

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Luiz Eduardo Moura Gomes

**PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA:
uma análise à luz das condições da ação penal**

Juiz de Fora

2010

Luiz Eduardo Moura Gomes

**PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA:
uma análise à luz das condições da ação penal**

Monografia de conclusão de curso
submetida à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Pablo Farias Souza
Cruz.

Juiz de Fora
2010

Luiz Eduardo Moura Gomes

**PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA:
uma análise à luz das condições da ação penal**

Monografia de conclusão de curso submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Professor Pablo Farias Souza Cruz (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Letícia Fonseca Paiva Delgado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Mônica Barbosa dos Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
03/12/2010

Quando um homem senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. Isso é relatividade.

Einstein

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a viabilidade jurídica da prescrição pela pena em perspectiva, demonstrando a sua natureza jurídica e o equívoco dos tribunais pátrios ao rechaçá-la. A prescrição em perspectiva se baseia na possibilidade de o magistrado realizar, de forma fundamentada, a análise das circunstâncias do fato, a fim de verificar a possível ocorrência de uma prescrição retroativa ao final do feito, capaz de gerar a falta de interesse de agir do órgão acusador que não teria como atingir os fins pretendidos pela jurisdição penal, qual seja a condenação a uma pena passível de execução. Dessa forma, apesar da nomenclatura utilizada, a prescrição pela pena em perspectiva não é uma causa extintiva da punibilidade, mas uma forma especial de se declarar a ausência de uma das condições da ação. Demonstram-se, ao final, os reflexos advindos da Lei 12.234/10 em relação à aplicação do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça, prescrição em perspectiva, condições da ação, interesse de agir.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| ACESSO À JUSTIÇA | |
| 1. O direito de ação como direito ao acesso à Justiça | 8 |
| 2. O princípio da duração razoável do processo aplicado ao processo penal | 10 |
| 2.1 Fundamentos do princípio da duração razoável do processo..... | 12 |
| 2.2 Aplicação do princípio da duração razoável do processo e os problemas decorrentes da utilização de um conceito jurídico indeterminado | 13 |
| AÇÃO PENAL | |
| 1. Noções Gerais | 16 |
| 2. Condições para o exercício regular do direito de ação | 18 |
| 2.1 Possibilidade jurídica do pedido..... | 21 |
| 2.2 Legitimidade..... | 22 |
| 2.3 Interesse de agir..... | 27 |
| 2.4 Justa causa..... | 28 |
| PRESCRIÇÃO | |
| 1. Noções gerais | 30 |
| 2. Espécies de prescrição | 32 |
| 2.1 Prescrição da pretensão punitiva..... | 32 |
| 2.1.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata..... | 33 |
| 2.1.2 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente..... | 34 |
| 2.1.3 Prescrição da pretensão punitiva retroativa..... | 34 |
| 2.2 Prescrição da pretensão executória..... | 38 |
| PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA | |
| 1. Noções gerais | 39 |

| | |
|--|-----------|
| 2. Natureza jurídica..... | 40 |
| 3. Fundamentos jurídicos..... | 42 |
| 4. Reflexos da lei 12.234/10..... | 45 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 48 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 50 |

INTRODUÇÃO

A prescrição pela pena em perspectiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial proposta com o objetivo de tornar mais dinâmica a prestação jurisdicional e garantir uma menor interferência nos direitos fundamentais do réu.

A morosidade processual diminui a credibilidade do Poder Judiciário e atinge de sobremaneira o réu, porquanto, apesar de possuir o benefício da dúvida (princípio da não-culpabilidade), é submetido às penas processuais, que lhe estigmatiza perante a sociedade.

A visualização da pena processual quando ocorre uma prisão cautelar, na qual o agente é segregado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é facilitada pela gravidade da violência imposta à liberdade do acusado. Porém a questão da dilação indevida do processo também deve ser entendida como uma pena processual na medida em que submete o réu a um estigma social e uma constante angústia decorrente da instabilidade quanto à manutenção de todas as suas liberdades.

Destarte, o princípio da duração razoável do processo, aplicado a processualística penal, ganha relevo, na medida em que assegura uma maior credibilidade aos órgãos jurisdicionais e impede a indevida violação dos direitos do réu.

Dessa forma, o instituto da prescrição pela pena em perspectiva pode servir à garantia do princípio insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, evitando a postergação desnecessária do processo e a prática de atos inúteis.

Assim, demonstra-se, durante este trabalho, a viabilidade jurídica da aplicação da prescrição pela pena em perspectiva, afastando as críticas apontadas e demonstrando como a compreensão equivocada de sua natureza jurídica tem levado o Superior Tribunal de Justiça a não aceitar a sua aplicação.

CAPÍTULO I

ACESSO À JUSTIÇA

1. O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

No atual estágio de evolução da sociedade no qual o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição, conferiu aos cidadãos o direito autônomo e abstrato de provocar a tutela jurisdicional manifestando uma pretensão resistida.

O direito de ação é classificado como um direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e instrumental. A ação é, pois, um direito público, na medida em que se dirige contra o Estado e em face do réu; subjetivo, pois decorre da qualidade de sujeito de direitos, inerente a cidadania; autônomo, na medida em que não se confunde com o direito material violado; abstrato, porquanto independe da sorte do processo, existindo, inclusive, quando negado o direito material pretendido; e instrumental, por servir como instrumento de proteção ao direito material violado.

Segundo as lições do Professor Marinoni (2008, v.1, p.185):

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como “direito de acesso à justiça”, tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado.

Nessa toada, pode-se afirmar que o conceito de acesso à justiça sofreu transformações de acordo com a evolução da sociedade moderna.

No liberalismo vigente nos séculos XVIII e XIX, no qual dominava o sistema do *laissez-faire*, os direitos fundamentais visavam impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado.

Por esse motivo exigiam uma abstenção do Estado em respeito à liberdade individual, refletindo a filosofia essencialmente individualista vigente.

Neste contexto, o direito ao acesso à justiça significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação, porquanto, embora constituísse um direito fundamental, o Estado permanecia inerte em relação aos problemas relacionados com a efetividade desse direito, uma vez que os direitos fundamentais não necessitavam de uma atitude ativa do Estado.

Na expressão de Cappelletti (1988, p.9):

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Com a crise do estado liberal no século XX, os Estados, a fim de corrigir as distorções criadas pelo sistema, reconheceram em suas Constituições direitos sociais que exigiam uma feição positiva, isto é, passaram a exigir a atuação comissiva do Estado em favor do bem-estar dos indivíduos.

Essa mudança na estrutura social resultou em um fortalecimento do direito ao acesso efetivo à justiça, na medida em que as reformas do *welfare state* conferiram aos indivíduos o direito de pleitear perante o Estado a efetivação dos novos direitos.

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, 1988, p.11 e 12).

Em resumo, pode-se concluir que no Estado Democrático de Direito, o processo pode ser definido como o “direito constitucional aplicado”, vez que possibilita a efetivação dos novos direitos, e o acesso à justiça é erigido a direito humano e direito fundamental.

Explicando melhor, é direito humano, por estar previsto em tratados internacionais de direitos humanos, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu artigo 8º prevê:

Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei.

O acesso à justiça, também, é direito fundamental, porquanto previsto entre os direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º, inciso XXXV, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Todavia, a efetividade do acesso à justiça pressupõe uma igualdade entre as partes do litígio, que naturalmente não é possível em razão dos obstáculos impostos pelo ordenamento jurídico.

Pode-se identificar como sendo obstáculo os elevados gastos com as custas judiciais e com a contratação de advogado, que impedem o acesso dos menos favorecidos e desestimulam as pequenas causas.

Outro fator que dificulta o exercício do direito é o tempo necessário para o decurso do processo.

Em razão do foco deste trabalho, apenas o fator tempo será analisado, porquanto é o elemento que possui maior relevância na aplicação do princípio do acesso à justiça à processualística criminal.

2. O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO APLICADO NO PROCESSO PENAL

O direito de ação, aqui entendido como sinônimo do princípio do acesso à justiça, deve ser analisado em seu sentido lato, isto é, abrange tanto o direito de provocar a atividade jurisdicional quanto o direito de resistir à postulação que lhe foi formulada, devendo-se em ambos os casos garantir aos litigantes os direitos e deveres inerentes ao devido processo legal.

Todavia, a aplicação do princípio na processualística penal demonstra a fragilidade fática do réu frente à postulação do órgão acusador, uma vez que a publicidade do processo e a possibilidade de uma condenação, já são uma pena processual a qual está submetido o acusado. Acrescenta-se a isso a possibilidade de ter a sua liberdade cerceada em razão de uma prisão cautelar e responder todo o feito em cárcere.

Apesar de no processo civil os prejuízos decorrentes da morosidade do processo sejam suportados pelo autor, porquanto em grande parte dos casos ele pretende alterar uma situação que se estabilizou em favor do réu, que utiliza de forma ilegítima de um direito não pertencente a sua esfera jurídica, no processo penal, apesar de possuir o benefício jurídico da dúvida em seu favor (princípio da não-culpabilidade), o réu se vê submetido às penas processuais, que lhe estigmatizam perante a sociedade.

Nesse sentido, ao contrário do que ocorre no processo civil, os prejuízos decorrentes da morosidade judicial são suportados pelo réu no processo penal.

A visualização da pena processual quando ocorre uma prisão cautelar, na qual o réu é segregado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é facilitada pela gravidade da violência imposta à sua liberdade. Porém a questão da dilação indevida do processo também deve ser entendida como uma pena processual na medida em que o réu está submetido a um estigma social e uma constante angústia decorrente da instabilidade quanto à manutenção de todas as suas liberdades.

Para Aury Lopes Jr. (2005) “a perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.”

Os princípios da jurisdicionalidade e da não-culpabilidade, inculpidos pela máxima latina *nulla poena, sine culpa, sine iudicio*, ficam abalados na medida em que a dilação indevida do processo causa estigmatização, além da possibilidade de restrições cautelares a direitos como a liberdade de locomoção, a livre disposição dos bens e a privacidade. Acrescenta-se que a estigmatização, causada pelas penas processuais, enfraquece o princípio da não-culpabilidade dificultando de sobremaneira a defesa do acusado. Nos dizeres de Lopes Jr. (2005) “o mais grave é

que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas social e psicológico.”

A ampla defesa e o contraditório também são abalados, uma vez que o decurso de tempo enfraquece o suporte probatório o que torna mais difícil e precária a defesa do acusado, tornando incerta a apuração do fato delituoso.

Segundo Lopes Jr. (2005)

O direito de defesa e o próprio contraditório, também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobre-custo financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Não há que olvidar a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz a inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a “intranscendência da pena” não passar de romantismo do direito penal.

Acrescenta-se que a “(de)mora jurisdicional”, termo cunhado por Lopes Jr. (2005) e que reflete a mora do Estado na prestação da jurisdição, impõe uma negação ao princípio da efetividade do acesso à justiça, porquanto o acusado se vê preso em uma situação de instabilidade causada pelo próprio Estado que se nega a efetivar um direito humano e fundamental, isto é, a prestar a atividade jurisdicional de acordo com os desdobramentos que o princípio impõe. Podemos destacar como desdobramento do acesso à justiça o direito de ação, de defesa, de ser processado de acordo com o devido processo legal e que a prestação jurisdicional respeite a duração razoável do processo.

2.1 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Segundo Lopes Jr. (2005) os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, residem no

respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório e no interesse coletivo em ver o correto funcionamento das instituições públicas.

No âmbito do Direito Internacional, a preocupação com a duração razoável do processo teve início somente após a Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Também, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, trouxe em seus artigos 7.5 e 8.1¹, referências à duração razoável do processo.

Apesar da incorporação do Pacto de San José da Costa Rica ao ordenamento jurídico pátrio em 1992 como direito fundamental, por força do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, o legislador, utilizando do poder constituinte reformador, incluiu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inciso LXXVIII, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Destarte, uma vez demonstrado o fundamento jurídico do princípio, devem os operadores do direito se adequar a essa nova exigência, buscando um equilíbrio entre a celeridade processual e a manutenção das garantias e direitos fundamentais.

2.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E OS PROBLEMAS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

¹ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o 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 formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O legislador constituinte reformador, seguindo a orientação adotada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), não definiu o que seria a dilação indevida do processo, deixando de fixar prazos máximos para a duração. Limitou-se a assegurar a duração razoável do feito através de um conceito indeterminado, adotando a “doutrina do não-prazo”, persistindo em uma sistemática já criticada, em razão de seu subjetivismo, pela doutrina europeia e pelos debates do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Ademais, para a aplicação do princípio faz-se necessário delimitá-lo a fim de evitar os inconvenientes da análise pessoal de seu conteúdo. Lopes Jr. (2005) apresenta a discussão travada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o tema:

Foi no caso “Wemhoff” (STEDH de 27/6/1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da “duração indevida”, através do que se convencionou chamar de “doutrina dos sete critérios”. Para valorar a situação, a Comissão sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar (e conseqüente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se: a) a duração da prisão cautelar; b) a duração da prisão cautelar em relação a natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias, etc.); f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais.

(...)

A doutrina dos sete critérios não restou expressamente acolhida pelo TEDH como referencial decisivo, mas tampouco foi completamente descartada, tendo sido utilizada pela Comissão em diversos casos posteriores e servido de inspiração para um referencial mais enxuto: a teoria dos três critérios básicos (complexidade do caso; a atividade processual do interessado (imputado); a conduta das autoridades judiciárias).

Mesmo com a fixação de critérios pelo Tribunal a celeuma sobre a aplicação do princípio continua, na medida em que os critérios desenvolvidos continuam a permitir uma discricionariedade quanto a sua aplicação, enfraquecendo, de certa medida, o direito fundamental ao julgamento em tempo razoável.

Assim, para a correta aplicação do princípio no ordenamento nacional será necessário a utilização do princípio da proporcionalidade, “critério inafastável na ponderação dos bens jurídicos em questão.” (LOPES JR., 2005).

Atente-se que na ponderação dos bens jurídicos não se deve aceitar como causa de justificação “a sobrecarga de trabalho do órgão jurisdicional, pois é inadmissível transformar em ‘devido’ o ‘indevido’ funcionalismo da justiça”, nos dizeres de Gimeno Sendra (*apud* LOPES JR., 2005).

Acrescenta-se que em outros países latinoamericanos, como no Paraguai (Lei 1286/1998), adotou-se critério mais compatível com a efetividade do princípio em análise, fixando prazo para a conclusão do processo penal e de sua fase pré-processual (investigação preliminar) que, uma vez superado, importará na extinção do feito.

Defende-se, neste trabalho, que no ordenamento jurídico brasileiro existem mecanismos objetivos de controle da morosidade processual. Pode-se citar o instituto da prescrição pela pena em perspectiva que, apesar da nomenclatura, não se confunde com a causa extintiva da punibilidade prevista no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, mas sim a ausência de uma das condições da ação penal, qual seja o interesse de agir, conforme será demonstrado.

CAPÍTULO II

AÇÃO PENAL

1. NOÇÕES GERAIS

Os conflitos sociais são solucionados por diversas maneiras ao longo da evolução da sociedade. Em um período remoto, no qual a participação do Estado ainda não existia ou era incipiente, as soluções para os conflitos eram dadas pela autotutela, isto é, pela imposição da vontade de um dos interessados sobre o interesse alheio. Esse tipo de resolução dos conflitos demonstra a sua fragilidade no momento em que possibilita ao mais forte, ou esperto, o sacrifício do direito alheio, resolvendo parcialmente o conflito, pois a parte vencida, insatisfeita com a injustiça gerada, poderá se rebelar contra o vencedor quando possuir melhores condições, provocando, em consequência, grave instabilidade social.

Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados e em muitos países é conduta tipificada como crime de exercício arbitrário das próprias razões (se for cometido por particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for agente do Estado).

Todavia, ainda existem resquícios deste método de solução dos conflitos nos ordenamentos jurídicos modernos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito for violado ou uma pretensão legítima for resistida. Porém, os atos de autodefesa são posteriormente analisados pelo Poder Judiciário, quanto à legalidade e legitimidade da conduta.

São exemplos de atos de autodefesa permitidos pelos ordenamentos modernos a legítima defesa, o estado de necessidade, o desforço possessório imediato, o direito de retenção, entre outros.

Com a evolução da sociedade, os litigantes perceberam que, ao invés de impor sua vontade sobre a parte adversa, criando outro conflito de interesses,

seria mais adequado utilizar-se de meios conciliatórios como forma de resolver as demandas sociais.

Autocomposição é a forma de solução de conflitos que busca o consentimento dos litigantes a fim de, através de sacrifícios mútuos, chegarem a um resultado pacífico para a controvérsia. Segundo Didier Jr. (2008, v.1, p.75).:

Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: a) Transação: concessões mútuas; b) Submissão de um à pretensão do outro: reconhecimento da procedência do pedido; c) Renúncia da pretensão deduzida.

O atual ordenamento jurídico admite a autocomposição como um equivalente jurisdicional, na expressão de Carnelutti, chegando, de certa forma, a incentivá-lo. Contudo, o seu âmbito de aplicação no direito processual penal é reduzido em razão da indisponibilidade dos direitos que envolvem a lide penal. São exemplos de autocomposição na processualística penal os institutos da composição dos danos civis, prevista no artigo 74², da transação penal, prevista no artigo 76³, e da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89⁴, todos regulamentados pela lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.

Com a evolução da sociedade e o fortalecimento do Estado, como instituição destinada a organizar e resolver as demandas sociais surge como forma de solução dos conflitos a heterocomposição.

A heterocomposição é a técnica que confere a um terceiro imparcial o poder de resolução dos conflitos sociais, substituindo as partes no caso apresentado. Com o fim de atingir seu objetivo pacificador, o Estado monopoliza a atividade jurisdicional, tomando para si a obrigação de prestar aos seus súditos, através do Poder Judiciário, o poder de dizer o direito nos casos submetidos a sua apreciação.

² Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

³ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

⁴ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Dessa forma, confere-se ao cidadão o direito de ação como um instrumento apto a exigir do Estado a resolução do conflito, através da provocação da atividade jurisdicional.

2. CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE AÇÃO

As chamadas condições da ação, desenvolvidas pelo italiano Enrico Tullio Liebman, influenciaram de sobremaneira a processualística brasileira, recebendo menção expressa nos artigos 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal. Liebman condicionou o exercício do direito de ação ao preenchimento de três condições, seriam elas a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

Cabe ressaltar que pouco antes da aprovação do Código de Processo Civil de 1973, Liebman, revendo seus conceitos após a lei que instituiu o divórcio na Itália, excluiu das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido em razão da supressão do exemplo que lhe fez conceber tal categoria.

Apesar de originalmente serem denominadas condições da ação, entende-se por mais correto chamá-las de condições para o exercício regular do direito de ação, uma vez que somente o exercício do direito de ação pode ser condicionado, jamais o próprio direito, constitucionalmente garantido e decorrente do direito fundamental à inafastabilidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988⁵. Como decorrência, defende-se que essas condições devem ser preenchidas no momento da propositura da ação, devendo ser mantidas até a prolação da sentença. Nas lições de Nery Júnior (1986) seriam “condições para que seja proferida sentença sobre a questão de fundo (mérito)”.

Impende referir, neste ponto, a lição de do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p.105):

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(omissis)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

As conhecidas condições da ação constituir-se-iam em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, ou seja, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, ao julgamento da pretensão de direito material a ela apresentada, isto é, ao julgamento do mérito.

No mesmo sentido Câmara (2008, v.1, p. 115)

Não se mostra adequada a utilização da designação “condições”, uma vez que não se está aqui diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico, sendo por esta razão preferível falar em requisitos. Ademais, não parece que se esteja aqui diante de requisitos da ação, pois esta, a nosso sentir, existe ainda que tais requisitos não se façam presentes. Mesmo quando ausente alguma das “condições da ação”, o que levará à prolação de sentença meramente terminativa, a qual não contém resolução de mérito, terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação. Assim, e considerando que a presença de tais requisitos se faz necessário para que o juízo possa proferir o provimento final do processo (...) é que prefiro a denominação requisitos do provimento final.

Consoante ao disposto no artigo 267, §3º, do Código de Processo Civil, o preenchimento das condições para o exercício regular do direito de ação podem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Todavia em razão das dificuldades em diferenciar as condições da ação do mérito da causa, surgiram duas correntes sobre o momento adequado para a análise do preenchimento das condições da ação.

Para a teoria da exposição, corrente que encontra como expoente Cândido Rangel Dinamarco, as condições da ação podem ser analisadas a qualquer momento ou grau de jurisdição, podendo exigir, inclusive, dilação probatória quanto ao seu preenchimento.

Ademais, por ser matéria de ordem pública importará em julgamento do feito sem resolução do mérito, independente da fase processual em que se encontrar o processo.

Todavia, apesar do peso dos doutrinadores que defendem a teoria da exposição, a teoria da asserção ou da *prospettazione* goza de crescente prestígio.

Segundo essa teoria, a verificação das condições da ação deve ser feita no momento em que o juiz recebe ou rejeita a peça exordial, à luz das

afirmações contidas na peça inicial, isto é, de acordo com as assertivas do autor. Não se trata de uma cognição sumária do preenchimento das condições, mas decisão definitiva, com base em cognição exauriente. A constatação posterior de divergências quanto o alegado, com base no material probatório colhido na instrução, levaria ao exame do mérito da causa e não mais sobre as condições da ação.

Fredie Didier Júnior (2008, v.1, p.173) acrescenta:

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, **ressalvados os fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação**. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria [da asserção], seria sempre definitiva. (grifo não existente no original).

Atente-se ao fato da possibilidade de existir uma carência de ação superveniente ao recebimento da exordial, mesmo adotando-se a teoria da asserção, ou seja, é possível um pleito possuir todas as condições da ação no momento da propositura da ação, porém, admite-se a possibilidade da existência de um fato posterior que influa sobre o feito gerando uma carência de ação *superveniente*. O reconhecimento deste fato impede a análise do mérito pelo julgador, devendo ser o processo extinto.

Frisa-se que não importa a fase processual na qual será reconhecida a carência de ação, mas com base em qual substrato o magistrado proferirá sua sentença. Em suma, deve-se analisar se a questão é meritória ou processual através dos fundamentos do convencimento do juiz. Caso tenha o magistrado proferido sentença com base nas provas colhidas nos autos, será uma decisão de mérito. Todavia, se mesmo tendo inicialmente preenchido as condições da ação, analisando apenas as assertivas da exordial, posteriormente ocorra uma mudança quanto o substrato fático capaz de retirar uma dessas condições, não se estará falando em análise das provas (mérito), mas sim de uma carência tendo por base a ausência de correlação entre as assertivas do autor e as condições para o regular exercício da ação. Neste último caso, deve-se extinguir o feito sem julgamento do mérito tendo por base qualquer das teorias analisadas.

Pode-se citar como situações capazes de gerar a carência de ação superveniente: a perda de representação no Congresso Nacional do partido político que propôs ação direta de inconstitucionalidade com fulcro no artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal⁶, em razão da superveniente ilegitimidade ativa; e a falta de interesse de agir do órgão acusador quando, após o recebimento da denúncia, mantém um feito em que já se transcorreu prazo superior ao prazo prescricional, tendo como base a possível pena do acusado (analisada em perspectiva), sem que advenha uma nova causa interruptiva.

Passa-se a análise pormenorizada das condições genéricas para o exercício regular do direito de ação.

2.1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Afirma-se na Teoria Geral do Processo que a possibilidade jurídica do pedido é, sem dúvida, a mais polêmica das condições da ação, tendo, inclusive, sido suprimida por Enrico Tullio Liebman a partir de 1970, passando a considerá-la parte integrante do conceito de interesse de agir. O mestre italiano retirou esta condição de sua teoria após a permissão do divórcio na Itália, pois era esse o principal exemplo utilizado para explicar esta condição da ação.

A possibilidade jurídica do pedido deve ser entendida como o respaldo que o ordenamento jurídico confere, em tese, a pretensão do autor, de forma a não existir uma proibição expressa àquela providência. Todavia, para a correta aplicação desta condição na processualística penal, deve-se atentar que a pretensão vestibular deve, necessariamente, estar prevista em lei, porquanto neste ramo específico do direito vige o princípio da legalidade o qual garante aos cidadãos que “nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato

⁶ AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARTIDO POLÍTICO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL. PERDA SUPERVENIENTE DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PREJUÍZO DO PEDIDO FORMULADO. Reafirmou o Plenário desta Corte que a perda superveniente da representação parlamentar no Congresso Nacional provoca a descaracterização da legitimidade ativa do Partido Político, mesmo que satisfeita, no momento do ajuizamento da ação, a exigência prevista no art. 103, VIII da Constituição Federal. Precedentes: Agravos nas ADIs nº 2202, 2465, 2723, 2837 e 2346, todos de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Agravo improvido. (ADI 2035 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 01-08-2003 PP-00102 EMENT VOL-02117-31 PP-06585).

tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva” (TOLEDO, 2007, p.21).

Outra adequação que se faz necessária reside na nomenclatura utilizada, uma vez que (OLIVEIRA, 2009, p. 568)

no processo civil o autor delimita tanto a matéria a ser conhecida quanto a providência que lhe parece necessária a satisfazer seus interesses, no processo penal cumpre ao autor delimitar unicamente a *causa petendi*, ou seja, o fato delituoso merecedor da reprimenda penal. O juízo de adequação típica, o enquadramento jurídico do fato, bem como a dosimetria da pena a ser aplicada, encontram-se, todos, na própria lei, cabendo ao juiz a tarefa de revelar seu conteúdo.

Nessa toada, no processo civil o autor confere balizas para o exercício da jurisdição através do pedido, devendo o magistrado ficar adstrito aos limites estabelecidos pela demanda, ou seja, uma sentença não pode ficar aquém ou além do que foi pedido.

Todavia, o princípio da correlação ganha outros contornos no processo penal, porquanto é permitido ao juiz, sem alterar a descrição do fato contido na denúncia, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, consoante ao artigo 383 do CPP, conhecido como *emendatio libelli*. Dessa forma, o juiz fica adstrito, no processo penal, os fatos narrados e não aos pedidos formulados pelo acusador.

Dessa forma (OLIVEIRA, 2009, p. 109),

pelo menos nas ações penais condenatórias, é vem de ver que, ainda que se requeira a condenação do acusado à pena de morte, por exemplo (caso típico de ausência de previsibilidade da providência requerida), nada impede que a ação penal se desenvolva regularmente, porque ao juiz permite-se a correta adequação do fato à norma penal correspondente, com a aplicação da sanção efetivamente cominada, por força da *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP. Por isso, não se podendo extinguir o processo pela impossibilidade jurídica do pedido assim aviado, não se pode, também, aceitar tal hipótese como de condição da ação penal condenatória.

Assim, buscando contribuir para a melhoria científica do ramo jurídico, a melhor nomenclatura para a condição da ação no processo penal condenatório seria a possibilidade jurídica do enquadramento da narrativa a um delito previsto em

lei ou então possibilidade jurídica da causa de pedir ou, ainda, a possibilidade jurídica da imputação.

Questão complexa diz respeito às hipóteses de atipicidade dos fatos imputados ao acusado, quando verdadeiramente a causa de pedir não encontra amparo no ordenamento jurídico.

Para autores de renome como Eugênio Pacelli de Oliveira, após as alterações trazidas pela Lei 11.719/08, a atipicidade não teria o condão de gerar a carência de ação, mas um “julgamento antecipado do processo, sem a necessidade de instrução, circunscrito, portanto, à definição exclusivamente de direito dada aos fatos e às circunstâncias especificamente descritos na denúncia ou queixa” (OLIVEIRA, 2009, p.110), consoante ao disposto no artigo 397, III, CPP.

Todavia, apesar da envergadura dos autores que defendem esta tese, acredita-se que a atipicidade pode gerar a carência de ação por impossibilidade jurídica da causa de pedir.

Utilizando-se do exemplo dado por Rangel (2008, p.265), imagine uma ação penal na qual se pede a “condenação para o fato do pai que mantém relações sexuais com sua filha, maior e capaz, por livre e espontânea vontade de ambos, portanto, sem violência ou grave ameaça.” O fato pode agredir a moral e a sociedade, todavia, trata-se de um indiferente penal, porquanto não existe a tipificação da conduta de incesto, sendo, dessa forma, a narrativa inepta a gerar uma condenação penal.

Como adverte Tornaghi (*apud* RANGEL, 2008, p.265), ao analisar a possibilidade jurídica da causa de pedir:

Note-se: não se trata de saber se, na hipótese, o autor tem realmente o direito, o que é matéria de mérito a ser decidida na sentença, mas saber se os fatos que enuncia em seu pedido são típicos, isto é, adequados à descrição legal de um direito.

Atente-se que a diferenciação da hipótese de carência de ação para a de absolvição sumária será feita pela teoria da asserção, analisada no item 2, deste capítulo. Assim, caso o magistrado perceba pelas assertivas do autor que o *fato narrado* é atípico, deverá rejeitar a denúncia ou queixa em razão da ausência das condições para o exercício regular da ação penal, consoante ao artigo 395, inciso II, do CPP. Contudo, se não o fizer e receber a peça acusatória, citando o acusado

para apresentar resposta à acusação, não mais poderá rejeitar exordial, em razão da preclusão consumativa, salvo se a atipicidade for decorrente de fato posterior ao recebimento. Neste caso, deverá adentrar no mérito da questão, aplicando o disposto no artigo 397, inciso III, do CPP, de forma a absolver sumariamente o réu, em razão do *fato apurado* não constituir crime.

Em suma, existirá carência de ação em razão da impossibilidade jurídica da causa de pedir, quando pelas alegações do autor puder concluir que a imputação feita ao acusado é um fato atípico, vez que ausente a previsibilidade em abstrato no ordenamento. Neste caso deverá o magistrado rejeitar liminarmente a denúncia ou queixa, não podendo, nesta fase, proferir sentença de mérito. Agora, se somente após o cumprimento do disposto no artigo 396-A, e parágrafos, do CPP, for possível a conclusão pela atipicidade do fato será a hipótese de absolvição sumária do acusado.

2.2. LEGITIMIDADE

A legitimidade para agir impõe a existência de um vínculo jurídico entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, de forma a garantir a correta proteção do direito. Na expressão de Alfredo Buzaid (*apud* RANGEL, 2008, p.262) “é a pertinência subjetiva do direito de agir” que no processo penal é exercido, em regra, pelo Ministério Público.

Ademais, quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação penal, o ordenamento pátrio divide os tipos penais em crimes de ação penal pública, cujo legitimado para propor a ação é o Ministério Público, e os crimes de ação penal privada, cujo legitimado é o ofendido ou seu representante legal.

No que pese o exposto, o Código Penal em seu artigo 100 prevê como regra a ação penal pública, ressalvando a legitimidade do ofendido para os casos expressamente previstos em lei.

Assim, a regra geral impõe aos órgãos do Ministério Público a promoção da ação penal, com o oferecimento da denúncia, independente de

autorização ou manifestação de vontade do ofendido ou de outra pessoa, sendo suficiente o conhecimento de um fato caracterizado como infração penal.

Todavia, existem casos nos quais o legislador condicionou a propositura da ação penal à representação do ofendido ou de seu representante legal, ou ainda, a requisição do Ministro da Justiça. Em suma, na ação penal pública condicionada, a atuação do Ministério Público fica na dependência do preenchimento da condição de procedibilidade, tendo em vista que o ordenamento jurídico conferiu a essas pessoas o poder de avaliar a oportunidade e a conveniência da apuração da infração penal.

Na ação penal privada o particular é o legitimado ativo para a propositura da ação penal, que o faz através da queixa-crime. Segundo Bitencourt (2007, p.700) a

Referida espécie de ação inspira-se em imperativos de foro íntimo e na colisão de interesses coletivos com interesses individuais, que o ofendido prefere afastar do *strepitus fori*, evitando a publicidade escandalosa que a divulgação processual provocaria; por isso o Estado permite a subordinação do interesse público ao particular. Essa orientação visa evitar novo e penoso sofrimento à vítima, que, pela inexpressiva ofensa, desproporcional gravidade da lesão e a sanção estatal correspondente, ou pela especialíssima natureza do crime, lesando valores íntimos, prefere amargar a sua dor silenciosamente, já que a divulgação e repercussão social podem causar ao ofendido ou a seus familiares dano maior do que a impunidade.

Permite-se, ainda, ao particular propor ação penal privada subsidiária, nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, configurando desídia do órgão acusador, consoante ao disposto nos artigos 29, do Código de Processo Penal, e artigo 100, §3º, do Código Penal.

Em suma, pode-se concluir que a legitimidade ativa *ad causam*, como regra, é privativa do Ministério Público (artigo 129, inciso I, da CF), ressalvando a lei em situações específicas o direito à atividade subsidiária, em caso de inércia estatal, ou mesmo exclusiva do particular, em atenção às peculiaridades de algumas infrações e de suas consequências para intimidade do ofendido.

No que concerne à legitimidade passiva *ad causam* existe cizânia doutrinária quanto a sua aplicação a processualística penal, uma vez que a ação

penal será proposta em face do suposto autor do fato, sendo assim, as discussões sobre a legitimidade passiva se confundiria com o mérito da causa.

Expoente desse entendimento Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p.108) afirma

Afora isso, no campo processual penal, tendo em vista que o tema relativo à autoria diz respeito, como vimos, ao próprio mérito da ação condenatória, a legitimidade *ad causam*, como condição da ação, somente oferece relevância quando em relação ao pólo ativo, isto é, no que se refere à iniciativa da persecução penal. Semelhante observação não se aplica, porém, às ações penais não condenatórias, como o *habeas corpus*, a revisão criminal e o mandado de segurança em matéria penal, nas quais, sobretudo em relação às ações mandamentais (*habeas corpus* e mandado de segurança), é necessário apontar com exatidão a autoridade que figurará no pólo passivo.

No que pese o brilhantismo do autor, a questão sobre a aplicação da legitimidade passiva no processo penal deve ser analisada sobre o prisma da teoria da asserção, como já se propugna em relação às outras condições da ação penal.

Novamente utiliza-se do exemplo formulado por Paulo Rangel (2009, p.262/263) para ilustrar a aplicação da teoria da asserção na análise da natureza jurídica da sentença proferida em diferentes situações processuais. Vejamos:

Se Tício pratica um fato-crime, deve ser denunciado pelo Ministério Público. E se, no curso da instrução criminal, ficar comprovado que ele não é autor da infração, deve ser absolvido. Nesta hipótese, haverá sentença de mérito. Diferente seria se no inquérito policial houvesse prova idônea de que o fato foi praticado por Tício e o promotor de justiça oferecesse denúncia em face de uma das testemunhas. Neste caso, a denúncia não deveria ser recebida, pois manifesta a ilegitimidade da parte. Ausência de uma das condições para o regular exercício do direito de agir. No primeiro exemplo, adentrou-se no mérito. No segundo, não podemos lá chegar, por ausência de uma das condições regulares que nos permitiria apreciar se o autor merece ou não a providência solicitada.

Atente-se que o autor, apesar de não utilizar de forma expressa da teoria da asserção, utiliza de seus fundamentos na solução dos casos apresentados. No segundo exemplo, as afirmações contidas na denúncia, *per se*, são suficientes para a conclusão pela carência de ação, inexistindo dessa forma a legitimidade passiva *ad causam*. Já no primeiro exemplo, a conclusão só pode ser obtida pelo

conjunto probatório produzido durante a instrução, desconstituindo a *posteriori* as afirmações contidas na exordial. *Ab initio*, as afirmações do órgão acusador eram compatíveis com o suporte probatório mínimo consubstanciado nos indícios de autoria e na prova da materialidade, sendo a denúncia apta. Todavia, provou-se que ele não era o autor da infração penal, sendo dessa forma uma sentença de mérito.

2.3. INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir, condição genérica da ação penal, não se confunde com o interesse substancial. Este se refere ao bem da vida pretendido pelo autor, já aquele é um interesse instrumental, isto é, o interesse à tutela jurisdicional. “Encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente” (OLIVEIRA, 2009, p. 106), na conceituação da teoria geral do processo.

Na processualística penal o interesse de agir ganha contornos próprios, porquanto a prática de uma conduta tipificada como crime faz surgir para o Estado à pretensão punitiva (*jus puniendi*), que só será validamente exercido se efetuado por meio do processo, conforme o brocardo latino *nulla poena sine iudicio*. Dessa forma, não é permitido as partes acordarem extrajudicialmente sobre a aplicação ou não de uma sanção penal, devendo toda a discussão sobre a sua aplicação ocorrer sob o crivo do devido processo legal.

A análise do interesse de agir se baseia na verificação da necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado.

Quanto ao interesse-necessidade, ao menos nas ações penais condenatórias, não provoca uma maior reflexão neste ramo da processualística, porquanto, para a aplicação da pena se faz necessário a judicialização da persecução penal, uma vez que *nulla poena sine iudicio*. Assim, pode-se concluir que na ação penal condenatória a necessidade do provimento é presumida em razão de ser o devido processo legal imperativo para o exercício válido do *jus puniendi*.

O interesse de agir adequação seria a correção entre a providência jurisdicional e a resolução do conflito apresentado em juízo. Assim, não seria adequado requerer, em um juízo cível, a execução de um título executivo extrajudicial através de uma ação de conhecimento. No âmbito do processo penal, a adequação da via pleiteada se revela de menor importância desde que o acusador narre uma conduta descrita em um tipo penal, porquanto cabe ao magistrado conhecer a descrição do fato contida na denúncia ou queixa-crime, atribuindo, caso entenda necessária, definição jurídica diversa, consoante ao disposto no artigo 383, do Código de Processo Penal.

O interesse de agir no viés utilidade possui relevância ímpar na processualística penal, por servir como fundamento para a prescrição pela pena em perspectiva e servir na verificação da efetividade da atividade jurisdicional. Haverá utilidade da jurisdição quando a providência jurisdicional puder, em tese, propiciar ao demandante a tutela dos direitos pleiteados. Assim, na processualística penal, o conceito de interesse-utilidade está intimamente ligado a preocupação com a efetividade do processo, “de modo a ser possível afirmar que este enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade” (OLIVEIRA, 2009, p. 106) da pretensão acusatória.

O processo, desde a sua instauração até a prolação da sentença, deve mostrar-se apto à realização dos seus objetivos. Não havendo a possibilidade de um resultado útil, não se mostra razoável mover a máquina judiciária, com o dispêndio de tempo e de recursos, além de submeter o réu aos efeitos deletérios do processo, conforme amplamente analisado no capítulo I deste trabalho.

2.4. JUSTA CAUSA

A quarta condição da ação penal, a justa causa, foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que acrescentou o artigo 395, inciso III, ao Código de Processo Penal.

O legislador utilizando dos estudos do ilustre processualista Afranio Silva Jardim, que mesmo antes da alteração legislativa, enumerava a justa causa como a quarta condição genérica da ação penal.

Segundo o autor o mero ajuizamento da ação penal já seria suficiente para causar uma lesão ao estado de dignidade do acusado, em razão do estigma social provocado pela persecução penal, em razão disso, o processo penal deve-se pautar em um lastro probatório mínimo a demonstrar, em abstrato, a viabilidade da pretensão acusatória. Ao comentar sobre as condições da ação penal, sustentava o autor (JARDIM, 1999, p.54):

A estas três condições para o regular exercício do direito de ação, no processo penal, acrescenta-se uma quarta: a justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. Tal lastro probatório nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal.

A justa Causa, portanto, pode ser resumida na obrigatoriedade de que a persecução penal se baseie em um lastro probatório mínimo relacionado com os indícios da autoria e a prova da materialidade.

Ausente essa condição a denúncia ou queixa-crime deve ser rejeitada, nos termos do artigo 395, inciso III, do CPP e caso isso não ocorra, caberá o trancamento da ação penal com a utilização do *habeas corpus*, nos termos do disposto no artigo 648, inciso I, do CPP, porquanto ser a decisão que recebe a exordial irrecorrível.

CAPÍTULO III PRESCRIÇÃO

1. NOÇÕES GERAIS

O ordenamento jurídico impõe a todos os membros da sociedade o dever de se comportarem de acordo com as normas jurídicas, estabelecendo sanções para aqueles que as desrespeitarem. Com a prática de um fato delituoso nasce para o Estado o direito de exercer o *jus puniendi* de forma concreta, a fim de exigir a aplicação de uma sanção penal ao infrator.

Todavia, a pretensão punitiva do Estado não pode se eternizar, devendo ser exercida dentro de prazos fixados de acordo com a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente. Escoado tal prazo perderá o Estado o direito de punir, em razão da extinção da punibilidade levada a efeito pela prescrição.

Segundo Fernando Galvão da Rocha (2004, p. 958),

Com a prescrição, o ordenamento jurídico impede que a possibilidade da punição perdure indefinidamente. A eterna possibilidade de punir é causa de intranquilidade social, que só se justifica casos excepcionais, identificados por opção política consagrada na Constituição Federal. A extinção da responsabilidade criminal, após o decurso de certo lapso temporal, é medida que contribui para o convívio social harmônico, na medida em que estabiliza as relações humanas.

Sendo a prescrição uma opção político-criminal em favor da pacificação social, prevê a Constituição Federal a prescritibilidade dos crimes como a regra. “No entanto, contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais”, (BITENCOURT, 2007, p.715) a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV, impõe, em rol taxativo, a pecha da imprescritibilidade para a prática do

racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Inúmeras teorias tentaram fundamentar o instituto da prescrição, sem, todavia, atingirem o seu objetivo de forma isolada. Nessa toada, a prescrição possui como fundamento político de legitimação a teoria do esquecimento do fato, a teoria psicológica e outros argumentos de índole processual.

Ademais, pode-se invocar como fundamento da prescrição o fato de o decurso do tempo levar ao esquecimento do fato, cessando a exigência de uma reação contra o delito, “presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou a enfraquece.” (BATTAGLINI *apud* BITENCOURT, 2007, p.716). Dessa forma, o estado de pacificação social buscado pela norma já teria sido atingido pelo decurso do tempo, podendo a aplicação tardia da sanção penal ser causa de nova instabilidade, o que não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico.

Outro fundamento invocado pela doutrina é o fato de o decurso do tempo levar à recuperação do criminoso, consoante defendem a teoria psicológica e da emenda. Segundo essas teorias “com o decurso do tempo e a inércia do Estado, a pena perde seu fundamento, esgotando-se os motivos do Estado para desencadear a punição” (BITENCOURT, 2007, p.716). Com o decurso do tempo o agente modifica o seu modo de agir e pensar, eliminando o nexo psicológico entre o agente e o fato. Bitencourt (2007, p.716) acrescenta “que o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é a sua readaptação ou reajustamento social”.

Embasa, também, o instituto a necessidade de se punir o Estado pela sua inércia, porquanto não se pode aceitar que o infrator fique *ad infinitum* sujeito ao exercício do *jus puniendi* e a estigmatização causada pela persecução penal. Para LOPES JR. (2005) “a perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.”

Acrescentam-se, ainda, os perspicazes ensinamentos de Gilson Sidney Amâncio de Souza (2010, p.11):

Acresça-se que, a par da teoria do esquecimento do fato, também se relaciona e harmoniza com o instituto da prescrição a ideia garantista da duração razoável do processo, princípio que, de início estampado no art. 6º, §1º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, foi acolhido depois na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seu art. 8º, e hoje é consagrado expressamente em nosso ordenamento constitucional, por força da EC nº 45, de 08.12.2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta.

Por fim, deve-se atentar que o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório tornando mais difícil e precária a defesa do acusado, impossibilitando a justa apreciação do fato e facilitando o erro judicial.

2. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

Conforme demonstrado, a prescrição fulmina a pretensão estatal de ver aplicada a sanção penal correspondente a uma conduta criminosa, extinguindo a punibilidade do réu, consoante ao disposto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, e, dependendo do momento em que incidir, receberá o nome de prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

Nos ensinamentos de Fernando Galvão (2004, p. 963), “‘pretensão’ é uma noção que se relaciona ao direito material e pode ser entendido como a ‘exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio’”.

Destarte, se a pretensão estatal for uma condenação, isto é, se o Estado estiver exercendo o *ius puniendi*, incidirá sobre esta postulação a prescrição da pretensão punitiva. Contudo, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, surge, para o estado, o direito à execução da medida imposta. Assim, fala-se que o *ius puniendi* concreto se transforma em *ius punitiois*, incidindo sobre esse a prescrição da pretensão executória.

2.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A prescrição da pretensão punitiva ocorrerá antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, como não se tem uma definitividade sobre a culpabilidade do acusado, tem o condão de eliminar todos os efeitos do crime, como se este nunca tivesse existido.

Nessa toada, a pretensão fulminada pela prescrição não pode servir para macular o indivíduo com a pecha dos maus antecedentes, não pode servir como base para uma futura reincidência e muito menos gerar qualquer efeito perante a jurisdição cível.

2.1.1 PRESRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ABSTRATA

A prescrição da pretensão punitiva abstrata foi utilizada pelo legislador brasileiro como a base sobre o qual edificou toda a sistemática da prescrição penal. Ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, regulando-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime e obedecerá aos prazos fixados pelo artigo 109, do Código Penal.

De modo geral, a opção legislativa pela utilização da pena máxima em abstrato deve-se ao fato de não se saber qual a pena “justa” a ser aplicada ao réu e, ante a incerteza, optou-se por utilizá-la, uma vez que em tese poderá ser a pena concretizada na sentença.

Para a aferição do prazo prescricional, deve-se observar o máximo da pena cominada ao delito, aplicando as qualificadoras e incidindo sobre a cominação as causas de aumento e diminuição da pena. Como na espécie tratada busca-se a pena máxima cominada, diante de eventual variação nos limites das causas modificadoras, deve-se aplicar a majorante considerando o fator que mais aumente a pena e a minorante o fator que menos a diminua.

Atente-se para a não aplicação das causas modificadoras da pena referentes ao concurso formal próprio e ao crime continuado, porquanto em se tratando de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Após a aferição da pena máxima cominada no tipo em abstrato, basta analisar o disposto no artigo 109 do Código Penal e encontrar a prescrição prevista para o delito.

Por fim, deve-se analisar se o agente era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença maior de setenta anos, hipóteses nas quais ocorrerá a redução pela metade dos prazos prescricionais, consoante o disposto no artigo 115, do Código Penal.

2.1.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE, SUPERVENIENTE OU SUBSEQUENTE

A prescrição da pretensão punitiva intercorrente ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, que se manteve inerte e não recorreu ou teve o seu recurso improvido, consoante ao disposto no artigo 110, § 1º, do Código Penal. Nesse caso, como não existe recurso da acusação a pena máxima a que estará submetido o réu será a pena aplicada na sentença, porquanto o princípio do *non reformatio in pejus* impede a agravação da pena em recurso exclusivo do réu.

Nessa medida, o prazo da prescrição intercorrente terá como marco prescricional a sentença condenatória recorrível e a trânsito em julgado para as partes. Em outras palavras, caso decorra prazo superior ao prescricional, tendo por base a pena aplicada, entre sentença e a decisão do tribunal competente para julgar o recurso, estará a pretensão acusatória fulminada pela causa extintiva da punibilidade.

2.1.3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA

A prescrição retroativa é fruto de uma construção pretoriana que se concretizou na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de

1963, na qual foi aprovada a súmula 146, com o seguinte verbete: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação”.

Tal enunciado se baseou em precedentes da corte, nos quais se afirmava que uma vez concretizada a pena através do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista que o recurso do réu não tem o condão de agravar a sua situação jurídica, presume-se como justa, desde o início, a pena fixada na sentença, devendo ser utilizada retroativamente, desde o momento do fato.

Bitencourt (2007, p.719) adverte que “nesse período, a nossa Corte Suprema passou a admitir que a prescrição incidisse sobre lapso temporal anterior à sentença condenatória e, inclusive, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa.”

Entretanto, nos anos 70 houve uma restrição na aplicação do instituto, não se permitindo a retroação da pena em concreto para lapso temporal anterior ao recebimento da denúncia. Todavia, em meados de 1974, os Ministros Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra defenderam a interpretação extensiva da súmula 146, levando a Corte ao retorno da interpretação original daquele enunciado.

Durante o governo da Junta Governativa Provisória de 1969, instituída pela Ditadura Militar que governava o País “com braços de ferro”, foi editado o Decreto-Lei 1.004, de 21 de Outubro de 1969, pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar (usando das atribuições conferidas pelo art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968), alternado diversos artigos do Código Penal e vedando a prescrição retroativa, consoante o artigo abaixo:

Art. 111. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º dêste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(omissis)

Superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre

§ 1º A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, **daí por diante**, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.

(Redação original, com negrito não constante na mesma).

O instituto somente foi positivado pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, editada durante o obscuro governo do General Emílio Garrastazu Médici, que

apesar do contexto histórico, recebeu a interpretação extensiva conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei se ateve a retirar da redação do artigo 111, §1º, do Código Penal, o termo “daí por diante”, permitindo a retroação dos prazos prescricionais, com base na pena imposta na sentença, a todos os períodos anteriores a sua prolação. Frisase o fato de se permitir a retroação a períodos anteriores a denúncia, mesmo durante a Ditadura Militar que governou o País.

Dessa maneira, a redação do art. 111, §1º, do CP, (renumerado para art. 110) passou a ser: “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.”

Contudo, o dispositivo novamente foi alterado, durante o governo do então presidente General Ernesto Geisel, pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, restringindo a aplicação do instituto, de forma a não permitir o aproveitamento da pena aplicada ao período anterior ao recebimento da denúncia, ao incluir o § 2º ao renumerado artigo 110, do Código Penal, com a seguinte redação:

“a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.”

Somente com a Reforma Penal de 1984, que a prescrição retroativa voltou a ser aplicada a termo anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, em consonância ao entendimento que prevalecia nos tribunais pátrios.

Nessa medida, passou-se a considerar como justa, a pena aplicada na sentença condenatória recorrível a qual o Ministério Público não houvesse recorrido ou se proposto o recurso não tenha sido provido. Sendo a pena “justa”, deveria ser aplicada desde a prática da conduta delitiva, porquanto esta é a pena correta para a punição daquele ato, *ab initio*.

Assim, até o advento da recente Lei 12.234, de 05 de maio de 2010, concretizada a pena na sentença, e preclusas as vias recursais para a acusação, tomava-se por termo inicial, conforme o caso, uma das hipóteses do art. 111 do Código Penal – as mesmas que dão início à prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima *in abstracto* –, considerando-se o período transcorrido até o recebimento da

denúncia, causa interruptiva do fluxo prescricional. (SOUZA, 2010, p.12).

Todavia, com o advento da Lei 12.234, publicada em 6 de maio de 2010, de autoria do deputado Antônio Carlos Biscaia, do Partido dos Trabalhadores, alterou-se o artigo 110, do Código Penal, suprimindo o seu parágrafo segundo e alterando a redação do parágrafo primeiro de forma a não permitir que a retroação da prescrição, tendo por base a pena aplicada, possa, “ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa.”

Segundo Ferrari (2010, p.4)

“de acordo com a justificativa apresentada no Projeto de Lei n. 1.383/2003, que deu origem à Lei 12.234/2010, a prática da prescrição retroativa ‘tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade’, além de ser ‘potencial causa geradora de corrupção’.”

O endurecimento da persecução penal pretendido pela Lei tem por base falsa premissa ideológica, porquanto a prescrição não é um instrumento contrário ao interesse público, e muito menos gerador de impunidade, mas instrumento de garantia da segurança jurídica, vedando a persecução criminal de um cidadão por tempo indeterminado de modo a infringir a garantia constitucional da duração razoável do processo e da celeridade processual, assegurado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Ademais, na perspectiva analisada por Hermann Herschander (2010, p.6), a prescrição possui um entrelaçamento com a pena, porquanto a utiliza como base de cálculo para seus prazos. Nessa medida, está, da mesma forma que a pena, ligada a culpabilidade do réu, uma vez que “a maior a reprovabilidade da conduta importará não apenas em imposição de pena mais severa, mas também, indiretamente, em prescrição mais dilatada.”

Dessa forma, pode-se concluir que o ordenamento jurídico busca uma proporcionalidade entre a culpabilidade, a pena e a prescrição, sendo inconstitucional a fixação de uma prescrição única para todos os agentes, da mesma forma que o seria a fixação de uma única pena.

Destarte, a vedação da aplicação da prescrição retroativa a período anterior ao recebimento da denúncia, configura uma afronta aos princípios da individualização do prazo prescricional e da igualdade, por vedar a retroação da

pena justa, igualando a situação jurídica de agentes que cometeram crimes merecedores de diferentes repressões penais, não se mantendo a proporcionalidade buscada pelo sistema penal na fase inquisitorial do procedimento penal.

Atente-se, por fim, que a malfadada Lei é fruto de um populismo punitivo motivado por reclamos sociais passionais e contingentes, capazes de gerar graves distorções no sistema vigente e ferir a dignidade do agente perseguido pela política punitiva simbólica. Segundo Claus Roxin:

a política criminal populista, ao optar pela forma de “reação simbólica”, desnaturaliza o sentido primeiro de política criminal, arte ou técnica com aptidão para delinear a estrutura reitora que constitui o sistema de direito penal a partir dos fins estabelecidos pela ciência. (*apud* WUNDERLICH, 2010, p.10).

2.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

A prescrição executória regula-se pela pena aplicada, porquanto só incidirá após o trânsito em julgado da sentença, isto é, quando não couberem mais recursos a serem interpostos pelas partes contra a decisão. Dessa forma, regula-se pela pena aplicada na sentença ou, caso tenha iniciado o cumprimento, o tempo que restar da pena, tendo como marco inicial o dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, ou, ainda, o dia que se interrompe a execução.

Declarada a extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão acusatória, não se executa a pena imposta e tampouco a medida de segurança (art. 96, parágrafo único, CP), embora subsistam os efeitos penais secundários da condenação e os efeitos civis (art. 67, II, CPP). (PRADO, 2006, p.736).

CAPÍTULO IV

PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA

1. NOÇÕES GERAIS

A prescrição pela pena em perspectiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial proposta com o objetivo de tornar mais dinâmica a prestação jurisdicional e garantir uma menor interferência nos direitos fundamentais do réu.

O instituto foi criado no final dos anos oitenta pelo extinto Tribunal de Alçada de São Paulo e, em 1987, foi defendido por Antônio Scarance Fernandes na Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal, quando questionou a viabilidade de se manter uma ação penal “natimorta”, quando patente uma futura prescrição retroativa.

Defendia-se, portanto, a possibilidade de o magistrado realizar de forma fundamentada a análise dos dados e circunstâncias do fato, a fim de verificar a possível ocorrência de uma prescrição retroativa ao final do feito, capaz de gerar a falta de interesse de agir do órgão acusador que não teria como atingir os fins pretendidos pela jurisdição penal, qual seja a condenação em uma pena exequível.

Fernando Galvão adverte que:

A questão deve ser bem entendida. A responsabilidade penal somente poderá materializar-se em condenação por meio do processo. Por outro lado, o processo é instrumento necessário para a realização da responsabilidade. A razão de ser do processo penal é a possibilidade de aplicação da pena. Não sendo possível satisfazer a pretensão punitiva, não há razão para o desenvolvimento da relação processual. Nesse sentido, é condição da ação penal o interesse de agir e esse interesse evidencia-se na utilidade do processo. Vislumbrada a possibilidade da prescrição em face do máximo de pena possível de ser aplicada, diante das circunstâncias do caso concreto, deve-se interromper a marcha processual. (ROCHA, 2004, p.1001).

2. NATUREZA JURÍDICA

Questão capaz de gerar cizânia doutrinária e jurisprudencial reside na capitulação jurídica do instituto. A compreensão equivocada de sua natureza jurídica tem levado os Tribunais Superiores a não aceitarem a sua aplicação.

Para alguns o instituto seria uma aplicação antecipada de uma futura prescrição retroativa, tendo o condão de extinguir a punibilidade do réu. Esses doutrinadores, por uma concepção equivocada passaram a chamá-la de “prescrição retroativa antecipada”. Todavia, não merece acolhida esse entendimento, porquanto a prescrição retroativa, conforme visto, pressupõe a existência de uma sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação. Ademais, nosso ordenamento jurídico não admite uma causa extintiva de punibilidade sem previsão legal.

Tendo por fundamento esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 438, afirmando que: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Ao discutir sobre o tema, os Ministros avocaram os precedentes da Corte nos quais demonstram o posicionamento adotado pelo Tribunal no sentido da inviabilidade do reconhecimento da prescrição em perspectiva, ou “antecipada”, por ausência de previsão legal, por ferir o princípio da presunção e a individualização da pena.⁷

⁷ No julgamento do RHC n. 18.569, a Sexta Turma destacou que é inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Segundo os ministros, trata-se de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (STF), por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, a ser eventualmente aplicada.

Ao analisarem o HC n. 53.349, a Quinta Turma entendeu que a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação, conforme expressa previsão legal. Portanto, não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

Todavia, o entendimento esposado pelo Egrégio Tribunal carece de rigor técnico, uma vez que não aplica de forma correta o instituto, na medida em que o confunde com a prescrição retroativa.

Na verdade, o fundamento de existência da prescrição pela pena em perspectiva é a ausência de interesse de agir do Estado, uma vez que não sendo possível alcançar o resultado pretendido pela atividade jurisdicional, perde o significado a existência da própria ação penal.

O interesse de agir, condição genérica da ação penal, se subdivide em necessidade, adequação e utilidade.

O interesse-necessidade, ao menos nas ações penais condenatórias, não provoca uma maior reflexão, porquanto para a aplicação da pena se faz necessário a judicialização da persecução penal. O interesse-adequação se resume na correlação entre a providência jurisdicional e a resolução do conflito apresentado. Já o interesse-utilidade possui relevância ímpar na análise da natureza jurídica da prescrição pela pena em perspectiva, uma vez que só haverá utilidade na pretensão deduzida quando a providência judicial puder, em tese, propiciar ao demandante a tutela dos direitos pleiteados.

Destarte, quando for possível pela análise das circunstâncias do caso, a luz do disposto no artigo 68, do Código Penal, antever uma pena, que seria aplicada caso houvesse uma condenação, diminuta e incapaz de sustentar a sua execução, em razão da aplicação de uma futura prescrição retroativa, conclui-se pela carência de ação, em razão da ausência de interesse de agir no viés da utilidade do provimento jurisdicional.

Nessa toada, não seria legítima uma persecução penal, na qual o órgão acusador já dispõe de elementos de convicção capazes de demonstrar a inviabilidade da execução da medida pretendida.

Exemplificando, imagine uma denúncia fundada no crime de lesões corporais leves (art. 129, *caput*, do Código Penal), apenado com detenção de três meses a um ano. Segundo o artigo 109, inciso V, do Código Penal, prescreve em quatro anos os crimes punidos com pena igual a um ano, ou sendo superior, não exceda a dois anos. Todavia, no curso do processo decorreu prazo superior a três anos, não capaz de gerar a prescrição abstrata, mas suficiente para gerar uma prescrição retroativa, porquanto pelas circunstâncias do caso dificilmente o agente

receberia a pena máxima prevista para o crime e sendo assim a prescrição adequada (“justa”) para o crime seria a de três anos, prevista no artigo 109, inciso VI, do Código Penal. Diante de tal fato seria uma

“unocuidade jurídica aguardar-se o decurso do período prescricional previsto para a pena máxima, se de antemão se confere a certeza que ela em hipótese alguma será aplicada e já fluiu o lapso prescricional em relação a sanção menor.” (ROMANI *apud* CHRISTOFIDIS, 2008, p.14).

Nessa medida, conclui-se que a prescrição pela pena em perspectiva possui natureza jurídica de condição da ação penal e não de causa extintiva da punibilidade.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Contra o argumento da inexistência de previsão legal do instituto, a doutrina contra-ataca argumentando que, apesar de não haver previsão expressa, a prescrição em perspectiva deve ser declarada com base na ausência do interesse de agir do Estado, porquanto não sendo possível alcançar o resultado pretendido pela atividade jurisdicional perde o significado a existência da própria ação penal. Sendo assim a nomenclatura utilizada apenas reflete o meio pelo qual se analisou a ausência de interesse de agir no viés utilidade, não possuindo relação com a sua natureza jurídica.

Na processualística penal, o conceito de interesse-utilidade está intimamente ligado a preocupação com a efetividade do processo, “de modo a ser possível afirmar que este enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade” (OLIVEIRA, 2009, p. 106) da pretensão acusatória.

Pode-se invocar, também, como fundamento do instituto o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a publicidade do processo e a possibilidade de uma condenação, já representam uma pena processual capaz de gerar estigmatização social e transtornos econômicos e sociais para o agente.

Atente-se, ainda, que os prejuízos decorrentes de uma maior morosidade do processo incidem de sobremaneira sobre o réu, perdurando como uma espada de Dâmocles sobre sua cabeça.

Para LOPES JR. (2005) “a perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.”

Indiscutivelmente a submissão da pessoa ao constrangimento de responder a uma ação penal fadada a ser extinta pela prescrição da pretensão punitiva estatal e destituída de qualquer finalidade contraria a dignidade da pessoa humana, uma vez que

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. (MACHADO *apud* CHRISTOFIDIS, 2000, p. 197).

Acresce-se, ainda, que a extinção do feito tendo por base a prescrição pela pena em perspectiva possui por fundamento a proteção ao princípio da ampla defesa, uma vez que o decurso de tempo enfraquece o suporte probatório o que torna mais difícil e precária a defesa do acusado, tornando incerta a apuração do fato delituoso.

Os princípios da economia e da celeridade processual também servem de fundamento para o instituto, porquanto evita a prática de atos desnecessários, diminuindo a sobrecarga de processo, economizando recursos e materiais, além de reduzir os danos decorrentes pelas penas processuais, analisadas no primeiro capítulo deste trabalho.

Não menos importante, o princípio da duração razoável do processo, incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45/04, que adicionou o inciso LXXVIII ao artigo 5º, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.”

Por todo o exposto, pode-se concluir que a prescrição pela pena em perspectiva possui por fundamento, conforme demonstrado no capítulo I, o princípio

do acesso à justiça, porquanto o acusado se vê preso em uma situação de instabilidade causada pelo próprio Estado que se nega a efetivar um direito humano e fundamental do acusado, isto é, a prestar a atividade jurisdicional de acordo com os desdobramentos que o princípio impõe. Podemos destacar como desdobramento do acesso à justiça o direito de ação, de defesa, de ser processado de acordo com o devido processo legal e que a prestação jurisdicional respeite a duração razoável do processo.

Cumpra, por fim analisar os argumentos contrários à aplicação da prescrição em perspectiva emitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso em *habeas corpus* número 18.569, que foi utilizado como precedente da Corte na edição da súmula 438:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.** 2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ – RHC 18.569/MG - 6ª T 25/09/2008 – DJe 13/10/2008 – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

Nas palavras de Paulo Queiroz (2010, p.436):

(...) interessando a prescrição (pouco importando a antecipada ou não) ao próprio agente, não há falar de violação à garantia da presunção de inocência, que é instituída em favor do indivíduo e não do Estado, a quem não interessa, ao menos em tese, o reconhecimento da prescrição. (...) O juiz ao reconhecê-la, deverá fazê-lo motivadamente, valendo-se de fatos, dados e circunstâncias que dão como certa a inevitabilidade da prescrição; não se baseando em dado aleatório.

Destarte, não há infringência aos princípios da presunção e da individualização da pena, uma vez que o reconhecimento da prescrição pela pena

em perspectiva impede a produção dos efeitos que poderiam advir de uma condenação, configurando uma situação jurídica favorável ao réu.

4. REFLEXOS DA LEI 12.234/10

Após a edição da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110 do Código Penal, a prescrição retroativa, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, *ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*. A ressalva final do parágrafo teve por objetivo atingir a prescrição pela pena em perspectiva, uma vez que os tribunais pátrios aplicavam o instituto, se baseando no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal⁸, rejeitando a denúncia ou queixa por não possuírem as condições para o exercício da ação penal.

Nessa medida, como a prescrição retroativa, após a edição da Lei, não pode atingir fato anterior a denúncia, não há que se falar em carência de ação por falta de interesse de agir, tendo por base a prescrição pela pena em perspectiva,

⁸ Atente-se que o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, revisado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, prevê de forma expressa a possibilidade de se rejeitar a denúncia ou queixa quando faltar interesse na ação penal, por superveniência provável de prescrição, **nos seguintes termos:**

Emenda Modificativa n.º 65

Art. 260. A denúncia ou queixa será rejeitada, quando:

I – faltar a justa causa;

II – faltar interesse na ação penal, por **superveniência provável de prescrição**; (grifo acrescentado)

III – ausentes, em exame liminar, as demais condições da ação, como a legitimação ativa e passiva e a possibilidade jurídica do pedido.

IV – estiver extinta a punibilidade;

V – for inepta;

VI – faltar a capacidade de quem a formula;

VII – existir coisa julgada ou litispendência.

§ 1º Considera-se existente a justa causa quando houver plausibilidade da acusação, lastreada em suporte probatório de autoria e materialidade delitiva.

§ 2º Considera-se inepta a denúncia ou a queixa subsidiária que não preencher os requisitos do art. 265, ou, quando da deficiência no seu cumprimento, resultar dificuldades ao exercício da ampla defesa.

§ 3º Nas hipóteses dos incisos II, IV e VII do *caput*, bem como se reconhecida a atipicidade, não poderá ser proposto novo processo.

uma vez que neste período a pena utilizada para a aferição da prescrição sempre será a pena máxima abstratamente prevista no tipo penal.

Destarte, como este era o principal foco de aplicação do instituto, muitos autores defenderam a sua extinção após a alteração legislativa, como por exemplo, Vicente Greco Filho (2010, p. 8) e Marcelo Xavier de Freitas Crespo (2010, p.8 e 9).

Todavia, a análise da possibilidade de aplicação do instituto, merece um estudo mais aprofundado sobre as condições da ação penal. Veja-se que no momento da propositura da ação penal, o órgão acusador possuirá, ao menos em relação a este requisito, as condições para o desenvolvimento da ação penal. Contudo, em razão do lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a próxima causa interruptiva da prescrição, poderá ocorrer uma carência de ação superveniente, ocasionada pelo decurso de tempo satisfatório à prescrição retroativa (fato processual superveniente).

Assim, aplicando-se a teoria da asserção, ou mesmo a teoria da exposição, deverá o magistrado reconhecer a carência de ação superveniente pondo fim ao processo sem o julgamento de mérito, uma vez que não se trata de uma causa extintiva da punibilidade. Para isso, deverá utilizar o mandamento previsto no artigo 3º do Código de Processo Penal, aplicando supletivamente as normas do Código de Processo Civil, no tocante à análise das condições da ação, à processualística penal.

Segundo o professor Fernando Galvão:

O art. 3º do CPP permite a utilização subsidiária das regras do processo civil e, no art. 267, inciso VI, do CPC, há precisão para a extinção do processo, sem julgamento do mérito, “quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. (ROCHA, 2004, p.1001).

Dessa forma, pode-se concluir que apesar de ter, a Lei 12.234/10, reduzido o âmbito de aplicação do instituto, não o extinguiu do ordenamento jurídico brasileiro, impedindo apenas a sua aplicação aos fatos anteriores ao recebimento da denúncia ou queixa, sendo, por conseguinte, plenamente possível a sua aplicação tendo em vista uma carência de ação superveniente à propositura da ação penal, porquanto, nas palavras de Nelson Nery Júnior (1986, p. 201):

As condições da ação, vale dizer, as condições para que seja proferida sentença sobre a questão de fundo (mérito), devem vir preenchidas quando da propositura da ação e devem subsistir até o momento da prolação da sentença. Presentes quando da propositura mas, eventualmente ausentes no momento da prolação da sentença, é vedado ao juiz pronunciar-se sobre o mérito, já que o autor não tem mais direito de ver a lide decidida.

Destarte, verificada a superveniência de uma carência de ação, decorrente do desaparecimento do interesse de agir do Estado, deverá o magistrado utilizando a expressa disposição constante do art. 3º do Código de Processo Penal, aplicar de forma analógica o art. 267, inciso VI, do CPC, possibilitando-se, assim, o trancamento da ação penal, hipótese que justifica, inclusive, a concessão *ex officio* de *habeas corpus*⁹.

⁹ “De nenhum efeito a persecução penal com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. **Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de habeas corpus para trancar a ação penal.**” (TACRIM-SP – HC – Rel. Sérgio Carvalhosa – RT 669/315).

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais nasceram, no estado liberal, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Dessa forma, no estado abstencionista o direito ao acesso à justiça significava essencialmente o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.

Contudo, diante das distorções criadas pelo sistema que afastavam a “pobreza no sentido legal” (CAPPELLETTI, 1988, p. 9) da utilização plena da justiça, tornou-se indispensável a criação meios para garantir a efetividade dos direitos garantidos constitucionalmente.

Destarte, o princípio da duração razoável do processo surge como uma obrigação imposta ao Estado de reduzir a morosidade processual e reduzir os transtornos gerados pelo processo penal, porquanto a perpetuação do processo, além do tempo necessário para assegurar os direitos fundamentais, causa ao réu transtornos econômicos, sociais e psicológicos advindos da “pena-processo” (LOPES JR., 2005).

No plano infraconstitucional, a prescrição pela pena em perspectiva pode ser vista como instrumento hábil a garantir a duração razoável do processo. Neste prisma, defende-se a possibilidade de sua aplicação nos casos em que, de forma fundamentada, seja possível a análise das circunstâncias do crime, a fim de verificar a ocorrência de uma futura prescrição retroativa, capaz de gerar a falta de interesse de agir do órgão acusador, porquanto este não conseguirá executar a pena fixada ao final, em razão da extinção da punibilidade.

Nessa toada, com o objetivo de evitar a prática de atos inúteis e passíveis de causar gravames ao patrimônio jurídico do réu, deve o magistrado, consoante ao artigo 3º, do Código de Processo Penal, aplicar o disposto no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguindo o feito pela carência de ação.

Assim, mesmo após a edição da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, a prescrição pela pena em perspectiva continua sendo prevista no ordenamento

jurídico brasileiro, tendo, entretanto, que respeitar a restrição imposta pela alteração legislativa.

Atente-se, por fim, que de *lege ferenda*, o anteprojeto do Código de Processo penal, prevê de forma expressa, em seu artigo 260, inciso II, a possibilidade de se extinguir o feito quando ausente o interesse na ação penal, por superveniência provável de prescrição, não podendo neste caso ser proposta nova ação, consoante a determinação do parágrafo terceiro do artigo citado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. rev. ampl. atual. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Douglas Santos. **Lei 12.234/2010 sob a perspectiva penal-constitucional**: ineficácia parcial decorrente da exigência de congruência normativa. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10427#>. Acesso em: 22 de setembro de 2010.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, vol.1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Novas regras sobre a prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/2010**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 06-07, jun., 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.004**, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacao-1-pe.html>. Acesso em: 12 de novembro de 2010.

BRASIL. **Lei nº 6.016**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1973/6016.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2010.

BRASIL. **Lei nº 6.416**, de 24 de maio de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm. Acesso em: 12 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 53349**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600182080&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 18 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC Nº 18.569 - MG**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501808075&dt_publicacao=13/10/2008. Acesso em: 18 de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 146**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000146&base=baseSumulas>. Acesso em: 12 de novembro de 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, volume 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Primeiras observações sobre a Lei 12.234/2010 e a súmula 438 do STJ**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 08-09, jun., 2010.

CHRISTOFIDIS, Juliana Farias de Alencar. **Prescrição em Perspectiva: Uma Interpretação Sistemática do Ordenamento Jurídico**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Penal), Universidade Cândido Mendes, Brasília, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**, volume 1. 10. ed. Salvador: jusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume 2. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERAJOLI, Luigi. **A Teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal, entrevista concedida a Fauzi Choukr, em 14.12.1997, em Roma**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 7, n. 77, abril 1999.

FERRARI, Eduardo Reale. FLORENCIO, Heidi Rosa. **A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 01-02, jul., 2010.

FRANCO, Alberto Silva ; STOCO, Rui (Org.). **Código Penal e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GREGO FILHO, Vicente. **A morte da prescrição retroativa virtual**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 08, jun., 2010.

HERSCHANDER, Hermann. **Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 01-02, jul., 2010.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LOPES JR., Aury. **A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 13, n. 152, jul. 2005.

_____. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em: 24 setembro de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 24 setembro de 2010.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: parte geral, volume 1.** 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Condições da ação - Necessidade de subsistência até o momento de prolação da sentença - Cônjuge que requer a interdição da mulher - Superveniência da separação judicial - Processo extinto sem julgamento de mérito por ilegitimidade de parte.** Revista de Processo, São Paulo, v. 42, p. 200-204, 1986.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** 4. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2009.

PACHECO, Cláudia Ferreira. **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo penal).**

Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br>>. Acesso em: 17 de novembro de 2010.

PICININ, Juliana Almeida. **Notas sobre a teoria da asserção**. Disponível em: <http://www.acarvalho.com.br/site/internas/automacao/Arquivos/artigos/notas_sobre_a_teorica_da_assercao.doc>. Acesso em: 23 de setembro de 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, vol. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. **Extinção da prescrição retroativa anterior ao recebimento de denúncia**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 10-11, jun., 2010.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**: normas e técnicas. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. **A Lei 12.234/2010 e a nova regulação da prescrição penal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 11-12, ago., 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. 12. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Condições da Ação**: Momento de Verificação. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.24309>>. Acesso em: 23 de setembro 2010.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Reformas Legislativas e Populismo Punitivo**: é possível controlar a sedução pelo poder penal?. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 214, p. 10-11, setembro, 2010.