

### 3.4.4 Da aplicabilidade da pena em perspectiva à luz do interesse-utilidade da ação penal condenatória<sup>1</sup>



Domingos Ventura de Miranda Júnior

Bem vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça no sentido de não conferir amparo à prescrição pela pena em perspectiva no direito brasileiro<sup>2</sup>. De fato, em nosso ordenamento jurídico, apenas se pode falar em prescrição pela pena em concreto quando houver sentença penal condenatória prolatada e trânsito em julgado da condenação para a acusação, sob pena de violar o art. 110, §§ 1º e 2º, do CP.

Dessa forma, como da prescrição pela pena em perspectiva decorreria a extinção do direito estatal de punir ante o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, não há admitir tal modalidade prescricional no direito pátrio, haja vista a inexistência de sentença condenatória e do trânsito em julgado da decisão para a acusação. Logo, assim como reconhece a citada Corte Superior, a prescrição pela pena em perspectiva transgredir o art. 110, §§ 1º e 2º, do CP.

No entanto, tem a pena em perspectiva aplicabilidade no direito brasileiro, não para configurar a prescrição pela pena em concreto, mas para aferir a utilidade do processo e a efetividade do provimento jurisdicional. É, pois, critério verificador do interesse-utilidade da ação penal condenatória, conferindo operatividade e instrumentalidade ao princípio constitucional da efetividade do processo derivado do princípio-matriz do devido processo legal (CR/88, art. 5º, LIV), porquanto devido é o processo efetivo, do qual advêm resultados úteis aos escopos da jurisdição, realizando concretamente o direito material, sobretudo quando se trata da realização fática do Direito Penal, Direito de coerção indireta, que depende sempre da jurisdição e do processo para a sua efetivação.

Nesse passo, a pena em perspectiva é a pena antevista, hipotética, é a reprimenda que seria aplicada ao autor do delito em eventual sentença condenatória. A análise da pena em perspectiva se dá pelo exame das circunstâncias objetivas do fato e das condições pessoais do agente, chegando, através do método trifásico de dosimetria da pena (CP, arts. 59, 61, 62, 65, 66, 68), ao

**Domingos Ventura de Miranda Júnior**

*Estagiário da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos  
Graduando do 10º período da Faculdade de Direito da UFMG*

montante de reprimenda que seria aplicada em caso de condenação, verificando, a partir de tal prognóstico, a inevitabilidade da prescrição retroativa.

É pela pena em perspectiva que se consegue vislumbrar se a prescrição retroativa fulminará fatalmente a pretensão punitiva do Estado através da prolação de sentença condenatória e da fixação da pena justa (a qual reduzirá em grande escala o lapso prescricional). Por conseguinte, se inevitável a futura prescrição retroativa, ausente está o interesse de agir, já que inútil o processo e irrealizável a concretização fática do direito de punir do Estado, tendo em vista que o título penal executivo jamais será formado.

Destarte, reconhecida a inevitável aplicação futura da prescrição retroativa, o processo apresenta-se como inviável para a satisfação do poder punitivo do Estado, faltando utilidade à relação jurídica processual em razão da inefetividade do provimento jurisdicional de mérito, tendo em vista a inexistência do interesse-utilidade inerente ao oferecimento da denúncia ou queixa bem como ao desenvolvimento válido da relação processual, tornando o autor carecedor do direito de ação. Por conseguinte, a pena em perspectiva liga-se ao interesse de agir da ação penal condenatória em sua modalidade interesse-utilidade.

Assim, o interesse de agir da ação penal não se restringe à mera necessidade de invocação da via jurisdicional para a aplicação de pena (pois *nulla poena sine iudicio*, art. 5º, LIV, CR/88), mas alcança também a obrigatoriedade de extração de um resultado útil da relação processual e do provimento jurisdicional, conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Desloca-se para o interesse de agir também a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer, sob a perspectiva de sua efetividade, o processo deve se mostrar, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso se fala em interesse-utilidade<sup>3</sup>.

Portanto, inútil o processo, deve o inquérito policial ser arquivado e, se oferecida denúncia, deve o juiz rejeitá-la, eis que ausente o interesse de agir, condição exigida para o exercício válido do direito de ação (CPP, art. 43, III). Do mesmo modo, se durante o curso do procedimento criminal for verificada a inutilidade da ação, o magistrado deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, aplicável por força do art. 3º do CPP.

E não se diga que tais argumentos apenas favorecem os delinquentes, garantindo-lhes mais um instrumento de impunidade. Ao contrário, reconhecer a pena em perspectiva como elemento aferidor do interesse de agir traz benefícios para a própria persecução penal, na medida em que desabarrotaria Delegacias de

Polícia, Juízos e Tribunais, assim como Promotorias e Procuradorias de Justiça, possibilitando a concentração de esforços em processos cujo resultado seja útil ante a efetividade do provimento condenatório.

Movimentar o Estado-Administração e o Estado-Juiz com inquéritos policiais e processos natimortos é contraproducente e atentatório aos próprios escopos da jurisdição e da pena, pois trazer ao Judiciário o acusado e testemunhas em busca de uma condenação sabidamente inefetiva, afora de desprestigiada, consagra a impunidade e a ineficiência do Estado, o que, além de violar o devido processo legal, fulmina a força repressiva do sistema punitivo e enfraquece o controle social decorrente da realização fática do Direito Penal.

#### Notas:

<sup>1</sup> Este artigo é uma síntese das idéias desenvolvidas em nossa Monografia intitulada “Da pena em perspectiva e sua aplicabilidade no direito brasileiro à luz do interesse-utilidade da ação penal condenatória” apresentada ao Colegiado de Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e defendida, em 06.10.2005, perante Banca Examinadora composta pelos Professores Doutores Fernando Antônio N. Galvão da Rocha (Orientador), Carlos Augusto Canedo da Silva e José Cirilo de Vargas, sendo-lhe atribuída nota máxima.

<sup>2</sup> Nesse sentido: HC 42.338/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 22.08.2005 p. 321; REsp 714.260/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 13.06.2005 p. 343; RHC 16.825/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 01.02.2005 p. 583; HC 30.368/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 13.12.2004 p. 460; REsp 636.142/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 13.12.2004 p. 430; RMS 15.104/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., DJ 28.04.2003 p. 265.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 3. ed. rev. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 78.