialmente a partir de dois cruciais trabalhos de pesquisas do mesmo autor, Renato de Mello Jorge Silveira, que em uma época permeada doutrinariamente por comentários às leis penais econômicas e estudos de enfoque criminológico, inovou com o apontamento das estruturas dogmáticas do Direito Penal Econômico no Brasil. Citamos as obras sobre o bem jurídico supra-individual e o Direito Penal Econômico como direito penal de perigo[1].

A teoria do bem jurídico penal, evoluída a partir de Feuerbach e Birnbaum, ainda no século XIX, por seu caráter limitador do poder estatal sobre o cidadão, enfrentou e enfrenta grandes desafios na seara do Direito Penal Econômico.

Sabe-se que a teoria do bem jurídico penal limita a ação e o alcance do direito de punir. Ela restringe o espaço de punição do Estado somente às situações de ofensas e

tentativas de ofensas a bens jurídicos de maior importância, que recebem o status necessário para serem protegidos sob ameaça da mais grave das penas, a pena penal.

A transformação social e a evolução tecnológica trouxeram nova problemática à teoria em comento, com o surgimento de novos bens jurídicos coletivos e difusos, supra-individuais e ainda acoplados aos tipos penais de perigo, especialmente o abstrato, de difícil mensuração (por critérios também limitadores) em sede de ofensividade.

O casamento de bens jurídicos supra-individuais (por demais etéreos) com o perigo abstrato, resulta em uma construção que torna praticamente impossível o erguimento de barreiras defensivas em *persecutios* criminais, haja vista a impossibilidade da análise de ofensividade ou resultados lesivos nas condutas humanas.

Se é fácil lidar com bens jurídicos penais de caráter individual como a vida e o patrimônio, por exemplo, bens jurídicos supra-individuais como o ‘sistema financeiro nacional’, ou as ‘reservas cambiais de divisas’, são de difícil análise num critério de ofensividade.

Por anos pensamos que essa conjunção de características no Direito Penal Econômico pudesse ser perigosa ao Direito Penal Clássico, podendo contaminá-lo com seus defeitos dogmáticos, fazendo-o dobrar aos interesses da política criminal.

A sociedade cada vez mais complexa e econômica viu o Direito Penal Econômico ser chamado ao protagonismo, e assim o perigo de contaminações das estruturas do Direito Penal clássico passou a ser real. Sutherland propugnava por mecanismos como o *Sharp Short Shock* [2], talvez isso até justificasse o baixo nível de garantias do Direito Penal Econômico ao longo de sua evolução, mas o surgimento de um Direito Penal de emergência acabou por complicar a situação.

Sobre os conceitos do sociólogo Ulrich Beck[3], no final do século XX, partindo da existência de uma sociedade de risco[4], a doutrina construiu o que passou a ser chamado Direito Penal do Risco, com observações de aplicações de um Direito Penal simbólico, de emergência e penas exacerbadas, fruto de uma exigência por segurança, advinda de uma sociedade amedrontada.

Contra o conceito de ‘sociedade de risco’, acreditamos na existência de uma ‘sociedade do medo’, em razão de uma evolução paradigmática das comunicações,

transformando a sociedade, na visão de Castells, em uma sociedade informacional, uma grande ‘*sociedad red*’ [5].

Assim, restou impossível dissociar a atual existência humana das tecnologias da informação, o que força o usuário das tecnologias a aprisionar-se ao excesso de notícias e conhecimentos que se disseminam e se misturam. O medo torna-se líquido, como diz Bauman[6], sem uma fonte única da natureza ou das mãos humanas, que acaba compartilhado e pulverizado por ocorrências distantes, ou não, tornando-se fenômeno real. Um fenômeno de tal monta gera, indiscutivelmente, pressões desproporcionais sobre os gestores públicos em relação à segurança e à própria economia globalizada. Tal segurança não é só a segurança física, mas também a segurança econômica, pois a perda do *status quo* é parte do cenário do medo construído, o medo da pobreza e de se estar fora do círculo de benesses econômicas.

Ao passo que o poder também se dissolve na sociedade da informação, os gestores públicos agem mais como celebridades da mídia que governantes[7], o poder se espalha em grupos diversos do mundo virtual, há grande judicialização de questões controversas, ativismo judicial, desconcentração de poder, sendo todos alvos da crítica, muito maiores que aqueles, por exemplo, movidas pelos grupos gestores atípicos da moral[8], hoje inseridos em meio a inúmeros outros grupos de pressão existentes.

Nesse contexto hodierno é que o Direito Penal do Risco apropria-se das fragilidades dogmáticas do Direito Penal Econômico, devolvendo a ele, em troca, características nefastas, tais quais as penas exacerbadas, o simbolismo e a emergência, numa relação quase sinalagmática de mútua contaminação.

Colocado o panorama acima sobre a realidade empresarial, entendendo-se o que vem ocorrendo com o Direito Penal Econômico, fica possível analisar-se e até mesmo realizar previsões sobre a matéria.

As grandes corporações econômicas acompanham o mesmo processo geral de liquefação. De gestões extremamente hierarquizadas verticalmente, em processos decisórios isolacionistas, tornaram-se horizontais. Vê-se o desaparecimento das salas de executivos nas companhias. Os executivos são colocados em grandes lajes corporativas,

espaços abertos, lado a lado em baias, diretores, gerentes, executivos, liquefazendo o processo decisório corporativo em um emaranhado complexo de ações neutras.

As portarias dos grandes edifícios corporativos em São Paulo, por exemplo, nas horas de grande movimento, de suas torres de vidro e aço saem levadas e levadas de executivos, de roupas quase iguais, quase sempre calças cinzas, pretas ou azuis escuras e camisas brancas, cinzas ou azuis, com raras exceções[9], mostrando o desaparecimento dos colarinhos brancos (isolacionistas), e o surgimento de uma nova geração de gestores *blue collars* (aglutinadores). Os *blue collars* eram, outrora, operários, chão de fábrica, antagonistas dos *white collars*, mas hoje ocupam horizontalmente o longo e complexo processo de gestão corporativa[10]. Sobre esse processo horizontal de gestão, e da forma de consolidação e união de condutas que terminam em resultados típicos, os processos de incriminação também dirigem-se tendenciosos às narrativas exordiais vagas, pouco preocupadas com a individualização das condutas e responsabilização penal de maneira quase objetiva. As corporações, então, são forçadas ao auto manejo protetivo contra as responsabilizações amplas, e buscam formas de cercar a amplitude das *persecutios* e seus reflexos danosos de todos os gêneros, implantando sistemas de *compliance*.

O *compliance* não encontra na tradução ao português no termo ‘conformidade’, sua plena explicação, mesmo porque é tremendamente difícil gerar conformidade em um país corroído pela corrupção pública e também privada, que destroem a formalidade normativa, além de um sistema legislativo disforme em si próprio. Aponta-se, por exemplo, o descompasso da Constituição Federal com o Código de Processo Penal, da época de Getúlio Vargas, bem como de recentes decisões dos Tribunais Superiores, frontalmente contraditórias ao texto expresso da lei maior[11].

Dessa feita, o *compliance* funciona como uma redoma, um campo de força colocado sobre a horizontalidade da gestão. Nessa redoma há uma escotilha. Por ela só poderá passar o lucro, ou seja, o resultado financeiro, indo aos acionistas e proprietários do capital. Sob a redoma, entrelaçam-se na proteção as normas de governança e responsabilidades de todos os gêneros àqueles que devem entregar o resultado financeiro aos proprietários.

Dessa feita, cada um dos executivos de uma corporação assume naturalmente um papel em um sistema de responsabilidades. O sistema só funciona se os papéis forem de

fato assumidos em situações de auto e mútua vigilâncias. É de percepção imediata que quando se fala em Direito Penal e surgem termos como ‘sistema’ e ‘papéis, a relação a Niklas Luhman.

Contrário ao que pregamos e acreditamos doutrinariamente como o melhor para a existência de um Direito Penal liberal, mais justo e de *ultima ratio*, essa rápida e nova complexidade vem fazendo caducar a preocupação dogmática com o bem jurídico penal, sob o aspecto limitador, bem como a análise da ofensividade das condutas ao referido bem jurídico.

Percebe-se, com clareza, uma cruzada em direção ao incremento da minoração de riscos. A assunção de papéis pelo cidadão, vê-se, dirige-se à conformidade, então, às normas de governança e às normas em geral. Assim, parece que a intenção global é a de se proteger a norma, dentro de um sistema funcional.

Tal colocação aproxima-se muito do pensamento de Günther Jakobs[12], o que nos assusta, pois se adapta com perfeição a esta nova era. Contra toda a evolução do garantismo penal e da teoria do bem jurídico penal, sofremos ao ver o ocaso das barreiras protetivas do cidadão, como indivíduo, e a imposição sobre eles de papéis contínuos de garantes em situações de gestões horizontais. O cidadão deve agir sobre o papel do outro colega, de modo a evitar o resultado. E assim, se não o fizer, envolve-se na teia da responsabilização criminal, diante de um novo Direito Penal da omissão, criando deveres de ação sob o manto impositivo do *compliance*.

Renato de Mello Jorge Silveira, em recente colóquio[13], foi por nós indagado, se no antagonismo doutrinário acadêmico dogmático que se desenvolve há anos pelos pensamentos dos dois mestres alemães Claus Roxin e Günther Jakobs, se este último, pela realidade que se impõe, estaria a ganhar ou já havia ganhado a guerra.

A indagação feita naquele colóquio é a que deixamos aqui ao fim desse trabalho, mas já elucubrando que a resposta trazida pelo empirismo talvez não seja aquela que os defensores de um Direito Penal liberal e de *ultima ratio* gostariam de receber. Infelizmente! Mas é certo que o Direito Penal Econômico está absolutamente inclinado às esferas da omissão.

NOTAS DO TEXTO

- [1] Nas obras: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 2003 e no *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- [2] As penas deveriam ser curtas, precisas, rápidas e com caráter mais simbólico e de dissuasão. In SUTHERLAND. Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Madrid: La Piqueta. 1999.
- [3] Na obra, ‘*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Páidos. 1998.’
- [4] Apenas para firmação de ponto de vista, discordamos da existência de uma sociedade de risco, ao contrário, consideramos o atual momento o de maior longevidade humana, e altos níveis de segurança, mas é inegável existência de um Direito Penal do Risco que dá o tom nas sociedades ocidentais.
- [5] CASTELLS, Manuel. *La era de la información. La sociedad red*. Vol 1. 3ª edición. 2ª reimpressão. Madrid: Alianza Editorial. 2011.
- [6] BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.
- [7] Presidentes da República dançam publicamente, contam piadas, expõem-se praticando artes marciais ou em momentos íntimos, de modo a expressarem a aprovação popular não como gestores, mas artistas de uma nova sociedade.
- [8] Vide a explanação sobre os ‘*atypische moralunternehmer*’ feitos por Jesus Maria Silva Sánchez, em ‘*A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo. RT. 2002’.
- [9] As mulheres com mais ousadia e padrão de cores, mas mesmo assim obedecendo quase uma norma de uniformes em opções por terninhos e calças pretas.
- [10] Santos, Fábio Antônio Tavares dos. *O crime de evasão de divisas sob a ótica do direito penal mínimo*. São Paulo: liberArs, 2015. P. 22/24
- [11] Cita-se o fim do estado de não culpabilidade antes do trânsito em julgado. STF- HC 126.292/SP
- [12] *Tratado de Direito Penal. Teoria do injusto e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p 61/83
- [13] Em palestra sobre o Direito Penal Econômico, no dia 22/02/2016, na USP, Largo de São Francisco, quando apresentou sua visão sobre o crescimento da omissão no Direito Penal

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE ARMA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO ANTECIPADA – AFASTAMENTO - NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO. 1. Carece de amparo legal a denominada prescrição antecipada reconhecida na sentença fustigada. 2. Recurso provido. V.V. **PRESCRIÇÃO ANTECIPADA PELA PENA EM PERSPECTIVA - RECONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA DA TEMÁTICA.** A prescrição antecipada, conectada à idéia do fim da pena, revela-se possível, considerando a necessidade de compreensão da justa causa na ação penal relacionada com a efetivação da finalidade de prevenção geral positiva do direito de punir. Aponta-se a total ausência de utilidade social de um processo criminal inócuo, ou seja, que ensejará, ao final, a declaração de um impedimento à punição de caráter jurídico-material, impondo-se a possibilidade de tal declaração já no início da persecutio criminis. Se a ação penal justificasse na potencial concretização da pretensão punitiva estatal, com resguardo da isonomia, ampla defesa e contraditório aos seus protagonistas, é evidente a possibilidade de sua extinção, a qualquer momento, constatada que a punição não se efetivará face ao impedimento vindouro que se declara antecipadamente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **DAR PROVIMENTO** ao recurso ministerial, vencido o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO
RELATOR.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (RELATOR)

VOTO

I – RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público, contra sentença oriunda da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Mateus Leme, que declarou extinta a punibilidade de C. T., com fulcro no art. 107, IV e art. 109, V, ambos do CP (f. 64/66).

Busca o *Parquet* a reforma da decisão que reconheceu a prescrição pela pena em perspectiva, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular prosseguimento do feito (f. 70/71).

Contrarrazões da defesa às f. 74/76, seguidas de parecer emitido pela douta PGJ às f. 92/95, opinando pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

II - CONHECIMENTO

Conheço do recurso, em face de seu ajuste legal.

III - MÉRITO

Trata-se de discussão referente à prescrição antecipada ou pela pena ideal (ou ainda virtual, hipotética, projetada ou em perspectiva). É de se registrar, inicialmente, que os fatos se deram em 29/07/2009 e a denúncia foi recebida em 29/04/2009 e, passados aproximadamente cinco anos, sem a sentença ou sequer a realização de audiência de instrução e julgamento, o juízo a quo extinguiu o feito nos moldes descritos na sentença de f. 64/66.

É certo que a projeção da pena feita pelo julgador (não superior ao mínimo legal - um ano) tem pleno respaldo nos autos - circunstâncias judiciais favoráveis e ausência de agravantes e causas de aumento, o que nos remete a um lapso

prescricional de dois anos (art. 109, VI, CP, com redação anterior à Lei 12234/2010).

Registrou o Magistrado primevo, ainda, que as audiências de instrução e julgamento estão sendo marcadas para o final do ano de 2015, ou seja, quando superado, em muito, o prazo prescricional de três anos.

Conforme nos ensina Nucci, (in Manual de direito penal: parte geral: parte especial - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 536), a prescrição virtual leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao réu por ocasião da futura sentença.

Há muito tempo, vinha defendendo o entendimento de que seria inadmissível a incidência da denominada prescrição pela pena hipotética ou ideal, sob os argumentos de que tal instituto não encontra amparo na legislação penal positivada e ofende princípios tais como o da não-culpabilidade ou presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e a necessidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Entretanto, após detido estudo sobre o tema, me repositonei há tempo atrás, passando, então, a admitir referida prescrição.

Conforme já havia me manifestado, tal inovação doutrinária não encontra amparo na legislação penal positivada entretanto, entendo que não se pode afastar uma corrente doutrinária ao argumento exclusivo de ausência de amparo legal, pois a legalidade não é apenas formal.

Inicialmente, ressalto que algumas vantagens são apontadas pela maioria dos doutrinadores e Magistrados que já tem admitido o acolhimento e reconhecimento da prescrição antecipada, tais como "a celeridade processual ou

combate a morosidade da justiça, economia das atividades jurisdicionais em prestígio da boa utilização do dinheiro público, preservação do prestígio e imagem da justiça pública ou atenção à processo úteis em detrimento daqueles que serão efetivamente atingidos pelo caruncho da prescrição".

A meu sentir, apesar de válidos tais argumentos, o raciocínio a ser desenvolvido envolve a ausência de justa causa capaz de fulminar um processo penal hábil a gerar conseqüências penais graves, sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, tal como a imposição de uma pena ou medida de segurança desproporcional e ilegítima.

Referida ausência de justa causa é identificada pela maior parte da doutrina como ausência de interesse de agir, esta, ligada às idéias de necessidade (imposição de uma pena) e utilidade (efetividade da persecução penal) do processo. Assim, a ausência de citada condição da ação, eminentemente processual, fundamentaria a prescrição em perspectiva sob o argumento de que haveria a perda material do direito de punir do Estado, uma vez que posto não se alcançará com a propositura da ação penal o resultado que dela se espera, no caso, a punição de indivíduo que praticou ato ilícito.

O sistema funcionalista jurídico-penal, apresentado por Claus Roxin nos idos de 1970, conforme relata Luís Greco, vem exatamente preencher as interrogações dogmáticas do finalismo, através de valorações político-criminais, ou seja, a funcionalização dos conceitos das categorias dos delitos, exigindo "que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando conseqüências justas e adequadas." (Luís Greco, Op. cit., p. 42)

O critério reitor desta normatização dos institutos jurídico-penais no sistema de Roxin é a prevenção, notadamente, a especial, ou seja, a sanção penal atuando sobre o agente para que possa ressocializá-lo, evitando-se, assim,

a prática de novos crimes. A função da pena é a proteção de bens jurídicos, valorados de acordo com preceitos constitucionais.

A pergunta que se pode fazer no caso em tela é: o prosseguimento de uma ação penal inócua, sem imposição concreta de pena ao acusado representa alguma forma de tutela de bem jurídico socialmente relevante? Em outras palavras: a valoração político-criminal da controvérsia impõe a rejeição da prescrição pela pena ideal?

Entendo que a resposta é negativa para ambas as perguntas, ensejando a modificação de posicionamento quanto ao tema, na abordagem funcionalista da questão. Sobre a matéria, brilhantemente leciona Fábio Guedes (in Prescrição Penal - Prescrição Funcionalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000):

"Com o reconhecimento do funcionalismo penal enquanto método de Direito Penal, integrado ao sistema reitor que é de preservação das garantias fundamentais em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, acrescido ainda com as constatações de se buscar a necessária eficácia do Direito Penal, conseqüentemente, integram à prescrição esse sistema e essa filosofia, de sorte que a questão passa a ter outro enfoque, prioritariamente material, surgindo posteriormente no processo, e não o inverso, como propugnado pela negativa do interesse de agir em face da possibilidade de um processo penal incapaz de efetiva imposição de condenação.

Pela doutrina funcionalista, adequada que é aos postulados do Estado Democrático de Direito, revestindo-se da menção Direito Penal moderno, notadamente ao Direito Penal mínimo, intervenção mínima - ultima ratio -, limitadora que é do âmbito de aplicação da lei penal incriminadora, indispensável que o aspecto comunicativo-simbólico da força puniendi do Estado, esteja presente quando da verificação de uma sentença penal condenatória, e 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 de 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. Noutras palavras, impor a um cidadão um processo penal cuja pena se sabe de antemão através da constatação empírica não lhe servirá para nada (prevenção geral ou especial, negativa ou positiva) em obediência às suas peculiaridades pessoais, vai a mesma contra os anseios do Estado Democrático de Direito, em especial, quanto a idéia de prevenção geral positiva, com muito mais razão entende-se que um processo penal redundará no reconhecimento da prescrição é um processo penal contrário aos ditames democráticos, aos postulados da dignidade da pessoa humana".

O pai do funcionalismo penal denominado sistêmico, Günther Jakobs, ressalta o caráter penal da prescrição, avalizando, assim, como correta a correlação que aqui se constrói com os fundamentos do direito de punir:

"é primeiramente, causa de redução da culpabilidade e do injusto, já que o rigor da apreciação de um conflito e a necessidade de sua solução por meio da imputação diminuem com o passar do tempo: o injusto culpável transforma-se em um assunto do passado. Além disso, essa prescrição leva em consideração que a identidade do agente pode mudar com o tempo, sobretudo no caso de jovens e adolescentes. Por outro lado, a prescrição da pretensão punitiva constitui um impedimento processual, visto que a segurança de uma reconstrução judicial exata de uma infração penal diminui à medida que o tempo passa" (In Tratado de Direito Penal, Ed. Del Rey, p. 492).

Em outra passagem, Jakobs, explicando sua concepção preventiva positiva da pena, deixa clara a possibilidade concreta do punir como a verdadeira justa causa da ação penal:

"Não basta opor-se ao agente, de acordo com seu crime, com a sentença de culpabilidade e a pena, ratificando assim a configuração da sociedade;

antes, é preciso cuidar também para que não aumente a probabilidade de outras violações normativas, para que a força orientadora do Direito seja mantida intacta. É a esse alicerce cognitivo da norma que serve a dor da punição; além do seu significado simbólico, a pena tem um peso quantitativo: ela deve ser vigorosa a ponto de o "tornar-se culpado" poder ser representado, em geral, como um comportamento no qual, per saldo, deva-se esperar mais desvantagens que vantagens" (In Tratado de Direito Penal, Ed. Del Rey, p. 14)

O que se extrai das lições supratranscritas é a total ausência de utilidade social de um processo criminal inócuo, ou seja, que ensejará, ao final, a declaração de um impedimento à punição de caráter jurídico-material, impondo-se a possibilidade de tal declaração já no início da *persecutio criminis*.

Se a ação penal justifica-se na potencial concretização da pretensão punitiva estatal, com resguardo da isonomia, ampla defesa e contraditório aos seus protagonistas, é evidente a possibilidade de sua extinção, a qualquer momento, constatada que a punição não se efetivará face ao impedimento vindouro que se declara antecipadamente.

Importante salientar ainda, que o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, em trâmite atualmente no Congresso Nacional, prevê expressamente em dois artigos, a admissibilidade de tal prescrição:

"Art. 37. Compete ao ministério público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Art. 253. A peça acusatória será desde logo indeferida:

(...)

II - quando faltar interesse na ação penal, por superveniência provável de prescrição;".

Ressalto, por fim, que a existência de Súmula do STJ sobre a impossibilidade do seu reconhecimento não engessa minha manifestação, sendo inclusive muito salutar o debate.

IV - CONCLUSÃO

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial, mantendo a decisão guerreada.

É como voto.

Sem custas.

DES. PEDRO COELHO VERGARA (REVISOR)

DIVERGÊNCIA DO DES. REVISOR

O Des. Relator negou provimento ao recurso ministerial, mantendo a prescrição antecipada reconhecida pelo magistrado primevo.

Ouso contudo discordar, afastando a prescrição em perspectiva.

O juiz **a quo** idealizou uma suposta pena ao apelado e via de consequência reconheceu a prescrição punitiva, extinguindo a punibilidade nos termos do artigo 107 inciso IV c/c o artigo 109 inciso V do Código Penal [f.64-66].

A prescrição antecipada ou em perspectiva ainda que exista entendimento contrário é inadmissível posto que a legislação penal não a admite.

Damásio de Jesus leciona sobre o tema **in verbis**:

“[...] b) Impossibilidade de ser declarada a prescrição retroativa antes da sentença condenatória (a denominada “prescrição antecipada” ou “por perspectiva”)

A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação.” [Prescrição Penal – 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2001, página 144-145]

Guilherme de Souza Nucci também se manifesta sobre a prescrição em análise a saber:

“[...] A maioria da jurisprudência não aceita a chamada prescrição virtual, pois entende que o juiz estaria se baseando numa pena ainda não aplicada, portanto num indevido pré-julgamento, embora seja realidade que, muitas vezes, sabe-se, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso. [...]” [in Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, página 555-556].

Este Tribunal já se manifestou neste sentido:

“Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA PELA PENA EM PERSPECTIVA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. - A prescrição em perspectiva, tendo em conta a pena a ser aplicada no futuro, é questão já exaustivamente examinada e repelida com veemência pelos tribunais, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.” [Recurso em Sentido Estrito nº

1.0056.06.126362-2/001, Rel. Adilson Lamounier- TJMG -, data da publicação 31/01/11].

O Superior Tribunal de Justiça editou ainda a Súmula 438 que dispõe ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva considerando-se a pena hipotética.

O Pleno do STF também decidiu que a prescrição pela pena ideal não tem respaldo legal, porquanto possível é a **mutatio libelli**, elevando-se o prazo prescricional.

Referida decisão restou destacada no informativo 656 do STF a saber:

“PLENÁRIO

Prescrição em perspectiva e pena máxima cominada em abstrato

Aduziu-se que a jurisprudência da Corte rejeitaria a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antecipada (“prescrição em perspectiva”). Consignou-se que o repúdio do STF à prescrição em perspectiva teria base na possibilidade de aditamento à denúncia e de descoberta de novos fatos aptos a alterar a capitulação jurídica da conduta. Por outro lado, anotou-se que, no caso, o órgão acusatório não sinalizara, em nenhum momento, essa hipótese. Ao contrário, opinara pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Precedente citado: AP 379 QO/PB (DJU de 25.8.2006). Inq 2584 ED-ED/SP, rel. Min. Ayres Britto, 1º.3.2012. (Inq-2584)”.

Esta é a jurisprudência:

“Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - PENA EM PERSPECTIVA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - QUESTÃO PREFACIAL REJEITADA - CONDENAÇÃO PELO DELITO DE CONCUSSÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. A prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva não encontra amparo no ordenamento jurídico-penal brasileiro, que reconhece a prescrição retroativa apenas quando existente sentença condenatória transitada em julgado para a acusação; caso contrário, o lapso prescricional regula-se pela pena máxima cominada abstratamente ao delito. [...]” [Apelação Criminal nº 1.0540.04.003209-1/001, Rel. Des. Herbert Carneiro – TJMG -, data da publicação 18/05/11].

Impossível é ainda o reconhecimento da prescrição pela pena máxima vez que não transcorreu o lapso temporal necessário entre os marcos interruptivos.

O recorrido foi denunciado nas sanções do artigo 12 da Lei 10.826/03, sendo que o delito tem pena máxima de 03 [três] anos de detenção.

O delito portanto prescreve em 08 [oito] anos nos termos do artigo 109 inciso IV do Código Penal, prazo que não ocorreu entre os fatos [f.02] - 29 de Julho de 2009 - e o recebimento da denúncia [f.32] – 29 de Abril de 2010 - e entre esta e o presente julgamento.

Impõe-se assim a reforma da decisão que absolveu sumariamente o apelado, prosseguindo-se o feito regularmente para elucidação do fato sob o crivo do contraditório e da ampla defesa até final decisão judicial.

Acolho destarte o pleito ministerial.

V – Do Provimento - Ante o exposto **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

DES. ADILSON LAMOUNIER

Pedindo vênia ao eminente Desembargador Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo não menos eminente Desembargador Revisor e dou provimento ao recurso do Ministério Público.

É como voto.

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR"

ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016, que altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), passa a vigorar com as seguintes alterações: (Vigência)

[...]

“Art. 277.....

.....

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.” (NR)

[...]

Art. 2º A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 165-A, 282-A, 312-A e 319-A:

“Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.”

[...]

“Art. 312-A. Para os crimes relacionados nos arts. 302 a 312 deste Código, nas situações em que o juiz

aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, esta deverá ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, em uma das seguintes atividades:

I - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito;

II - trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados;

III - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito;

IV - outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito.”

[...][...]

Art. 6º Revogam-se o inciso IV do art. 256, o § 1º do art. 258, o art. 262 e o § 2º do art. 302, todos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. (Vigência)

Art. 7º Esta Lei entra em vigor:

I - na data de sua publicação, em relação aos arts. 3º e 4º; e

II - após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial, em relação aos demais artigos.

Brasília, 4 de maio de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF

Eugênio José Guilherme de Aragão

Inês da Silva Magalhães

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.5.2016.

* A lei está transcrita aqui parcialmente, em dispositivos de destaque. Para o texto integral, acesse o site da Presidência da República.

LEI Nº 13.285, DE 10 DE MAIO DE 2016, acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a fim de dispor sobre a preferência de julgamento dos processos concernentes a crimes hediondos.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 394-A:

“Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Brasília, 10 de maio de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF
Eugênio José Guilherme de Aragão

Este texto não substitui o publicado no DOU de 11.5.2016