

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RICARDO DANTAS ALENCAR FILHO

**PRESCRIÇÃO ANTECIPADA NO DIREITO PENAL E A MÁXIMA DA PROPORCI-
ONALIDADE**

NATAL/RN

2016

RICARDO DANTAS ALENCAR FILHO

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA NO DIREITO PENAL E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresenta ao Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI/RN, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Sandresson Menezes

NATAL/RN

2016

RICARDO DANTAS ALENCAR FILHO

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA NO DIREITO PENAL E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresenta ao Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI/RN, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Monografia aprovada em: ____/____/____

Ricardo Dantas Alencar Filho

Prof. Sandresson de Menezes
Orientador

Prof^a. Nelisse Josino
Examinadora Titular

Prof. João Batista
Examinador Titular

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a problemática sobre o instituto da Prescrição Antecipada, sob o enfoque das garantias constitucionais, aferindo o momento em que o Estado, na persecução penal, deixa de agir legitimamente, caracterizando uma possível forma de abuso. Nesse desiderato, a teoria dos princípios de Robert Alexy, por intermédio da Máxima da Proporcionalidade, foi a ferramenta jurídica eleita para análise da controvérsia objeto deste trabalho, uma vez que propõe a análise de condições fáticas e jurídicas dos conflitos principiológicos. Desta forma, com o fito de identificar os princípios em conflito no caso em tela, foi utilizada a Teoria dos Procedentes Judiciais, inovação que ganhou destaque em nosso ordenamento jurídico com o Código de Processo Civil de 2015. Nesse passo, para identificar a razão que sustenta a proibição ao instituto, foram analisados os precedentes que deram origem à Súmula 438 do STJ. Em contraponto, foi analisada a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, buscando seu delineamento concreto, já que, por se tratar de preceito abstrato, necessita da investigação dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Finalmente, com a definição dos princípios conflitantes, foi realizada análise através da Máxima da Proporcionalidade e suas Máximas Parciais, com o fito de identificar a medida a ser privilegiada em face no nosso atual sistema jurídico constitucional, tendo como objetivo a aplicação e interpretação do Direito Penal e Processual Penal enquanto partes de uma unidade sistêmica de normas à luz da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Prescrição Antecipada. Máxima da Proporcionalidade. Abuso estatal.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the problem of the Anticipated Prescription Institute, under the guideline of constitutional guarantees, assessing the moment when the State, in criminal prosecution, ceases to act legitimately, characterizing a possible form of abuse. In this respect, Robert Alexy's theory of principles, through the Proportionality Maxim, was the legal tool chosen for the analysis of the controversy object of this work, since it proposes the analysis of factual and legal conditions of the principles conflicts. In this way, in order to identify the conflicting principles in the case in hand, the Theory of Judicial Proceedings was used, an innovation that was highlighted in our legal system with the Code of Civil Procedure of 2015. In this step, to identify the reason that supports the prohibition to the institute, we analyzed the precedents that gave rise to Precedent 438 of the STJ. In contrast, the Dignity of the Human Person, the foundation of the Federative Republic of Brazil, was analyzed, seeking its concrete delineation, since, as it is an abstract precept, it needs to investigate the fundamental rights involved in the concrete case. Finally, with the definition of the conflicting principles, an analysis was carried out through the Proportionality Maxim and its Partial Maxims, with the purpose of identifying the measure to be privileged in face in our current constitutional legal system, aiming at the application and interpretation of Law Criminal and Criminal Procedures as part of a systemic unit of norms in the light of the Federal Constitution.

Keywords: Anticipated Prescription. Proportionality Maxim. State abuse

Dedico a Deus pela força e coragem, assim como aos familiares e amigos que me deram suporte no decorrer desta longa jornada.

A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta. (Rui Barbosa).

SÚMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PODER PUNITIVO ESTATAL E SUAS CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	12
1.1. CONTEXTO HISTÓRICO E PRESSUPOSTOS	12
1.2. O PROCESSO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE GARANTIA.....	14
1.3. CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	16
2. DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO	19
2.1. BREVE HISTÓRICO.....	19
2.2. CONCEITUAÇÃO	19
2.3. FUNDAMENTOS E TEORIAS	20
2.4. NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO	22
2.5. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO	23
2.5.1. Prescrição da Pretensão Punitiva.....	23
2.5.2. Prescrição da Pretensão Punitiva Propriamente Dita ou Prescrição em Abstrato	24
2.5.3. Prescrição da Pretensão Punitiva Superveniente ou Intercorrente.....	24
2.5.4. Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa	25
2.5.5. Prescrição da Pretensão Executória	25
2.5.6. Prescrição Antecipada	26
2.6. MOMENTO PARA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO	26
2.7. REDUÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS	27
3. A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	28
3.1. IDENTIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS COLIDENTES	28
3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	29
3.2.1. Duração Razoável Do Processo	31
3.2.2. Dano Causado pelo Processo e sua Dilação Indevida	31
3.2.3. Interesse de Agir.....	33
3.2.4. Ônus da Demora.....	35
3.3. SÚMULA 438 DO STJ E A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	36
3.3.1. Métodos de Identificação do Precedentes	38
3.3.3. Conteúdo Jurídico do Princípio da Legalidade	45
3.4. TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY	49
3.5. MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	51
3.6. ANÁLISE DAS MÁXIMAS PARCIAIS.....	52
3.6.1. Da Adequação	52

3.6.2. Da Necessidade	53
3.6.3. Da Proporcionalidade em Sentido Estrito	54
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

A superinflação do sistema judiciário, somada à sua maneira historicamente lenta de conceder a tutela jurisdicional é tema dos mais relevantes na atualidade do nosso sistema jurídico.

O Código de Processo Civil de 2015, na sua recente elaboração, teve como um de seus elementos norteadores a busca por soluções no combater o excesso da demora na prestação jurisdicional, assim como a preocupação no desafogamento do judiciário.

Ocorre que, com o desenvolvimento tecnológico e o acesso à informação, tornam o cidadão mais consciente de seus direitos, gerando uma demanda crescente, sem, porém, haverem adequações quanto às burocracias do maquinário estatal, gerando a colisão entre a grande de demanda e o número insuficiente no efetivo do judiciário, como também com mecanismos ultrapassados e engessados que não atendem de maneira eficiente a nossa atual realidade.

No aspecto penal, a morosidade no desenvolvimento da persecução do crime termina por gerar consequências mais danosas. Nesse sentido, recai sobre o Estado a responsabilidade pela *persecutio*, uma vez que possui a prerrogativa do exercício do Poder de Polícia, na busca da ordem social.

Ainda se torna mais necessário uma investigação célere e uma prestação jurisdicional efetiva quando em face dos bens jurídicos tutelados, sob pena de restarem violados os princípios que norteiam o nosso sistema jurídico, assim como a inevitável fragilidade gerada nos motivos e fundamentos que amparam a aplicação da pena.

São corriqueiros os casos na demora excessiva na prestação jurisdicional, até mesmo havendo privação da liberdade, suportando a parte mais fraca o ônus da ineficiência de um sistema pautado em regras para uma sociedade que, definitivamente, não é mais a mesma.

Desta forma, recai sobre o cidadão o prejuízo e os efeitos perniciosos de uma atuação ineficiente, suportando os efeitos da persecução penal antes mesmo de serem julgado em definitivo.

Com efeito, identificam-se problemas de ordem prática, social e psicológico, gerados pela prestação da justiça tardia, ensejando a reflexão sobre as funções da pena, que passaria a assumir caráter unicamente retributivo.

É indiscutível que uma prestação jurisdicional mais efetiva traria mais segurança e prestígio para a justiça do nosso país, e ainda garantindo a proteção de outros direitos, como a razoável duração do processo.

Deste modo, constituindo a razoável duração do processo uma garantia constitucional preconizada pela Constituição Federal de 1988, seu desrespeito, de forma sistemática e reiterada, sobretudo na esfera penal, é suscetível de privar o cidadão de variados direitos, destacadamente a presunção de inocência, o devido processo legal, a própria jurisdicionalidade, assim como o direito de defesa, que podem ser englobados no fundamento da Dignidade da Pessoa Humana.

Por isso, é dever do Estado criar os mecanismos que promovam a sua atuação em conformidade com as garantias constitucionais, principalmente no processamento de demandas com caráter protelatório e insuscetíveis de êxito, possibilitando, desta maneira, o processamento de demandas com potencialidade real de efetivação, promovendo, assim, o empenho de esforços na busca por uma justiça efetiva.

A impossibilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado não gera danos apenas ao acusado, como também para toda a sociedade. Ocorre que, não é concebível a manutenção por tempo indeterminado do acusado sob a ingerência do Estado, sob pena de haver inaceitável insegurança jurídica. Nesse sentido, estaria sendo violado a base fundante de nosso ordenamento, qual seja, o Estado Democrático de Direito, em que não obstante a soberania estatal, encontra-se limitado pelos direitos e garantias fundamentais.

É sob esse entendimento que o transcorrer do tempo é suscetível ensejar a prescrição penal, categorizada como uma forma de extinção do direito de punir em decorrência do decurso de determinado lapso temporal predefinido em lei para interposição da ação penal ou para executar a pena que fora imposta.

Sob esse prisma, prevalece o entendimento de que após transcorrido certo lapso de tempo não haveria mais interesse social, que pode ser interpretado como interesse de agir, que constitui uma condição da ação.

Não se deve confundir esta garantia fundamental, que tem como escopo a proteção contra a insegurança jurídica, com alguma espécie de mecanismo de proteção ao infrator.

Com efeito, é dever do Estado propiciar a atuação da justiça de modo a garantir a adequada tutela jurisdicional, em tempo razoável, já que o Processo Penal moderno visto como uma garantia de proteção ao cidadão, passaria a ter caráter exclusivamente sancionador.

Uma vez consumada a prescrição penal, o juiz extinguirá o processo sem resolução de mérito. De outro modo, ainda que havendo condenação, se for constatado posteriormente a ocorrência da prescrição, caberá a revisão criminal em benefício do acusado, por se tratar de matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida a qualquer momento.

Dentre as variadas espécies de prescrição existentes em nosso ordenamento, a prescrição antecipada, em perspectiva, ficta ou virtual, que é aquela com capacidade para identificar os processos fadados à declaração da extinção da punibilidade, não é aceita pela nossa jurisprudência.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é analisar o instituto da prescrição antecipada, confrontando as garantias violadas que constituem a Dignidade da Pessoa Humana e o fundamento jurídico que veda a sua aplicação, qual seja o Princípio da Legalidade.

Para tanto, foi eleita a Máxima da Proporcionalidade, preconizada por Robert Alexy, que constitui ferramenta jurídica que tem por fito a resolução de conflitos entre princípios enquanto mandados de otimização.

Nesse passo, o primeiro capítulo versa sobre o poder punitivo estatal, o processo penal enquanto uma garantia do cidadão e as formas de extinção da punibilidade.

Ato contínuo, no segundo capítulo são apresentados o conceito da prescrição penal, a natureza jurídica, espécies e seus fundamentos teóricos.

Por fim, é realizado o confronto entre os princípios através da Máxima da proporcionalidade, com base nos elementos que rodeiam o contexto fático e jurídico do instituto da prescrição antecipada.

1. PODER PUNITIVO ESTATAL E SUAS CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO E PRESSUPOSTOS

Preliminarmente, necessário se faz a análise dos aspectos que permeiam o poder-dever do Estado de punir e executar a punição imposta, haja vista a prescrição ter por escopo a eliminação dessa prerrogativa em face do transcorrer do tempo.

Ocorre que com o dano a bens jurídicos tutelados pela norma penal, incidindo-se na tipificação prevista em lei, surge para o Estado o poder-dever de exercer o *jus puniendi*, ao passo que ao autor delitivo caberá a obrigação submeter-se aos mecanismos de aplicação do direito, qual seja, o processo penal. Nessa toada, com a prática do delito, o direito de punir do Estado, que era abstrato, transforma-se em concreto, formando-se a relação jurídico-punitiva. (JESUS, 2013, pag. 764)

O poder punitivo encontra-se consubstanciado em duas perspectivas que se complementam, quais sejam, a norma positivada, fruto da atividade legiferante do Estado, de outro lado, através da atuação do Estado-Juiz com a subsunção do fato à norma, de modo a adequar a aplicação da pena. Desta forma, o Direito não é apenas o direito legislado, mas também o direito aplicado, excluindo a autonomia absoluta das leis, que na sua aplicação recebem aporte intelectual e volitivo do intérprete. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 123)

Desta feita, o Estado atua concretizando o dever de punir através de sua tripartição de funções, de modo que o Legislativo atuará em função normativa criativa por excelência, enquanto o Judiciário adequará a pena ao crime cometido, e por fim, o Executivo dará aplicabilidade na execução da sanção imposta.

Deve-se ter em mente, todavia, que a estrutura fundamental que possibilita essa sistematização na atuação estatal está pautada no Estado de Direito, que é garantia primeira do cidadão contra eventuais arbitrariedades. Portanto, o Estado

deve ter sua atuação ampara na moldura de normas e princípios constitucionais, que constituem pressupostos básicos de legitimação do exercício estatal.

Nesse sentido, em uma percepção histórica, dessume-se que esse paradigma é uma recente evolução, fruto de longo desenvolvimento, uma vez que a história do Direito Penal se confunde com a própria história da humanidade, que ao passar a viver em sociedade desenvolveu a ideia de punição decorrente da prática de atos atentatórios contra indivíduos ou ao próprio grupo social. Todavia essa punição não era originária de leis formais, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça, e também com a finalidade de preservar o próprio corpo social. (GRECO, 2015, pag. 16)

Nesse sentido, Rogério Greco citando Magalhães Noronha:

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve-se advertir que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado (NORONHA, 1980, apud GRECO, 2015, pag. 16)

Ilustra Luís Roberto Barroso (2015) que no princípio prevalecia a força, cada um por si. Depois vieram as famílias, as tribos, a sociedade primitiva, com mitos e deuses. Os líderes religiosos tornaram-se chefes absolutos. A antiguidade pré-bíblica na época dos sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. As surgem inicialmente morais e somente depois jurídicas. As regras de conduta passam então a reprimirem os instintos, a barbáries, disciplinando as relações interpessoais e a propriedade, dando início ao processo civilizatório.

Somente com a pós-modernidade o Estado passou a exercer o poder punitivo em caráter exclusivo, de forma que o Estado de Direito apresenta sua primeira configuração nos Estados Constitucionais no modelo de Estado Liberal do século XIX, pautado na liberdade do indivíduo, com inteira primazia sobre considerações de interesses mais gerais. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 9)

Entretanto, a limitação do Poder Público nos limites da lei se mostraram ainda insuficientes no propósito de conter os abusos na atuação estatal, uma vez que não

bastava ter a lei como aspecto limitador, mas necessário também que as leis tenham conteúdo pautado em um senso de justiça, de maneira que a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido do pós-positivismo, havendo uma redefinição das relações entre valores, princípios, regras, referentes à denominada nova hermenêutica. (BARROSO, 2015, pag. 276)

Com o resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle de poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política, destaca-se o valor normativo supremo da Constituição. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O que cenário atual é caracterizado pela supremacia constitucional, que subordina todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos de controle de constitucionalidade. (MENDES, 2015, pag. 53)

Portanto, a atuação Estatal, para ser considerada legítima, deve ser efetivada à luz do arcabouço principiológico que norteia o nosso sistema jurídico.

1.2. O PROCESSO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE GARANTIA

Na modernidade, a função do Estado através do Processo Penal tem por objetivo precípuo a função da jurisdicionalidade, enquanto necessidade da observância do Estado Democrático de direito, como forma de efetivação de garantias constitucionais. Constitui segurança ao cidadão, de modo que ao cair na malhas do Direito Penal, serão a ele garantidos todos os instrumentos de proteção contra as arbitrariedades estatais. (RANGEL, 2012)

Nesse passo, ensina Aury Lopes Jr. (2016) que o processo não pode mais ser como um mero instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido, não devendo se confundir, todavia, o respeito às garantias fundamentais com a impunidade.

A proteção do cidadão na esfera dos processos estatais é o que diferencia um regime democrático de um regime totalitário, de modo que, para Norberto Bobbio:

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (rule of law). (BOBBIO, 1999 apud, LIMA, 2015, pag. 38)

Ensina Guilherme de Souza Nucci (2016), em comentários ao Código de Processo Penal, que a evolução das ideias e o engajamento da ciência penal em outras trilhas, mais ligadas aos direitos e garantias fundamentais, vêm permitindo a construção de um sistema de normas penais e processuais penais com preocupação não apenas com a punição, mas, sobretudo, com a proteção ao indivíduo em face de eventuais abusos do Estado.

Para Rogério Lauria Tucci, citado por Gabriel Divan (2015), a própria ideia de processo penal advém da necessidade de equiparar os lugares de fala do Estado com o do acusado, que, já tem sua suposta conduta incursa em uma lei eminentemente punitiva e repressora e que agora vai ter uma proteção contra o abuso das faculdades punitivas estatais:

Esse, sem dúvida, é o motivo de destaque dado ao processo penal como instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral: consubstancia-se ele, com efeito, num precípua direito, não do autor, mas do réu, interessado, que este é, em defender sua "liberdade jurídica", mediante a jurisdição que testa a legalidade da ação do acusador. Por isso há quem chegue a asseverar, até, que, enquanto o Código Penal é o diploma do delinquente, o Código de Processo Penal é o estatuto do inocente. (TUCCI, 2003, apud, DIVAN, 2015, pag. 120/121)

Em arremate, observa-se que o grande dilema do Processo Penal é que há de um lado a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, enquanto do outro, a busca por um sistema criminal mais operante e eficiente. Deve-se buscar, portanto um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutória para a segurança da coletividade. (LIMA, 2015, pag. 38)

1.3. CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O Estado possui o poder-dever exclusivo para aplicar e fazer cumprir a pena imposta. Não obstante, essa prerrogativa encontra limitações nas chamadas causas extintivas da punibilidade.

No escólio de Guilherme Souza Nucci (2016), a extinção da punibilidade é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei.

Nesse sentido, o Código Penal estabelece que se extingue a punibilidade: pela morte do agente, pela anistia, graça ou indulto; pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, pela prescrição, decadência ou preempção, pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada, pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite, pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Extingue-se a punibilidade pela morte do agente em decorrência do princípio *mors omnia solvit*, no entendimento de que a morte tudo paga, e do princípio constitucional da personalidade da pena, impondo que a sanção penal não passará da pessoa do condenado, nos termos do art. 5º, XLV, CF/88. (SANCHES, 2015, pag. 300)

Sobre a anistia, graça e indulto, Giuseppe Maggiore, ensina que:

[...] uma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a *indulgência do príncipe*, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto e a graça. A *indulgentia principis* se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça

(*supplementum iustitiae*), quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais, fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como ótimo meio de pacificação social, depois períodos turbulentos que transformam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos. (MAGGIORE, 1971, apud GRECO, 2015, pag. 785)

Nesse passo, a Anistia seria o esquecimento jurídico de uma ou mais infrações penais, de forma que deve ser concedida em casos excepcionais, para controlar as relações sociais. É aplicada, via de regra, aos crimes políticos, sendo denominada de anistia especial, todavia não impede que incida sobre crimes comuns, caracterizando a chamada anistia comum. Será vedada, porém, na prática dos crimes de tortura, tráfico, terrorismo e aqueles crimes definidos como hediondos. (JESUS, 2013, pag. 737)

A Graça, na doutrina de GUILHERME SOUZA NUCCI (2016), é uma clemência dirigida à pessoa determinada, não se referindo a fatos criminosos. Concretiza-se através de perdão concedido pelo Presidente da República, a partir de sua análise sobre a oportunidade e conveniência da medida, não podendo ser objeto de recurso. Já o Indulto, é a clemência destinada a uma coletividade de agentes, com base na duração da pena aplicada, de maneira que será possível a exigência de requisitos subjetivos e objetivos para que o condenado tenha direito ao benefício.

A Abolitio Criminis, na lição de LUIZ REGIS PRADO (2010), ocorre quando lei posterior não mais tipifica como delito o fato anteriormente previsto como ilícito penal, de modo que com o advento de *novatio legis* a conduta perde seu caráter ilícito, afastando completamente os efeitos penais da condenação, todavia, persistindo os efeitos civis.

A Prescrição, conforme ensina CELSO DELMANTO (2002) é a perda do poder de punir do Estado, causada pelo decurso do tempo fixado em lei, de maneira que enquanto não transgredida a norma penal o direito de punir do Estado será abstrato, ao passo que ao incidir no tipo penal, com efetiva violação da norma, o poder de punir torna-se concreto.

A Decadência ocorre quando a vítima ou seu representante legal perde o direito de queixa ou de representação em decorrência do decurso de um certo lapso temporal, nesse sentido o art. 103 do Código Penal dispõe que salvo disposição em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não exerce

dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, para as ações públicas subsidiárias, quando configurada a inércia do Ministério Público.

A Perempção é instituto jurídico que se aplica às ações penais privadas propriamente ditas ou personalíssimas, não aplicável na pública, consistindo numa espécie de sanção jurídica imposta ao querelante por sua inércia, negligência ou contumácia, acarretando a perda do direito de prosseguir na ação, só podendo ser reconhecida após a propositura da queixa. (GRECO, 2015, pag. 789)

A Renúncia, nas ações penais privadas em que o objeto ou conteúdo do processo é disponível, tanto pode o ofendido desistir da punição do fato antes de ir a juízo, como será possível depois de exercido o direito de ação, não havendo qualquer juízo sobre requisitos para a renúncia, podendo o particular efetiva-la expressa ou tacitamente. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 638)

O Perdão do ofendido é o ato que, iniciada a ação, a vítima ou seu representante legal desiste de seu prosseguimento, só tendo guarida exclusivamente privada, uma vez que na ação subsidiária da pública a desistência do ofendido em prosseguir com o processo não tem o condão de extinguir a punibilidade, uma vez que o Ministério Público deverá dar continuidade em face do princípio da indisponibilidade da ação penal pública. (JESUS, 205, pag. 743)

Já o Perdão judicial, para CEZAR ROBERTO BITENCOURT (2012), é o instituto que permite o juiz deixar de aplicar a pena quando na presença de circunstâncias específicas expressamente determinadas. Entende o autor que não se trata de mero benefício, mas sim um direito público subjetivo de liberdade do indivíduo, de maneira que preenchidos os requisitos legais o juiz estará obrigado a conceder o perdão.

2. DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

2.1. BREVE HISTÓRICO

Embora haja divergência a respeito do momento histórico do surgimento da prescrição, é majoritário o entendimento de que a edição deste instituto ocorreu em 17 ou 18 a.C., com fundamento na doutrina de Mara Regina Trippo, tratando-se da prescrição da pretensão punitiva, pois a prescrição da pretensão executória somente viria a aparecer na França, em 1791. (SANTOS, 2010, pag. 34)

No Brasil, com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal de 1832, o nosso Direito Penal pátrio passou a incorporar a prescrição da pretensão punitiva. Já a prescrição da condenação somente foi acolhida em 1890 com o Decreto nº 774. Ademais, não existem elementos que apontem a existência da prescrição nas Ordenações Afonsinas de 1446 ou Manoelinas de 1521. (SANTOS, 2010, pag. 35)

Hodiernamente a prescrição é a regra em nosso país, salvo nos casos de imprescritibilidade previstos na Constituição Federal de 1988 e pelos tratados e convenção internacionais incorporados pelo nosso ordenamento jurídico. (SANTOS, 2010, pag. 35)

2.2. CONCEITUAÇÃO

A prescrição pode ser conceituada como o instituto jurídico através do qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade. (GRECO, 2015, pag. 803)

Nesse passo, nos termos do art. 107, IV, do CP, a prescrição constitui causa de extinção da punibilidade, fazendo desaparecer o direito de o Estado exercer o *jus perseguendi in judicio* ou *jus punitiois*, subsistindo o crime em todos os seus requisitos, de modo que se a prescrição ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não subsiste os efeitos secundários da sentença condenatória, como a exemplo da reincidência, ao passo que ocorrendo após o trânsito em julgado subsistirá tais efeitos, embora não possa mais ser aplicada a pena imposta. (JESUS, 2013, pag. 763/764)

A prescrição também pode ser traduzida na impossibilidade de se ajuizar a pretensão punitiva, constituindo perda da ação, que constitui dever do Estado, em face da escolha pela obrigatoriedade da ação penal público, caracterizando, por isso, o descumprimento de um dever do Poder Público, que deixa decorrer *in albis* o prazo máximo previsto em lei para propositura da ação. (PACELLI, 2015, pag. 574)

2.3. FUNDAMENTOS E TEORIAS

Segundo a Teoria do Esquecimento, o fluir do tempo provoca o esquecimento da sociedade acerca do crime, e, com isso, deixa de existir o interesse social na punição do delinquente, assim como na busca da pacificação social, haja vista o tempo já ter cicatrizado as feridas causadas pelo delito, tornando-se desnecessárias a punição após certo lapso temporal. Do mesmo modo, argumenta-se a existência de uma piedade geral através de um processo de vitimização após longa ação do tempo. (SANTOS, 2011, pag. 38)

A Teoria da Expição fundamenta-se na ideia de que o longo desenvolvimento da investigação ou do processo criminal provoca no réu profunda angústia decorrente da reflexão sobre o delito, nesse sentido, complementa Aloysio de Carvalho Filho:

Ainda que a situação de insegurança pessoa, admitamos, mesmo, de intranquilidade, em que vive o criminoso, enquanto corre a prescrição, esteja longe de igualar, como sofrimento à pena – porque, afinal, antes a liberdade sob riscos ou temores –, é indiscutível que o Estado, retardando ou descuidando o exercício da função punitiva, não tem o direito de alongar aquela situação, como seria, indefinidamente, se lhe não fôra imposto um termo legal, pela prescrição. (CARVALHO FILHO, 1958, apud SANTOS, 2011, pag. 44)

A Teoria da Emenda assemelha-se à teoria anterior no sentido da existência de um arrependimento moral, quando constatado, pelo decurso de determinado período de tempo, que o autor do delito não mais demonstre periculosidade, principalmente através da ausência de eventual recidiva. (SANTOS, 2011, pag. 45)

A Teoria Psicológica parte da premissa de que o homem é modificado pela sua estrutura psíquica com o decorrer do tempo, de modo que no momento do crime, seria uma pessoa, e após determinado período, ao se aplicar a pena, internamente já se trataria de alguém “diferente”. (SANTOS, 2011, pag. 48)

Nesse passo, para Zaffaroni e Pierangeli:

Na nossa maneira de ver – e de conformidade com a teoria da prevenção especial, pela qual nos inclinamos –, cremos que a razão fundamental da prescrição está em “não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito” (Shultz), como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão e execução. Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2007, apud SANTOS, 2011, pag. 48)

A Teoria das Provas ou Dispersão diz respeito à dificuldade probante depois de decorrido determinado tempo, de forma que por uma presunção de não confiabilidade nos depoimentos de testemunhas e vítimas, deveria ser extinta a punibilidade do acuso do crime após determinado lapso temporal. (SANTOS, 2011, pag. 49)

Nesse passo, assevera Mara Trippo que:

A justiça célere é exigida não só pelo princípio da economia processual, como também pelas garantias processuais: devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Quanto maior a distância do fato, mais difícil à Promotoria de Justiça e, mais ainda, ao réu (em regra, sem recursos) comprovarem a suas teses e refutarem os argumentos opostos, pelo que maior será a distância entre a verdade e o teor da sentença, maior a probabilidade de erros judiciais. (TRIPPO, 2004, apud SANTOS, 2011, pag. 49)

A Teoria da Presunção da Ineficiência do Estado fundamenta-se a prescrição pela negligências dos agentes públicos incumbidos do *jus perseguendi*, vale dizer, dos policiais e membros do Ministério Público. (SANTOS, 2011, pag. 53)

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, depreende-se que:

(...) inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não-observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A prestação jurisdicional tardia, salvo em crimes de maior gravidade, não atinge o fim da jurisdição: a justiça. Não há interesse social nem legitimidade política em deixar o criminoso indefinidamente sujeito a um processo ou a uma pena. (BITENCOURT, 2008, apud SANTOS, 2011, pag. 53)

A Teoria da Exclusão do Ilícito ou da Extinção dos Efeitos Antijurídicos é o entendimento de que o decurso do tempo faz com que determinado bens jurídicos, vale dizer, as condutas tidas como infrações penais, percam a relevância e passem a ser tolerados no ordenamento jurídico, especialmente com a absoluta cessação dos efeitos da condenação, depois de haver transcorrido um prolongado espaço de tempo desde a expiação da pena, de modo que o tempo teria a capacidade de eliminar a ilicitude material da infração. (SANTOS, 2011, pag. 55)

2.4. NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

Ainda hoje a natureza jurídica da prescrição é objeto de discussão, isto é, se representa instituto jurídico de natureza penal, processual penal ou mista, para Cezar Roberto Bitencourt, citado por Rogério Greco, a prescrição constitui instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia de seu início. (GRECO, 2015, pag. 804)

Nesse sentido, explica Damásio de Jesus que parte da doutrina entende que a prescrição tem natureza mista, pertencendo ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, de modo que sob o aspecto material, o Estado, diante do decurso do tempo, não tem mais razões para aplicar ao fato o Direito Penal objetivo, extinguindo-se a exigência de punição. E pela perspectiva processual, a passagem do tempo faz com que a produção das provas se dilua e surja a possibilidade de sentenças injustas, impedindo, por isso, a iniciativa da persecução penal. (JESUS, 2013, pag. 764)

Conclui o autor que, o instituto deve ser entendido como de natureza exclusivamente penal, haja vista estar disciplinado no Código Penal, de modo que o im-

pedimento da persecução penal que dela deve decorrer configura simples efeitos de natureza processual penal, assim como acontece com outras causas, como a anistia, a renúncia do direito de queixa, a reparação do dano no peculato culposos etc. (JESUS, 2013, pag. 764)

2.5. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

A legislação penal prevê duas espécies de prescrição, quais sejam: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

Com o reconhecimento da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar seu título executivo judicial, mesmo proferindo decreto condenatório, não terá o condão de gerar executividade. De outro modo tal decisão não servirá para configurar a reincidência e maus antecedentes, ou seja, há a supressão dos efeitos principais e acessórios, uma vez que não faz coisa julgada material. (GRECO, 2015, pag. 805)

Por outro lado, a prescrição da pretensão executória, somente restará perdido o direito de executar a condenação imposta, de modo que o título executório formado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória poderá ser executado pela vítima, e ainda servirá, a sentença, para efeitos de reincidência e maus antecedentes. (GRECO, 2015, pag. 805)

2.5.1. Prescrição da Pretensão Punitiva

O estado com o dever de buscar a punição do delinquente, deve estabelecer até quando está punição lhe interessa, de modo que não se admite uma eternização do direito de punir. Nesse sentido, por não haver certeza do quantum da pena a ser fixada na sentença, o prazo prescricional será o resultado da combinação da pena máxima prevista abstratamente no tipo imputado ao agente e a escala do art. 109 do Código Penal. (SANCHES, 2016, pag. 320/321)

Nesse trilhar, a pretensão é punitiva quando o Estado ainda não obteve o reconhecimento judicial da responsabilidade penal, isto é, quando o Estado se encon-

tra ainda na fase de investigação preliminar ou da acusação em juízo. Nesse sentido, o prazo estipulado para descoberta do crime, a identificação dos autores, a imputação do fato na ação penal e a condenação dos réus, todos eles, dizem respeito à pretensão punitiva. (PACELLI e CALEGARI, 2015, pag. 576)

Por último, também pode ser denominada de “prescrição da ação”, por ser reconhecida pela perda do direito de punir no tocante à pretensão do Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção. Não obstante, é importante frisar a impropriedade do termo já que a prescrição atinge imediatamente o *jus puniendi*, ao contrário do que ocorre com a perempção e a decadência, que primeiro atingem o direito de ação, para depois, por via indireta, atingir o direito de punir. (JESUS, 2013, pag. 765)

2.5.2. Prescrição da Pretensão Punitiva Propriamente Dita ou Prescrição em Abstrato

É o resultado da combinação da pena máxima em abstrato prevista no tipo penal juntamente com a escala do art. 109 do Código Penal. (SANCHES, 2016, pag. 320/321)

2.5.3. Prescrição da Pretensão Punitiva Superveniente ou Intercorrente

Superveniente ou intercorrente, também denominada de subsequente, é aquela contada a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recoráveis, tomando-se por base o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso. A nomenclatura ‘superveniente’ decorre exatamente por ocorrer após a sentença ou acórdãos condenatórios recoráveis. (GRECO, 2015, pag. 810)

Fixada a reprimenda, ainda que transitoriamente, com o trânsito em julgado para acusação ou improvido seu recurso, a base para cálculo prescricional regula-se agora pela pena recorrível efetivamente aplicada, ou seja, a pena concreta aplicada através da sentença condenatória, contando-se do transcurso de tempo entre a sentença prolatada e a o trânsito em julgado para a defesa. (SANCHES, 2016, pag. 330)

2.5.4. Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa

É retroativa, atualmente, com a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, a modalidade de prescrição calculado com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis. (GRECO, 2015, pag. 808)

Possui por base a pena em concreto, com reconhecimento após o trânsito em julgado para a acusação, tem por termo data anterior à da publicação da sentença, de onde advém o adjetivo “retroativa”. Conta-se a prescrição retroativamente da data do recebimento da denúncia ou da queixa até a publicação da sentença condenatória. (SANCHES, 2016, pag. 331)

2.5.5. Prescrição da Pretensão Executória

Trata-se de prescrição da pena *in concreto*, efetivamente imposta, que tem o como pressuposto a sentença condenatória com o trânsito em julgado para ambas as partes, ou seja, definitiva, irrecorrível. (SANCHES, 2016, pag. 334)

Nesse sentido, é possível afirmar que uma vez obtida a condenação através de sentença judicial transitada em julgado, de modo que esteja em condições ser executado o título judicial, põe-se em curso a pretensão executória. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 576)

Em sua nomenclatura, a prescrição da pretensão executória, também chamada a de prescrição da condenação, compreende o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença. (JESUS, 2013, pag. 765)

Por derradeiro, é imperioso compreender que as distinções entre uma e outra modalidade de prescrição é de extrema importância, principalmente no que tange à

contagem dos prazos. Na pretensão punitiva, o prazo prescricional deverá levar em conta a pena abstrata cominada ao tipo penal, ao passo que na pretensão executória deverá ser considerado o tempo de pena imposto na condenação. (PACELLI e CALEGARI, 2015, pag. 576)

2.5.6. Prescrição Antecipada

É uma criação jurisprudencial que tem por finalidade a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa. Com base nas circunstâncias do crime e condições do próprio réu, não sendo possível aplicação da pena em patamares superiores ao mínimo legal, há um reconhecimento antecipado da prescrição retroativa declarada antes do final do processo. (SANCHES, 2016, pag. 334)

Nesse sentido, enquanto a prescrição retroativa exige sentença ou acórdão condenatórios, a virtual ou antecipa os dispensa. Ocorre que, em face dos elementos conditos nos autos, a acusação, considerando que a prescrição retroativa irá fatalmente ocorrer, requer, desde logo, o seu reconhecimento. (JESUS, 2013, pag. 786)

Nessa espécie ocorre uma antecipação dos efeitos da prescrição, quando o juiz ou tribunal consegue constatar a impossibilidade concreta de aplicação da pena em níveis significativamente superiores ao mínimo legal, quando, preliminarmente, há a comprovação da primariedade, da ausência de antecedentes criminais do acusado e da inexistência de causas legais de aumento ou de outras circunstâncias relevantes da dosimetria da pena. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 585)

2.6. MOMENTO PARA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO

A prescrição, por ser matéria de ordem pública, poderá ser reconhecida e declarada, de ofício, em qualquer fase do processo. O juiz somente poderá de clarar a extinção da punibilidade com base no reconhecimento da prescrição se já houver um processo em andamento, de modo que existindo apenas inquérito policial, a extinção da punibilidade não poderá ser levada a efeito. (GRECO, 2015, 808)

2.7. REDUÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

O art. 115 do Código Penal determina que serão reduzidos pela metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos na data da sentença. (JESUS, 2013, pag. 794)

A imaturidade daqueles que ainda não estão com sua personalidade completamente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de atos ilícitos impensandos. Ademais, o convívio no cárcere do menor de vinte e um anos com criminosos perigosos acaba por deturpar a sua personalidade, razão pela qual, como medida despenalizadora, a lei penal reduz pela metade o cômputo do prazo prescricional, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória. (GRECO, 2015, pag. 817)

Por outro lado, com relação aos idosos, com o art. 115 do Código Penal, exige-se que seja maior de setenta anos na data da sentença penal condenatória. (GRECO, 2015, pag. 817)

3. A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

3.1. IDENTIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS COLIDENTES

As colisões de direitos fundamentais, assim como os conflitos desses direitos com outros valores constitucionais, vêm despertando a atenção da doutrina mais moderna para compreensão dos lindes e dos diferentes direitos fundamentais. (MENDES, 2015, pag. 182)

Nesse sentido, em busca da adequada aplicação do Direito Penal enquanto parte de um conjunto de normas sistêmicas à luz da Constituição Federal, serão definidos dentre os princípios com maior carga representativa, aqueles que constituem os pilares da controvérsia sobre a Prescrição Antecipada, para submete-los à análise dos critérios da Máxima da Proporcionalidade, segundo a doutrina de Robert Alexy, enquanto ferramenta jurídica elegida para análise da problemática proposta.

Deste modo, em face da Súmula 348, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, que veda a aplicação do referido instituto, será identificada sua razão jurídica, para que seja confrontada com a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, através do delineamento dos direitos fundamentais violados que constituem, neste caso, o conteúdo jurídico desta garantia norteadora de nosso sistema constitucionalista.

Isto posto, passa-se à busca pela identificação dos elementos componentes da Dignidade Humana no caso sob análise, e, posteriormente, ao delineamento do

Princípio da Legalidade, para, então, serem confrontados nas balizas da Máxima da Proporcionalidade.

3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No escólio de Luís Roberto Barroso (2015, pag. 284), o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana, que após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, conforme suas palavras:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direito e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando o seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direito e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. (BARROSO, 2015, pag. 285)

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2015), que uma das funções da Dignidade Humana é um elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, de maneira implica um dever de interpretação de todo o ordenamento jurídico em conformidade com a garantia dos direitos fundamentais. Segundo o autor, este princípio apresenta dupla função, como limite e tarefa, em dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade.

Para Marcelo Novelino (2014), a dignidade é uma qualidade intrínseca de todo ser humano, e não um direito conferido às pessoas pelo ordenamento jurídico,

não representando, desta forma, atribuição de dignidade às pessoas, mas sim a imposição aos poderes públicos do *dever* de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna.

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2014, pag. 18)

Nas lições de Marcelo Novelino (2014), há uma relação de mútua dependência entre a dignidade pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. A dignidade é o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para uma vida digna.

Buscando delimitar o conteúdo jurídico da dignidade humana Luís Roberto Barroso estabelece os seguintes pressupostos:

Para que possa funcionar como um conceito operacional do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação. A primeira tarefa que se impõe é afastá-la das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. As características de um conteúdo mínimo devem ser a laicidade - não pode ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade -, a neutralidade política - isto é, que possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas - e a universalidade - isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário. Dessa forma, havendo essa relação de dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, resta

identificar quais garantias estão sendo violadas em face da inaplicabilidade da prescrição antecipada. (BARROSO, 2015, pag. 286)

Dessa forma, havendo essa relação de dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, resta identificar quais garantias estão sendo violadas em face da inaplicabilidade da prescrição antecipada.

3.2.1. Duração Razoável Do Processo

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, dispõe que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para José Miguel Garcia Medina (2015), a duração razoável constitui o direito a uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas, constituindo um desdobramento da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que a tutela realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficientemente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte, de modo que só poderá ser considerada eficiente quando prestada tempestivamente, e não tardiamente.

Ensina Araken de Assis (2015) que o processo não confere às partes somente expectativas ou ônus, possuindo também direitos processuais, dentre eles avultam os direitos fundamentais processuais, como a duração razoável dos trâmites – que condicionam e conformam os direitos infraconstitucionais.

Desta forma, assevera o doutrinador que a justiça tardia constitui maneira insidiosa da denegação da própria justiça, posto que a parte sofrerá os efeitos sociais perversos da dilação indevida.

3.2.2. Dano Causado pelo Processo e sua Dilação Indevida

Para Antônio do Passo Cabral, o processo si infringe prejuízo ao acusado, podendo ser identificado através do “dano marginal”:

Assim, enquanto o processo não é decidido em termo definitivos, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incer-

teza pernicioso, que as impede de programarem suas atividades, projetando os efeitos que a derrota ou vitória na lide proporciona, algo que nem mesmo pela previsão das tutelas de urgência é solucionado [...] Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo, autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um 'dano marginal', na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão da deficiência na tramitação dos processos, e esta afeta a ambos, autor e réu. (CABRAL, 2013, pag. 75/99)

Nesse passo, Eurípedes de Oliveira Emilliano (2014), citando Marcelo Lima Guerra, explica que:

A duração do processo poder ser, ela própria, causa imediata de danos, simplesmente por submeter direito controvertido a um prolongado estado de insatisfação. Nessa hipóteses a mera permanência no estado de insatisfação do direito, imposta pela duração do processo é a causa imediata de danos irreparáveis ou de difícil reparação, que tornam inviáveis a prestação efetiva da tutela jurisdicional pretendida. Esse risco de dano é aquele denominado por Calamandrei de *perigo de tardança* e por Andolina de *dano marginal em sentido estrito* ou *por indução processual*. (GUERRA, 2013, apud EMILLIANO, 2014)

Conclui o autor, identificando os danos causados pelo prolongamento desnecessário do trâmite processual, indicando que através das dilações indevidas, ocorre um duplo prejuízo, primeiro pela permanência do estado de incerteza, segundo, pelo prejuízo decorrente da perda da memória probatória, representada não só pelo esquecimento dos fatos pelas testemunhas, mas também pelos aspectos materiais, como lugares transformados pela intervenção humana e pela natural ação do tempo. (EMILLIANO, 2014)

Assevera Aury Lopes Jr. (2005) que a dilação indevida do processo também deve ser visualizada quando o imputado não está preso, uma vez que poderá estar livre do cárcere, mas não do *estigma* e da angústia, pois é inegável a existência de um processo penal permite a ingerência estatal sobre toda a uma série de direito fundamentais, para além da liberdade de locomoção. Nesse sentido, destaca que:

O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros. Com razão MESSUTI, quando afirma que não é apenas a separação física que define a prisão, pois os muros não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura o tempo. A

marca essencial da pena (em sentido amplo) é “por quanto tempo”? Isso porque, o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. O processo encerra em si uma pena (*la pena de banquillo*), ou conjunto de penas se preferirem, que mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra seu preço sofre um sobre-custo inflacionário proporcional a duração do processo. (LOPES JR., 2005)

Dessa forma, percebe-se que o tempo é o fator preponderante e marca principal da pena, de modo que o prolongamento de um processo, em face do estigma causado, constitui, em si, uma pena.

A primeira garantia que a sucumbir seria a da *Jurisdicionalidade*, traduzida na máxima *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, já que o processo se transforma em pena prévia à sentença, através da *estigmatização*, da angústia prolongada, da restrição de bens, e, em variados casos, por intermédio de concretas penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente em caráter cautelar, que seria nas lições de CARNELUTTI a *misure di sofferenza spirituale* ou *di umiliazione*, resultando como custo mais grave da pena-processo não meramente econômico, mas o social e o psicológico (LOPES JR, 2016).

A segunda garantia prejudicada é a *Presunção de Inocência*, já que a demora e o prolongamento indevido do processo vão, progressivamente, suplantando a credibilidade da versão do acusado, havendo uma relação inversamente proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, ao passo que o tempo fortalece aquela e enfraquece esta (LOPES JR, 2016).

O *direito de defesa* e o próprio *contraditório* também são maculados, ao passo que a dilação indevida gera dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, implicando no sobre-custo financeiro para o acusado com honorários advocatícios e o empobrecimento causado pela estigmatização social (LOPES JR, 2016).

3.2.3. Interesse de Agir

Embora a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia tenha sido retirada com a Lei n.º 12.234/2010, com a nova

redação do parágrafo 1º do art. 110 do Código Penal, nada impede que o interesse de agir desapareça no curso do processo.

Ensina Nestor Távora (2016) que o interesse de agir materializa-se no trinômio necessidade, adequação e utilidade. Desta forma, deverá haver necessidade para bater as portas do judiciário no intuito de solver a demanda, através do meio adequado, e este provimento deve ter o condão de trazer algo de relevo, útil ao autor.

Nesse sentido, explica Fernando Capez (2016) que a *necessidade* é inerente ao processo penal, tendo em vista a impossibilidade de se impor pena sem o devido processo legal. A *utilidade* traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor, de modo que não havendo utilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistir interesse de agir. Já a *adequação* reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação de sanção penal.

Por isso, é possível afirmar que com a visualização do reconhecimento da prescrição retroativa o Ministério Público se torna carecedor da ação por falta de interesse de agir, de modo que o interesse material do Estado na persecução penal sendo a imposição de uma pena ao autor da infração penal, deve estar presente a possibilidade de aplicação dessa pena no transcorrer de todo o processo penal, sob pena de perecer o interesse processual.

Constituindo as condições da ação matéria de ordem pública o juiz poderá, *ex officio*, decretar a carência da ação quando na ausência do interesse de agir. Nesse sentido, é que diante dos processos com resultados inúteis, é que se defende a possibilidade do reconhecimento da prescrição antecipada.

Nesse passo, para Francisco Afonso Jawsnicker (2008) a superveniência da carência da ação quando desaparecido o interesse de agir tornaria possível a aplicação analógica do art. 267, VI, do CPC/73, através de art. 3º do Código de Processo Penal, ou seja, o reconhecimento da extinção do processo sem a resolução do mérito.

Com adaptação para o Código de Processo Civil de 2015, Araken de Assis (2015) ensina que o desaparecimento do interesse de agir esvazia a pretensão processual, de modo que o art. 493 do novo Código de Processo Civil autoriza o juiz a

conhecer, *ex officio*, os fatos supervenientes modificativos ou extintivos do direito que influam no julgamento do mérito, representando *flagrante contradição admitir que o processo se desenvolva até a oportunidade de o juiz julgar a causa sem “condição” imprescindível à própria constituição legítima da relação processual*.

Desta forma, em face da perda superveniente do interesse de agir, especificadamente interesse-utilidade, a atuação do Estado torna-se ilegítima, não devendo o réu suportar o ônus da demora em face da negligência estatal, que mesmo possuindo um maquinário destinado a processar e julgar aqueles que caem na malha do direito penal, não consegue efetivar o *jus puniendi*.

Dessume-se, neste prisma, que a prescrição antecipada tem como seu fundamento principal a ausência de interesse de agir, que com advento da Lei n.º 12.234/2010, só poderá ser reconhecida na fase processual.

3.2.4. Ônus da Demora

Não obstante haja controvérsia doutrinária no que toca à atividade judiciária ser considerada como espécie de serviço público, para Cretella Júnior a atividade jurisdicional é espécie do gênero serviço público, haja vista um ato judicial ser, antes de tudo, um ato público, de pessoa que exerce serviço público judiciário. (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 248, apud CARNEIRO, 2016)

Nesse sentido, sobre a má atuação estatal, ressalta José Augusto Delgado que:

A demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer que ela seja por indolência do Juiz, quer que seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça. E, já foi visto que a doutrina assume a defesa da responsabilidade civil do Estado pela chamada responsabilidade civil do Estado pela chamada falta anônima do serviço ou, em consequência, do não bem atuar dos seus agentes, mesmo que estes não pratiquem a omissão dolosamente. (DELGADO, 1985, apud SILVA, 2013)

Desta forma, sendo o Estado responsável pelo bom funcionamento da Justiça, não deve o réu suportar ônus da demora da prestação jurisdicional, qual seja, a pena-processo em seu aspecto material, social e psicológico, que não se justifica em

face da perda superveniente do interesse de agir do órgão acusador, uma vez que posterior sentença terá o único objetivo de declarar extinta a punibilidade do agente sem qualquer análise de mérito.

3.3. SÚMULA 438 DO STJ E A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Preliminarmente, necessário se faz a identificação do fundamento que embasou a edição da Súmula n. 438 do Superior Tribunal de Justiça, para que possa ser analisado através da Máxima da Proporcionalidade.

Nesse passo, com o novo Código de Processo Civil, em seu Livro III, houve posituação da força normativa dos precedentes judiciais, de modo que a doutrina brasileira, através do direito comparado, estabelece as ferramentas de análise deste novo instituto.

Contextualmente, é possível afirmar que houve uma aproximação das tradições de *civil law* e *common law* no nosso sistema jurídico, de maneira que a força normativa dos precedentes judiciais ganha destaque como instrumento que visa garantir a unidade das decisões proferidas pelos magistrados.

Nesse trilhar, ensina Luiz Guilherme Marinoni, que:

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstitutivas de mandamentos normativos. (MARINONI, 2015, pag. 606)

Nesse trilhar, o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 inova ao prever um rol de precedentes obrigatório, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Tais precedentes possuem entendimento consolidado na súmula de

cada um dos tribunais, possuindo força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados. (DIDIER JR., 2015, pag. 461)

Ocorre que para definir o argumento jurídico que fundamenta uma súmula, é precisa buscar seus precedentes, que segundo Fredie Didier Jr. é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. (DIDIER JR., 2015, pag. 442)

Nesse sentido, define-se como “*ratio decidendi*” – ou, para os norte-americanos, a holding – os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi, de modo que ao estudar a força vinculativa dos precedentes judiciais, é necessário, antes, investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores. (DIDIER JR., 2015)

Ainda nesse sentido, por ser definida como a norma geral, embora construída por raciocínio indutivo a partir de um caso concreto. É geral pois a tese jurídica se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída. (DIDIER JR., 2015, pag. 443)

Para José Rogério Cruz e Tucci, citado por Fredie Didier Jr. (2015, pag. 441), todo precedente é formado por duas partes diferentes, a primeira são as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, já a segunda é a tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. Além desses elementos, a argumentação jurídica também integra o precedente, de modo que a eficácia obrigatória do precedente está ligada à sua *ratio decidendi*, que é um dos elementos que integram o precedente.

Nesse passo, o julgador constrói uma norma que consubstancia a tese a ser adotada em determinado caso a partir de uma situação concreta, essa tese jurídica, fruto dessa análise concreta, gera a chamada *ratio decidendi*, que decorre da fundamentação do julgado, uma vez que é com base nela que o juiz alcançar a parte dispositiva, ou seja, uma conclusão para a controvérsia em juízo. (DIDIER JR., 2015, pag. 442)

É importante destacar que com a força vinculante dos precedentes, não basta apenas a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso ainda que o órgão jurisdicional tenha a cautela de elaboração da fundamentação das decisões, com observância rigorosa do art. 489, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil, pois a partir da identificação da *ratio decidendi* extraída do julgado é que poderá estabelecer uma regra geral a ser observada em outras situações. (DIDIER JR., 2015, pag. 447)

Portanto, é certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado. (TUCCI, 2004, apud DIDIER JR. 2015. pag 447)

3.3.1. Métodos de Identificação do Precedentes

3.3.1.1. Teste de Wambaugh

Desenvolvido por Eugene Wambaugh, constitui uma técnica de inversão, de modo que se possa constatar que certo enunciado é razão de decidir quando, ao ser invertido, implica mudança da conclusão final do julgamento. A *ratio decidendi* seria aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente, de modo que se a inversão ou exclusão do enunciado não afetar o comando decisório não se estaria diante da *ratio decidendi*. (DIDIER JR., 2015, pag. 448)

3.3.1.2. Método de Goodhart

Este método dá grande ênfase e atenção aos fatos subjacentes à causa, sustentando que a definição da *ratio decidendi* tem como pressuposto a identificação e separação dos fatos materiais ou fundamentais, assim como a decisão neles embasada. (DIDIER JR., 2015, pag. 449)

Nesse passo, a *ratio decidendi* não se encontra nas razões ou opinião do julgador, mas sim na análise dos fatos destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que neles se funda, de maneira que se o precedente somente será vinculante quando a base fática do caso em análise for a mesma que deu

origem à norma geral, prestigiando a necessidade de decisões afinadas com casos semelhantes. (DIDIER JR., 2015, pag. 449)

3.3.1.3. Método Eclético

Nada obstante a importâncias das teorias que buscam definir o conteúdo vinculante das decisões proferidas em sede de tribunais, segundo Fredie Didier Jr., o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores, de modo que a busca pela *ratio decidendi* considere a identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes que conduzem à sua conclusão. (DIDIER JR., pag. 450)

3.3.2. *RATIO DECIDENDI* DA SÚMULA 438 DO STJ

Prescreve a súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça 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”.

Após a edição da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, já não é mais possível levar a efeito o raciocínio correspondente à prescrição retroativa, contada a partir da data do fato, até o efetivo recebimento da denúncia. (GRECO, 2015, pag. 833)

Nesse passo, mesmo que, agora, tenha uma aplicação mais limitada, uma vez que foi extinta, pela referida lei, a possibilidade de ser reconhecida a prescrição retroativa, contada a partir da data do fato, até o recebimento da denúncia, a possibilidade de se raciocinar com a chamada prescrição pela pena em perspectiva, ideal, hipotética ou virtual ainda se mantém. (GRECO, 2015, pag. 833)

Buscando as razões de decidir dos julgados que fundamentaram a edição da súmula 438, percebe-se que a fundamentação central é a ausência de normatividade sobre o tema, como se depreende dos seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TERGIVERSAÇÃO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação para a acusação, **faltando amparo legal à denominada prescrição em perspectiva**, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética.

2. Ordem denegada. (HC 30.368 – SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 13/12/2004 p. 460) (*grifo meu*)

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. IRREGULARIDADE DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A percepção ilegal, ainda que por terceiro, do benefício previdenciário caracteriza o tipo inscrito no art. 171, caput, do Código Penal, que prevê como beneficiário o agente fraudador ou terceiro, sob a fórmula "para si ou para outrem".

2. A extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime (CP, art. 109) ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110), conforme expressa previsão legal. Portanto, **não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva**.

3. Ordem denegada. (HC n.º 53.349 – BA. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 04/09/2006 p. 302) (*grifo meu*)

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A prescrição em perspectiva, tendo em conta a pena a ser aplicada no futuro, é questão já exaustivamente examinada e repelida com veemência pela jurisprudência desta Corte, **porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio**. Precedentes.

2. Ordem denegada. (HC n.º 69.859 – MS. Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 12/02/2007 p. 292) (*grifo meu*)

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ESTELIONATO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE FORAGIDO POR SEIS ANOS. SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. NOTÍCIA DE GOLPES APLICADOS EM OUTROS ESTADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

1. A alegação de excesso de prazo para o término da instrução criminal não foi objeto de análise no decisum impugnado, o que inviabiliza o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
2. Por força do art. 105 da Constituição Federal, não compete a esta Corte Superior se manifestar acerca de matéria sequer arguida perante o Órgão Jurisdicional de segundo grau, constituindo, assim, em óbice ao conhecimento do mérito da presente impetração, no ponto.
3. No presente caso, o decreto construtivo não se ressentiu de fundamentação, visto que a necessidade de findar a instrução criminal, de resguardar a ordem pública e garantir a efetiva aplicação da lei penal restou plenamente demonstrada pelos indícios veementes de autoria e materialidade, havendo notícia de que o golpe de venda de carro por telefone, com a utilização de empresa fantasma, era aplicado em várias unidades da Federação, além de a fuga do paciente do distrito da culpa, por seis anos, ter impedido o andamento normal da persecução criminal.
4. A prescrição em perspectiva, assim chamada aquela baseada na pena a ser aplicada, é repelida com veemência pela jurisprudência desta Corte, **à falta de previsão no ordenamento jurídico pátrio.**
5. As condições subjetivas favoráveis do paciente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando preenchidos seus pressupostos legais, segundo reiterada orientação jurisprudencial.
6. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado, em consonância com o parecer ministerial. (HC nº 85.137 – PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 07/02/2008 p. 1) (*grifo meu*)

PENAL. PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESCABIMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA E ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO.

1. A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de não reconhecer prescrição antecipada ou em perspectiva, em face da suposta condenação.
2. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "o trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a incidência de causa extintiva da punibilidade." (HC nº 82.515/SC, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJU 16/06/2008)
3. A alegação de que não há provas da participação do paciente na empreitada criminosa não pode ser aqui acolhida, pois demandaria o exame aprofundado dos elementos de prova, incabível na via estreita do habeas corpus, além do que a denúncia deixa certa a existência de indícios de autoria do delito.

4. Ademais, as evidências dos autos não permitem, de plano, a conclusão pela atipicidade da conduta do paciente, tornando-se prematuro o trancamento da ação penal instaurada.

5. De outra parte, o paciente não foi denunciado por ser sócio da empresa envolvida no evento dito criminoso, mas, sim, por haver indícios suficientes a autorizar o início da persecução criminal.

6. Habeas Corpus denegado. (HC nº 102.292 – SP. Ministro Og Fernandes, DJ 04/04/2006)

No Recurso Especial n.º 634.265, houve a seguinte fundamentação:

Com efeito, dispõe o art. 109 do Código Penal que a prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. A antecipação prospectiva de eventual juízo condenatório, em substituição àquele que ainda não foi proferido pelo Magistrado, não serve ao propósito de declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, por **absoluto desamparo legal**. (REsp n.º 634.265 – RS. Relator Ministro Paulo Medina, DJ 04/04/2006) *(grifo meu)*

Ainda nesse sentido, verificam-se os seguintes precedentes:

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CÁLCULO BASEADO NA PENA HIPOTETICAMENTE FIXADA. INADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 109 E 110 DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA.

1. Viola o disposto nos arts. 109 e 110 do Código Penal e dissente da orientação adotada neste Tribunal decisão que declara extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com suporte na sanção hipoteticamente calculada, pois **o ordenamento jurídico pátrio não admite o reconhecimento da referida causa em perspectiva, antecipada ou virtual**.

2. Recurso especial provido, para cassar a decisão que extinguiu a punibilidade do agente quanto ao delito disposto no art. 63 da Lei nº 9.605/98 e determinar o prosseguimento do feito com relação a este ilícito. (REsp 991860 / RS. Relator Ministro Jorge Mussi, DJ 13/10/2008) *(grifo meu)*

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. (RHC 18569 / MG. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, DJe 13/10/2008) (*grifo meu*)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA DA CONDUTA DELITUOSA DOS DENUNCIADOS. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PROCESSO ADMINISTRATIVO ARQUIVADO. INDEPENDÊNCIA DE ESFERAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PENA EM PERSPECTIVA. MODALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o art. 41 do Código de Processo Penal, narra condutas delituosas que configuram, em tese, o crime de falsidade ideológica, possibilitando o exercício do direito de defesa.
2. É compreensão pacificada no âmbito desta Corte que, nos crimes de autoria coletiva, não se exige que a denúncia faça um detalhamento da atividade de cada um dos acusados, bastando descrição suficiente à compreensão da acusação e ao exercício do direito de defesa.
3. Reconhecido que não se trata de hipótese de atipicidade da conduta, de inexistência absoluta de indícios de autoria ou de extinção da punibilidade, não é de se falar em falta de justa causa para a ação penal, dado que a alegação de não ter sido demonstrado o dolo específico demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável de se operar na via eleita.
4. O fato de o relatório da Comissão Permanente de Sindicância ter concluído pelo arquivamento do processo administrativo não é suficiente, por si só, para o trancamento da ação penal, independentes que são as instâncias administrativa e penal.

5. Não é possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base em pena virtual, vale dizer, aquela que supostamente será imposta na sentença em caso de condenação, **hipótese não contemplada na legislação de regência.**

6. Recurso improvido. (RHC 20554 / RJ. Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 08/10/2007 p. 368) (*grifo meu*)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – DENÚNCIA QUE NÃO NARROU COM CLAREZA QUAL O TIPO PENAL IMPUTADO AOS AGENTES – QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL, DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE DOLO – CONDUTAS ATÍPICAS EM FUNÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELOS AGENTES – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – ESTREITA VIA DO WRIT – INVIABILIDADE DE EXAME – PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO JÁ FINDO – EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO DEVIDO – AÇÃO CÍVEL ANULATÓRIA – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA APENAS PARA IMPEDIR A INSCRIÇÃO DOS RECORRENTES EM DÍVIDA ATIVA – INTEGRIDADE DO LANÇAMENTO NÃO AFETADA – MANUTENÇÃO DA AÇÃO PENAL – INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS – PRECEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO-PROVIDO.

1. É vedado a esta Corte apreciar questão não debatida pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Na esteira dos precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal e deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, **a prescrição pela pena em perspectiva carece de previsão legal.** Viola os princípios da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade a decisão que reconhece a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena em perspectiva, com base em prognóstico condenatório, pois tem o réu direito à manifestação do Estado sobre sua pretensão absolutória ou desclassificatória.

2. A estreita via do habeas corpus, carente de dilação probatória, não comporta o exame de matérias que dependam do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal cognitiva ajuizada contra os recorrentes. O trancamento de ação penal somente é viável ante a cabal e inequívoca demonstração da atipicidade do fato ou da completa inexistência de qualquer indício de autoria em relação aos recorrentes.

3. A conclusão do processo tributário administrativo instaurado contra os agentes, o qual culminou com o lançamento do tributo por eles

devido, viabiliza o ajuizamento da ação penal por crime contra a ordem tributária, nos termos da recente orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

4. A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes.

5. Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado. Precedentes.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, não-provido. (RHC 21929 / PR. Relator Ministra Jane Silva, DJ 10/12/2007 p. 399) *(grifo meu)*

Destarte, é indiscutível que o ponto fulcral impeditivo do reconhecimento da prescrição antecipada, motivador a edição da Súmula n. 438, é a alegação da defesa do Princípio da Legalidade, 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”.

Todavia, deve-se buscar a razão de ser deste princípio, para que seja preservada sua essência jurídica, de modo a constituir fundamento legítimo para vedação do reconhecimento da prescrição antecipada.

3.3.3. Conteúdo Jurídico do Princípio da Legalidade

Historicamente, o princípio da legalidade remonta ao Iluminismo no século XIII, traduzindo a conquista dos Estados de feição Liberal. Para VON LISZT a legalidade seria a Magna Carta do Criminoso, por reforçar a função de proteção individual diante dos poderes do Estado. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 98)

Em nosso ordenamento jurídico, conforme destaca Gilmar Ferreira Mendes (2015, pag. 850), o princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições Brasileiras, traduz a concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, permitindo a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat)

distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou do Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII.

Ensina Luís Flávio Gomes e Alice Bianchini que:

O fundamento do princípio da legalidade é a segurança jurídica. O poder público não pode interferir nos direitos pessoais arbitrariamente. O juiz não tem legitimidade democrática para criar um crime ou uma pena. Somente o legislador pode prever ingerências na liberdade humana. Uma das bases do princípio da legalidade reside na (controvertida) teoria da coação psicológica de Feuerbach (prevenção geral negativa): se o fim da cominação penal consiste na intimidação de delinquentes potenciais, a determinação psíquica que se pretende só pode ser alcançada se antes do fato é fixada na lei, da forma mais exata possível; é fundamental saber-se qual é a ação proibida. Pois se falta uma lei prévia ou esta é pouco clara, não se poderá produzir o efeito intimidatório que se pretende, porque ninguém saberá se sua conduta pode acarretar uma pena ou não. A origem remota do princípio reside na Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215, art. 39. (GOMES e BIAMCHINI, 2015, pag. 23)

Nesse passo, o princípio da legalidade transmite a ideia de que apenas o Poder legislativo pode criar comandos inovadores na ordem jurídica, de maneira que apenas o Parlamento, protagonista do processo legislativo constitucional, é o órgão legítimo para estatuir prescrições inéditas no cenário jurídico. (BULOS, 2014, pag 564)

Em síntese a legalidade democrática do Estado brasileiro funda-se no império da lei, mas de forma não absoluta, haja vista a existência de outros elementos que permitem a atuação do Estado com amparo em outras diretrizes, como na edição de decretos e na atuação discricionária administrativa. (BULOS, 2014, pag 564)

É possível falar ainda em lei formal e lei material. Formal é a norma geral e abstrata, aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo, com base no devido processo legislativo. Já a material é toda e qualquer norma editada pelo Poder Público. Existem ainda outros atos normativos, que mesmo não integrando o processo legislativo, constituem os denominados atos equiparados às leis formais, como medidas provisórias e a lei delegada. (BULOS, 2014, pag 564)

Importante ainda destacar a diferença entre legalidade e reserva legal, aquela contemplando o elo de sujeito ou subordinação da pessoas, órgãos e entidades às leis, e esta, também conhecida como cláusula de reserva da lei, veicula normas

constitucionais que determinam os assuntos que devem ser regulamentados por lei em sentido formal. (BULOS, 2014, pag 564)

Explica Alexandre de Moraes que:

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo. (MORAES, 2014, pag. 42)

Destarte, o princípio da legalidade é mais amplo, constituindo verdadeira regra de liberdade de conduta individual em um Estado de Direito, direcionada diretamente ao particular em face do poder público. Já o princípio da reserva legal é mais restrito, sendo regra de definição de competência dos entes estatais. (MORAES, 2014, pag. 42)

A Constituição da República em seu art. 5º, inciso XXXIX, estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. E o Código Penal em seu art. 1º, preconiza, outrossim, que não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Nesse passo, ensina Eugênio Pacelli e André Callegari que:

Em matéria de proibições de condutas, seja em que instância do Direito elas tenham lugar, parece intuitivo que o comportamento vedado deve se encontrar previamente definido, até porque, e do contrário, aqueles que devem obediência à norma teriam dificuldades em seguir suas determinações. O princípio da reserva legal, portanto, surge como uma exigência até mesmo instrumental, na medida em que se espera efetividade das normas incriminadoras. No entanto, nem só de tais modalidades de normas se compõe o Direito Penal. Pode-se dizer, então, que o princípio da legalidade em matéria penal abarcaria também o da reserva legal, posto que a própria expressão (legalidade) ostenta uma dimensão mais ampla, quanto ao conteúdo, referindo-se à totalidade do ordenamento. A doutrina, porém, de modo geral, cuida do princípio da legalidade como se referindo apenas à exigência de prévia tipificação penal do

comportamento proibido. E tanto para a definição do crime quanto da pena. De fato, não se pode admitir qualquer margem de arbitrariedade judiciária na aplicação de sanção a um fato definido como crime. Por isso, não há crime sem previsão legal e nem pena sem prévia cominação em lei, segundo nossa Constituição (art. 5º, XXXIX) e nosso Código Penal (art. 1º). (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 98)

O princípio da legalidade permanece insubstituível como garantia dos direitos e como fundamento e limite a todo funcionamento do Estado, de maneira que quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” pode-se entender o *conjunto do ordenamento jurídico* (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição, de forma que o princípio da legalidade converte-se em *princípio da constitucionalidade* (Cano-tilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à *força normativa da Constituição*. (MENDES, 2015, pag. 852)

À vista disso, o princípio legalidade enquanto garantia de defesa do cidadão à atuação estatal não deve ser usado como fundamento justificador do dano suportado pelo réu quando na manutenção do processo penal após a perda superveniente do interesse de agir pela caracterização da prescrição em perspectiva.

Assim sendo, ocorrendo a transmutação do Princípio da Legalidade, que deixa de significar o dever de observância estrita às leis, passando traduzir o dever de observância à Constituição, não é possível sustentar que a ausência de previsão de norma infraconstitucional justifique o desrespeito às garantias fundamentais em face de um resultado processual inócuo, onde a persecução penal não atingirá sua finalidade, resultando apenas os danos causados ao réu a troco de um sentença materialmente vazia.

Para Fredie Didier Jr., interpretando o art. 8º do novo Código de Processo Civil, que impõe o dever de observância do princípio da legalidade, decidindo as questões em conformidade com o Direito, a referência à “legalidade” é metonímica, haja vista que a dimensão material do princípio da legalidade é de decidir em conformidade com o Direito, com o ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que apenas uma de suas fontes. (DIDIER JR., 2015, pag. 467)

Para Eugênio Pacelli e André Callegari (2015), não é possível falar exclusivamente na lei como elemento de observância na aplicação do Direito:

O Direito não é apenas o direito legislado, mas também o direito aplicado, o que, por si só, já afaria a autonomia absoluta das leis. É que estas, as leis, quando de sua aplicação, recebem o aporte intelectual e volitivo (vontade) do intérprete. E este, o intérprete, para interpretar, sempre dependerá de sua inserção naquela ordem social e política, a determinar, portanto, as suas pré-compreensões em torno do sentido das coisas, antes da legislação a ser aplicada (daí, pré-compreensão). Assim, a construção do direito aplicado, isto é, a elaboração da interpretação do Direito, não dispensaria a atuação da jurisprudência, da doutrina, das academias, e, enfim, em grau um pouco mais distante, de todos aqueles submetidos à ordem jurídica. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, pag. 123)

3.4. TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Para adentrar no exame específico do Princípio da Legalidade e da Dignidade da Pessoa Humana sob as diretrizes da Máxima da Proporcionalidade, primeiro é preciso entender o conceito de princípio estabelecido por Robert Alexy, que diferentemente das regras, conceitua-os como mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, pag. 90)

Nessa esteira, ensina Luís Roberto Barroso, (2015) que os princípios indicam uma direção, um valor, um fim, de modo que em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Todos os princípios possuem o mesmo valor jurídico, o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser de-

terminada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto é possível atribuir maior importância a um do que a outro.

Os princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica, cabendo ao intérprete realizar a ponderação dos princípios e dos fatos relevantes, e não uma subsunção do fato a uma norma determinada, de modo que os princípios são denominados de mandados de otimização, devendo ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. (BARROSO, 2015)

Desta maneira, para a correta aplicabilidade dos princípios é necessário que exista prévia análise das questões fáticas e jurídicas do caso controvertido, haja vista a força cogente principiológica só poder incidir quando delineadas essas condições.

Gilmar Ferreira Mendes, citando Canotilho, assevera que:

Os princípios "são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas". Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. (MENDES, 2015, pag. 183)

O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter "pesos abstratos" diversos, não obstante esse peso constituir apenas um dos fatores a ser ponderado. O juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro. (MENDES, 2015, pag. 183)

Nesse passo, afere-se que podem existir diferentes graus de satisfação, de maneira que um princípio pode ser privilegiado em detrimento de outro, sem, porém, comprometer sua existência, diferente das regras, em que a colisão gerará a prevalência absoluta de uma sobre a outra.

Destarte, a máxima da proporcionalidade tem ligação direta com o entendimento dos princípios enquanto mandamentos de otimização, uma vez que reflete sua natureza flexível.

3.5. MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

A máxima da proporcionalidade constitui a reunião da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, que são consideradas máximas parciais, conforme ensina Robert Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2015, pag. 116/117)

Nesse prisma, explica Marcelo Novelino (2013), que a *adequação* representa a aptidão de fomentar os objetivos almejados a partir da análise dos meios e dos fins da medida adotada, possuindo um critério negativo, por agir reduzindo as hipóteses de resultados possíveis. A *necessidade* por sua vez consiste na identificação do meio menos invasivo possível, de maneira que não será necessária se houver outro meio menos gravoso que possa ser aplicado e que garanta um grau de eficácia similar. Já a *proporcionalidade em sentido estrito*, representa o sopesamento de princípios a partir de uma hierarquização baseada na moldura do caso concreto, não representando uma hierarquização absoluta, mas sim uma ponderação dos princípios envolvidos na situação.

No entendimento de André Ramos Tavares (2013), o critério da proporcionalidade desponta relevante instrumento de solução de conflitos, pois apresenta-se como mandamento de otimização de princípios, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta

Para Willis Santiago Guerra Filho (1999), citado por André Ramos Tavares (2013) observa-se os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer

um deles perder a sua validade jurídica e ser derogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatendo o mínimo possível o outro princípio.

O critério da proporcionalidade tem ocupado posição de destaque na construção dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, seguindo duas diferentes influências: a do ordenamento alemão e a do norte-americano. Sua fundamentação constitucional é majoritariamente reconhecida pela doutrina, sendo também referência para atividade interpretativa, apresentando extrema relevância para a concepção contemporânea do Direito. (TAVARES, 2013)

3.6. ANÁLISE DAS MÁXIMAS PARCIAIS

A análise das máximas parciais depende do estabelecimento do objetivo a ser alcançado, assim, tendo como escopo a busca pela aplicação adequada do Direito Penal enquanto parte de um conjunto de normas sistêmicas à luz dos mandamentos constitucionais, passa-se a verificar qual a medida deve prevalecer a partir do exame dos caracteres fáticos e jurídicos envoltos aos princípios ora em confronto.

3.6.1. Da Adequação

Marcelo Novelino (2014), ensina que a adequação é a análise entre os meios e os fins da medida adotada, devendo possuir aptidão a fomentar os objetivos almejados, constituindo análise fática.

Nesse sentido, observa-se que o reconhecimento antecipado da prescrição se mostra medida adequada já que, protegendo garantias fundamentais, em face de um processo inútil, traduz uma atuação estatal condizente com as normas constitucionais, pois preserva garantias fundamentais violadas e suportadas de forma concreta

pelo réu em decorrência da perda superveniente do interesse de agir do órgão acusador.

Dessa forma, a medida utilizada (prescrição antecipada) é adequada para fomentar o objetivo almejado (aplicação do Direito Penal conforme à Constituição Federal), já que com o reconhecimento da prescrição antecipada, garante-se ao réu a preservação de direitos que seriam violados a troco de uma sentença sem utilidade, privilegiando a Dignidade Humana.

Com efeito, conforme visto anteriormente, não há dúvida que hoje existe uma releitura do Princípio da Legalidade, no sentido de ser interpretado enquanto Princípio da Constitucionalidade, pela necessidade de observância obrigatória dos preceitos constitucionais.

De outro modo, a vedação ao reconhecimento da prescrição antecipada também pode ser considerada medida adequada. Pois embora acarrete ônus para o réu, é através do processo penal que o Estado exerce a *persecutio criminis*, nos moldes do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Dessa forma, a medida de manutenção do processo penal, estaria apta a alcançar o objetivo almejado, qual seja, aplicação do Direito Penal conforme a Constituição Federal, não obstante haja um dano a ser suportado pelo réu.

Portanto, ambas as medidas, vedação ou aplicação da Prescrição Antecipada, estariam adequados o objetivo proposto.

3.6.2. Da Necessidade

A necessidade, para Marcelo Novelino (2014), seria a escolha do meio adequado menos invasivo possível, constituindo, outrossim, análise fática.

Nesse sentido, a proibição da prescrição antecipada pela Súmula n. 438 do STJ, diante do exposto, demonstra um maior grau de interferência nas garantias fundamentais, de maneira que esta medida se mostra mais prejudicial, uma vez que terá o resultado fático (uma sentença declaratória extintiva de punibilidade), atingin-

do com a mesma intensidade o objetivo desejado, porém, com mais prejuízos ao o réu, não se adequando, por isso, à máxima parcial da necessidade.

Desta maneira a *inaplicabilidade* da prescrição antecipada apresentando a mesma eficiência (aplicação do Direito Penal conforme a Constituição), porém com maior lesividade da medida, não preenche o requisito da necessidade, já que o réu sofrerá os efeitos perniciosos da dilação indevida decorrente da má atuação do Estado.

Por outro lado, observa-se que a possibilidade de aplicação da prescrição antecipada está em compasso com este requisito, já que terá a mesma eficiência (aplicação do Direito Penal conforme a Constituição), porém com menor grau de lesividade, privilegiando garantias fundamentais, destacadamente a duração razoável do processo, que é flagrantemente desrespeitada, e, conforme demonstrado, amenizando os efeitos da pena-processo, em sentido material, social e psicológico, já que verificada a prescrição no curso do processo não seria mais legítima a interferência do Estado.

Destarte, a vedação da prescrição antecipada é medida desproporcional por ser possível constatar, de forma inequívoca, a existência de outra medida similarmente eficaz e menos lesiva, qual seja, o reconhecimento e aplicação da prescrição antecipada.

3.6.3. Da Proporcionalidade em Sentido Estrito

A proporcionalidade em sentido estrito, destaca Marcelo Novelino (2014), refere-se à análise do custo benefício da medida, através do sopesamento entre as restrições de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto, de modo que em análise jurídica, há a ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Portanto, a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício alcançado for maior do que o ônus imposto. Nesse caso, o meio e fim são equacionados mediante juízo de ponderação, para que sejam pesadas as “desvantagens do meio em relação às vantagens do fim”.

Nesse sentido, a aplicação da prescrição antecipada mostra-se *proporcional em sentido estrito*, pois verifica-se os danos causados pela pena-processo no sentido material, social e psicológico, não se justificam, em face de uma sentença de materialmente vazia.

Com efeito, os danos sofridos pelo réu e somando-se às garantias fundamentais desrespeitadas, a manutenção de um processo que terá uma sentença com efeitos meramente declaratórios da extinção da punibilidade não se mostra proporcional em sentido estrito, já que as restrições impostas pela medida (manutenção do processo) não justificam, pelo seu custo benefício, os danos concretos sofridos pelo réu, que não deve suportar o ônus da demora, levando-se em consideração a perda superveniente do interesse de agir pelo órgão acusador.

Desta forma, pelas desvantagens da manutenção do processo se mostrarem superiores às vantagens que se busca obter, a proibição do instituto da prescrição antecipada não é medida proporcional em sentido estrito.

Isto posto, conclui-se a vedação ao reconhecimento da prescrição antecipada não constitui medida proporcional por desrespeitar duas de suas máximas parciais, quais sejam, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, deve prevalecer a possibilidade do reconhecimento da prescrição antecipada por ser medida que atende aos critérios da máxima da proporcionalidade, prestando-se a melhor amparar a atuação do Estado com escopo nas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

Neste diapasão, portanto, não deve prosperar a defesa do princípio da legalidade como fundamento à vedação da prescrição antecipada, pois é medida que não atende à necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, este princípio constitui garantia ao cidadão, não devendo ser usado como justificativa para que o réu arque com o ônus na demora de uma prestação jurisdicional inócua, que não trará benefício algum para acusação ou para a sociedade, recaindo apenas sobre o réu os efeitos perversos de estar vinculado a um processo penal que não atinja sua finalidade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que o dano causado pelo simples fato de constituir uma relação jurídica processual acarreta dano concreto ao réu, decorrente da estigmatização social, dos ‘danos emergentes’ e da chamada “*pena de banquillo*”.

Sucedese que, esse dano é agravado substancialmente quando da dilação indevida do processo, somando-se a outros fatores como a sucumbência da jurisdição, da presunção de inocência, do direito de defesa e do próprio contraditório.

Por isso, uma eventual sentença sem efeitos concretos, de conteúdo materialmente inócuo, não tem o condão de justificar a manutenção do réu sob os efeitos deletérios do processo penal.

Com efeito, uma vez concretizada a prescrição no curso do processo, não é possível afirmar que a partir deste momento haveria uma legítima atuação estatal, já que existirá invariável desrespeito à garantia fundamental da Razoável Duração do Processo, pois, embora este princípio reflita preceito abstrato, não se pode conceber

como razoável a manutenção de um processo por tempo superior aquele previsto na própria lei como limite para busca da punibilidade do agente.

Nesse passo, ao vedar o reconhecimento antecipado da prescrição, acarretando o prolongamento das intempéries causadas pela persecução penal, surge uma forma de abuso na atuação do Estado, tornando-a ilegítima, pois não deveria o réu suportar o ônus da demora, qual seja, as consequências da pena-processo em sua perspectiva material, social e psicológica.

Desse modo, quando o causador da dilação indevida for o Estado, constatando-se o serviço público imperfeito, sendo responsável pela ‘falta anônima do serviço’, deverá recair sobre este o ônus de adotar as medidas para tornar eficaz sua atuação dentro em um prazo razoável, respeitando os limites temporais legalmente previstos e consequentemente respeitando a duração razoável do processo.

Por outra perspectiva, não merece prosperar a vedação ao instituto da prescrição antecipada com fundamento na Súmula n. 438 do Superior Tribunal de Justiça, cujos precedentes que fundamentaram sua elaboração possuem como *ratio decidendi* a defesa do Princípio da Legalidade, limitando a atuação do Estado-Juiz sob o argumento da ausência de amparo legal.

Ocorre que o Princípio da Legalidade nasceu com o escopo de proteger o cidadão das arbitrariedades na atuação do estatal, constituindo, dessa maneira, uma contradição ao ser utilizado para justificar o cerceamento de garantias fundamentais sem que gere qualquer benefício para a sociedade, para a acusação e muito menos ao acusado, já que o resultado, fatalmente, será de uma sentença sem utilidade.

Nesse trilhar, no atual estágio do nosso sistema jurídico, tendo como norte a Constituição Federal, o Princípio da Legalidade deve ser lido como o Princípio da Constitucionalidade, de maneira que não basta apenas estar previsto em lei, mas deve, acima de tudo, respeitar os preceitos constitucionais, de maneira que o julgador não deve privar o réu de suas garantias pela simples falta de amparo legal, devendo buscar protegê-lo destas lacunas legais tendo em mira o processo penal moderno enquanto instrumento de garantias constitucionais.

Verifica-se, portanto, que a persistência na persecução penal acarretaria um gasto desnecessário e uma sobrecarga do Judiciário, já que ao final o resultado será

uma declaração da prescrição da pretensão punitiva, que poderia ser reconhecida antecipadamente, privilegiando as garantias constitucionais e evitando o dano desnecessário, haja vista o processo não atingir, ao final, seu objetivo precípua, qual seja, o julgamento do réu através de uma análise de mérito.

Isto posto, com auxílio da máxima da proporcionalidade, percebe-se, portanto, que o reconhecimento antecipado da prescrição é medida *adequada*, uma vez que, protegendo garantias fundamentais em face de um processo inútil, traduz uma atuação estatal condizente com as normas constitucionais, atingindo, portanto, a finalidade desejada.

Quanto à vedação ao instituto, também pode ser considerada adequada, pois embora acarrete um ônus para o cidadão, é através do Processo Penal que o Estado exerce a *persecutio criminis* e, conseqüentemente, o exercício da jurisdição.

Não obstante, no quesito *necessidade*, a não aplicação da prescrição antecipada demonstra um maior grau de interferência nas garantias fundamentais, de maneira que esta medida se mostra desnecessária, já que terá um resultado com a mesma intensidade, (aplicação do Direito Penal conforme a Constituição Federal), porém, com mais prejuízos ao o réu, de modo que a manutenção do processo penal se mostra desnecessária.

Destarte, a inaplicabilidade da prescrição antecipada contendo mesma eficiência, porém, com maior lesividade, não preenche o requisito da necessidade.

Por outro lado, observa-se que a aplicação da prescrição antecipada promove a defesa das garantias constitucionais, tornando o processo penal mais condizente com o estabelecido na Constituição Federal, destacadamente com a garantia da duração razoável do processo, que é flagrantemente desrespeitada. Assim, obtendo o mesmo grau de satisfação da medida, atuará com menor grau de lesividade e, conseqüentemente, respeitando o requisito da necessidade.

Por fim, a aplicação da prescrição antecipada mostra-se *proporcional em sentido estrito*, pois verifica-se que os danos causados pela pena-processo no sentido material, social e psicológico não se justificam em face de uma sentença inútil.

Ocorre que, não é proporcional o réu suportar os efeitos perniciosos de um processo que não terá seu objetivo alcançado por culpa da atuação estatal, de modo que a vedação à Prescrição Antecipada acarreta mais prejuízos do que benefícios.

Destarte, em face dos danos sofridos pelo réu, somando-se às garantias fundamentais desrespeitadas, a manutenção de um processo que resultará em uma sentença com efeitos meramente declaratórios da extinção da punibilidade não se mostra proporcional em sentido estrito, uma vez que não há custo benefício justificante entre o dano sofrido e as vantagens obtidas pela medida, uma vez que o processo não atingirá sua finalidade.

Neste diapasão, não deve prosperar a defesa do Princípio da Legalidade como fundamento à vedação da Prescrição Antecipada, pois, embora seja medida *adequada*, não atende ao requisito da *necessidade*, por ser medida mais invasiva, e a *proporcionalidade em sentido estrito*, por resultar em mais desvantagens do que benefícios a serem alcançados, tanto para a sociedade como para o Estado e para o réu.

Isto posto, deduz-se que, deve prevalecer a possibilidade do reconhecimento da prescrição antecipada por ser medida que atende aos critérios da Máxima da Proporcionalidade no conflito entre o Princípio da Legalidade e a Dignidade da Pessoa Humana, representa pelos princípios da Duração Razoável do Processo, da Jurisdicionalidade, da Presunção de Inocência, do Direito de Defesa, do Contraditório e também dos efeitos perversos da existência de um processo penal, em consequência da denominada pena-processo, com os 'danos marginais' dela proveniente, destacadamente a estigmatização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Mealheiros, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, volume I: Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. E-book.1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 438**. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. Disponível em: <

www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=s%Famula438&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em 02 set 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
CARNEIRO, Bruno. **Responsabilidade Civil do Estado por Morosidade do Poder Judiciário**. Disponível em: <jusbrasil.com.br/artigos/325543701/responsabilidade-civil-do-estado-por-morosidade-do-poder-judiciario>. Acesso em 16 set 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª Ed. Salvador: JusPodivum, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

EMILLIANO, Eurípedes de Oliveira. **O princípio da razoável duração do processo e o dano marginal**. 2014. Disponível em:<www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-o-dano-marginal,48665.html#_ftn1>. Acesso em: 10 de set de 2016.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; DAHER, F. **Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e Tratados Internacionais**. LivroeNet. Atualidades do Direito, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 4.ed. Salvador: JusPodiwm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável**. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em 11 set 2016.

MACÊDO, Suzana Carolina Dutra. **Demora no reconhecimento da prescrição penal retroativa gera responsabilidade civil do Estado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25753>>. Acesso em: 18 set 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. **O Processo Penal como instrumento de garantia: o juiz político**. 2012. Disponível em: <www.editorajc.com.br/2012/10/o-processo-penal-como-instrumento-de-garantia-o-juiz-politico/>. Acesso em: 8 set 2016.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. Salvador: JusPodivum, 2016.

SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição Penal e Imprescritibilidade** [recurso eletrônico] – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Bruno Lemos. **Responsabilidade Civil do Estado pela Morosidade na Prestação Jurisdicional**, 2013. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-do-estado-pela-morosidade-na-prestacao-jurisdicional,43111>. Acesso em: 2 set 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivum, 2016.