

**ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL,
REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO
EM RAZÃO DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR
LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A PENA EM PERSPECTIVA***

ROGÉRIO GRECO

sumário

1. Do pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público. 2. Da rejeição da denúncia pelo juiz, com base no inciso III do art. 43 do CPP. 3. Extinção do processo durante o curso da ação penal. 4. Conclusão. Referências bibliográficas

É do conhecimento de todos que milhares de processos se avolumam nas prateleiras dos cartórios judiciais à espera de julgamento.

Os juízes reclamam da precária estrutura do Poder Judiciário, onde existe a falta de material humano, desde os mais simples serventuários aos próprios magistrados, e do sistema arcaico de formação dos processos.

A informática, para muitos, ainda é coisa do futuro.

Com raras exceções vemos os feitos serem julgados dentro dos prazos determinados pela legislação processual, seja ela civil ou penal.

No que diz respeito à seara penal, a demora começa desde a elaboração do inquérito policial, onde delegacias de polícia funcionam, pelo menos no Estado de Minas Gerais, com pessoal deslocado de outros órgãos públicos, cedidos temporariamente para que a nossa “segurança” não fique de todo afastada.

Excepcionalmente encontramos inquéritos policiais que foram encerrados nos prazos determinados pela legislação processual penal. A situação não se modi-

* Tese aprovada na Comissão Temática.

fica até mesmo no caso de indiciados presos. É preciso que a Justiça permaneça em constante vigília, a fim de que indiciados tidos como perigosos não passem a desfrutar de nosso convívio social em virtude da demora das conclusões das investigações policiais.

Dentro desse quadro decepcionante, encontramos uma situação bastante corriqueira, qual seja, a remessa dos autos de inquérito policial ao Juízo Criminal pres-tes a ocorrer a chamada prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Vozes abalizadas no Ministério Público mineiro entendem que nesses casos em que a mencionada causa extintiva da punibilidade não tiver ocorrido, levando-se em consideração a pena encontrada em abstrato da lei penal, deve o Promotor de Justiça que receber o referido inquérito policial, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

Isto porque, segundo entendem, não pode o representante do *Parquet* solicitar o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação se não tiver ocorrido, efetivamente, a prescrição da pretensão punitiva, calculada pelo máximo da pena aplicada ao delito.

Esquecem-se, contudo, que a Justiça caminha a passos de tartaruga, enquanto os delinquentes habituais correm com pernas de lebre.

Como foi dito linhas acima, inúmeros processos aguardam sua sorte nas prateleiras empoeiradas de um cartório criminal.

A grande maioria é composta de pequenas infrações, que, normalmente, prescrevem em dois anos.

Essas breves elucubrações visam, principalmente, tentar dinamizar a Justiça Penal, fazendo com que ela se preocupe em solucionar processos relevantes para a comunidade, e não com aquelas infrações penais conhecidas como “crimes de bagatela”, que dão ensejo ao chamado princípio da insignificância, brilhantemente defendido pelo eminente Ministro *Francisco de Assis Toledo*.¹

O nosso objetivo, neste estudo, é analisar a possibilidade de se oferecer denúncia quando a prescrição da pretensão punitiva, embora iminente, não tiver ocorrido levando-se em consideração o tempo máximo da pena aplicada em abstrato para determinado delito.

É o que faremos a seguir.

Em trabalho recente, o ilustre Promotor de Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNESP, Dr. *Marco Antônio Ribeiro Lopes*,² analisa com profundidade e singular brilhantismo o tema que ora nos propomos a enfrentar, onde enfatiza a impossibilidade de oferecimento da denúncia nos casos em que a mesma certamente, no futuro, redundará em desperdício dos atos processuais, haja

vista que o julgador, diante de situações concretas, não poderá aplicar o *máximo da pena prevista* na legislação penal somente para poder fugir à decretação da extinção da punibilidade.

Como bem asseverou *Jescheck*,³ “*la fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez. Esta discrecionalidad no es, sin embargo, libre, como la discrecionalidad de las autoridades administrativas que eligen entre varias decisiones jurídicamente equivalentes sólo conforme a criterios de utilidad, sino que se trata, sin excepción, de una discrecionalidad jurídicamente vinculada*”.

Exemplificando, para melhor compreensão da hipótese: suponhamos que determinada pessoa tenha praticado, no dia 9 de março de 1991, um delito de lesão corporal de natureza leve, onde a pena máxima prevista, segundo o art. 129, *caput*, do estatuto repressivo, é de um ano de detenção. Tal agente é primário e de bons antecedentes, nada tendo que desabone sua conduta social. O fato aconteceu em circunstâncias excepcionais. O Promotor de Justiça, no dia 13 de março de 1993, recebe os autos de inquérito policial. Verifica que já decorreu período superior a dois anos desde a data do fato até a remessa do feito à Justiça Criminal. Indaga-se: teria o representante do *Parquet* que oferecer obrigatoriamente a denúncia, mesmo sabendo, de antemão, que a futura ação penal não alcançaria seu desiderato? Ou ainda seria útil tal expediente, isto é, dar início a uma ação penal de iniciativa pública se já soubesse, antes mesmo de sua propositura, que seria detonada em vão a máquina judiciária do Estado, desde a simples autuação e registro, até os atos mais formais, como a citação do acusado, seu interrogatório, intimação de testemunhas, alegações finais e sentença? Não seria razoável, nesta situação, deixar de lado este ato que de nada valeria, permitindo que outros processos relevantes fossem efetivamente julgados?

A resposta a essas perguntas encontramos na análise das condições necessário ao exercício do direito de ação.

Para que se possa propor uma ação faz-se mister a presença de todas as suas condições, vale dizer, a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e, como quarta condição, seguindo os ensinamentos do insigne

professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *Afrânio Silva Jardim*, estaria a chamada justa causa.

In casu, verificamos que no exemplo apontado faltaria a terceira condição da ação, isto é, o interesse de agir.

Com a clareza que lhe é peculiar, *Celso Agrícola Barbi*,⁴ comentando o art. 3º do Código de Processo Civil, diz que o interesse de agir resume-se na *necessidade do uso da via judicial*, ou a *utilidade* que disto advém.

1 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 112.

2 LOPES, Marcos Antônio Ribeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, jul./set., 1993.

3 JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Parte general, volumen segundo. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1191.

4 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

Obrigatoriamente, para que o réu se veja compelido a cumprir uma penalidade qualquer, faz-se mister seja o mesmo devidamente processado, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa. A necessidade da via judicial para que o Estado possa exercer o seu *jus puniendi* é, portanto, patente. Não há falar em sanção penal sem que o acusado tenha se valido do devido processo legal.

Contudo, no que diz respeito à utilidade da medida, relembrando o exemplo acima apontado, verificamos que o Promotor de Justiça não poderia oferecer denúncia, naquelas condições, por lhe faltar interesse de agir. Para que se pudesse aplicar a pena prevista no direito penal positivo, a ação penal seria necessária ou, mais precisamente, haveria imperiosa necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para que o mesmo, analisando com imparcialidade a causa, decidisse o destino do réu. Entretanto, a medida judicial seria de uma inutilidade total, haja vista que ao final, quando fosse entregue a prestação jurisdicional, esta de nada valeria, pois, fatalmente, encontrada a pena em concreto, esta teria o condão de fazer com que fosse declarada a extinção da punibilidade, em face da ocorrência da prescrição da pretensão da punitiva do Estado.

Ada Pellegrini Grinover,⁵ com indiscutível exatidão, disserta sobre o tema em estudo, assim prelecionando:

“O primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade ou utilidade do uso das vias judiciais; o segundo é a adequação do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando, na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei.”

“No processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se a ausência da condição.”

“Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir).”

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 54-55.

Outra corrente aduz que o indiciado teria interesse subjetivo em ver-se julgado e absolvido, pois esta absolvição criminal importaria no trancamento das portas do Juízo Cível, impedindo que a suposta vítima pleiteasse algum tipo de indenização pelos danos sofridos.

Contudo, nesse caso, deve ser observado que nem todas as sentenças absolutórias impedem o ingresso de uma outra ação, no Juízo Cível, visando à reparação dos danos possivelmente experimentados pela vítima.

O art. 386 do Código de Processo Penal enumera os casos em que o julgador que absolver o réu. São eles: I – estar provada a inexistência do ato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI – não existir prova suficiente para a condenação.

Tourinho Filho,⁶ comentando o artigo em questão, diz, com mestria:

“Absolvido o réu com fundamento numa causa excludente de antijuridicidade, tal decisão exerce notável influência na jurisdição civil, no campo da satisfação do dano ex *delicto*, podendo até impedir a propositura da ação civil tal como previsto no art. 65 do CPP, salvo as exceções estabelecidas nos arts. 1.519, 1.520, 1.540 do CC. Se o juiz absolver o réu, alegando a inexistência do fato, a ação cível não pode ser proposta (CPP, art. 66). Diga-se o mesmo se o Juiz penal reconhecer, categoricamente, não ter sido ele o autor do fato criminoso. A propositura da ação civil encontra empecilho no art. 1.525 do CC.”

Afora essas situações referidas pelo douto professor de Bauru, poderá a vítima propor ação cível em face do autor do delito, buscando, outrossim, sua condenação no Juízo Civil.

Por outro lado, uma vez condenado o réu, a sentença criminal, após o trânsito em julgado, teria força de título executivo judicial, nos termos do art. 584, II, do Código de Processo Civil.

Não podemos esquecer, a fim de arrostar o raciocínio acima expressado, que é cognitiva a ação penal que visa cominar uma sanção ao acusado, pertencendo, pois, ao processo de conhecimento, da mesma forma que seria aquela ação cível proposta pela vítima com a finalidade de ver-se ressarcida dos danos por ela sofridos, causados pelo autor do delito.

Além disso, o Estado não se presta a advogar causas de interesses disponíveis, como seria o caso da indenização relativa aos danos sofridos pela vítima de um crime.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4, p. 209.

Exceção a essa regra encontramos no art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o órgão do Ministério Público a propor a execução da sentença penal condenatória ou a ação civil de conhecimento quando o titular do direito à reparação for pobre, desde que por ele tenha sido feito tal requerimento.

O Estado, conforme salientamos, não deve ingressar em Juízo com uma ação penal com o objetivo único de conseguir para a vítima do delito um título executivo de natureza judicial.

Isto porque o fim colimado no processo penal é a apuração dos fatos tidos como criminosos, bem como a punição daqueles que descumpriram as normas penais incriminadoras, impondo pena aos infratores imputáveis, bem como medida de segurança aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, quando for o caso (art. 98 do CP).

Não é, portanto, meta do Estado formalizar um título executivo para o particular lesado. Este título advém tão-somente como consequência de uma condenação imposta.

1 DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Feitas essas anotações preliminares, convém analisar, neste tempo, o pedido de arquivamento formulado pelo representante do Ministério Público ao receber autos de inquérito policial, bem como as eventuais peças de informação.

A Constituição Federal, em seu inciso I do art. 129, diz ser função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

O Ministério Público, portanto, no que diz respeito à ação penal de iniciativa pública, é o verdadeiro e único *dominus litis*. Pode, contudo, o particular, atento também a outro dispositivo constitucional, por inércia do representante do *Parquet* após decorrido o prazo para oferecimento da denúncia, apresentar queixa-crime (ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública – art. 5º, LIX, da CF).

Na qualidade de titular da ação penal pública, e em obediência ao *princípio da indisponibilidade*, deve o Ministério Público, no exercício de seu mister, oferecer denúncia nos casos e previsões legais.

Contudo, tal imposição não impede que o Ministério Público aprecie os fatos que foram trazidos a seu crivo para então, só após, deflagrar o processo penal.

Primeiramente, deve o Promotor de Justiça (e aqui também nos referimos aos Procuradores de Justiça que atuam na segunda instância) observar os casos em que pode ser rejeitada a denúncia, previstos no art. 43 do diploma processual penal. Caso o fato narrado nos autos de inquérito policial não se constitua em crime, se já estiver extinta a punibilidade, em qualquer das hipóteses elencadas no art. 107 do Código Penal que tiverem pertinência com a natureza da ação penal colocada a cargo do Ministério Público, ou se não concorrerem todas as condições da ação, deve ser solicitado ao juiz competente o arquivamento das investigações policiais, pois, se

não agir desta forma, certamente o magistrado terá o dever de rejeitar a peça inaugural de acusação.

Quando o inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal menciona a necessidade de estarem presentes, *ab initio*, as chamadas condições necessárias para o exercício regular do direito de ação, obviamente que entre elas inclui-se aquela ligada ao *interesse de agir*.

No exemplo acima formulado, recebendo o Promotor de Justiça os autos de inquérito policial, deverá observar, em cada caso, a real possibilidade de, em havendo propositura da ação penal, ocorrer a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, IV, 1ª figura, do estatuto repressivo.

Na hipótese figurada, no caso de lesões corporais leves, sendo o indiciado primário, de bons antecedentes, bem como não lhe sendo de todo desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o magistrado, caso venha a ser provado que aquele praticara um fato típico, antijurídico e culpável, certamente, segundo orientação doutrinária e jurisprudencial dominante, não pode aplicar a pena muito acima do mínimo legal.

Nestes termos, já tendo decorrido período superior a dois anos, qual seria a utilidade da medida se o indiciado, caso fosse processado criminalmente, obtivesse a condenação, mas que, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, teria que ser declarada a extinção da punibilidade? A ação penal seria de todo inócua.

Teria se perdido um tempo enorme com a prática de atos totalmente inúteis.

Deve ser frisado, neste momento, que estamos falando de pedido de arquivamento de inquérito policial formulado pelo órgão do Ministério Público. O pedido será tão-somente o de arquivamento com base na falta de interesse de agir. O Promotor de Justiça não solicitará ao magistrado a decretação da extinção da punibilidade, pois esta ainda não teria ocorrido, considerando-se a pena máxima aplicada ao delito em questão. O art. 61 do Código de Processo Penal diz que “*em qualquer fase do processo*” o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício. Ora, enquanto não recebida a denúncia, não há falar-se em processo, razão pela qual não poderá o magistrado reconhecê-la na fase pré-processual. Terá, sim, é que determinar o arquivamento dos autos de inquérito policial.

Podemos figurar outro exemplo, de cunho elucidativo. Suponhamos que determinado agente tenha praticado um delito de furto simples. É primário, tem bons antecedentes e ao que tudo indica não tornará a delinquir. Praticou o crime por imaturidade. O Promotor de Justiça, ao receber o inquérito policial, verifica que desde a data do fato até a remessa dos autos ao Juízo Criminal já decorreu período de quatro anos.

Sabendo que o julgador não poderia condená-lo a uma pena superior a dois anos, pois todas as circunstâncias lhe eram favoráveis, o Promotor de Justiça requer o arquivamento dos autos. Justifica seu pedido na falta de interesse de agir, provando a inutilidade de uma eventual propositura de ação penal. O Juiz, atendendo à solicitação do *Parquet*, simplesmente acolhe sua fundamentação e determina o ar-

quívamento do inquérito. Observem que não foi extinta a punibilidade. Tempos mais tarde, a douta autoridade policial descobre que o indiciado não praticara um delito de furto simples, mas sim em companhia de outro agente. Nessa situação, com base nesses novos dados, poderá o Ministério Público solicitar o desarquivamento e promover a denúncia dos agentes, agora pelo crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas? Entendemos que sim.

Na situação original, faltava interesse de agir por parte do representante do Ministério Público, uma vez que a pena que seria infligida ao acusado não poderia ser muito superior ao mínimo legal, que era de um ano de reclusão. Agora, com esta nova situação, o delito passa a ser qualificado pelo concurso de pessoas, onde a pena mínima prevista no § 4º do art. 155 do diploma penal é de dois anos de reclusão.

A prescrição talvez possa até ocorrer, mas não com tanta certeza quanto no primeiro caso.

Conforme nos ensina *Afrânio Silva Jardim*,⁷ em suas conclusões ao artigo intitulado *Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito Policial*, “a decisão de arquivamento tem a natureza administrativa, não se podendo falar em coisa julgada sem que haja jurisdição e processo”.

Assim, com base na falta de interesse de agir, em determinadas situações pode e deve o Ministério Público pugnar pelo arquivamento do inquérito policial, caso a propositura de uma ação penal seja totalmente inútil.

2 DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELO JUIZ, COM BASE NO INCISO III DO ART. 43 DO CPP

Observando os arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal, verificamos as situações em que o magistrado poderá rejeitar a denúncia.

Se a peça inaugural de acusação deixa de conter a exposição do fato criminoso, obviamente o réu terá cerceado seu direito de defesa, haja vista que não saberá exatamente daquilo de que está sendo acusado. Se não contiver, ainda, a qualificação do sujeito passivo da relação processual penal, ou pelo menos esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, será impossível prosseguir-se no feito.

No art. 43 do diploma processual observamos que se o fato narrado na denúncia evidentemente não constituir crime, o réu sofrerá um constrangimento ilegal ao ver-se às barras de um Tribunal por mero capricho do órgão acusador, ferindo frontalmente o art. 1º do Código Penal, bem como o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República, que prevêem o chamado princípio da reserva legal.

Se já tiver ocorrido a extinção da punibilidade, o Estado terá perdido o seu direito de punir o agente que supostamente teria cometido uma infração penal. Ainda, quando houver evidente ilegitimidade de parte, seja ela ativa ou passiva deverá o juiz rejeitar a denúncia.

A parte final do inciso III do artigo da lei processual penal menciona, também, a ausência de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Júlio Fabbrini Mirabete,⁸ ao comentar o referido inciso, aduz com precisão:

“Diante da norma geral do art. 43, III, segunda parte, que exige para o recebimento da denúncia ou queixa *condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*, deve-se ter por obrigatória a existência de condições genéricas e de condições especiais para o exercício desse direito, inclusive no campo penal.”

Ora, em um caso concreto, percebendo o julgador que o indiciado, após a inauguração do processo penal, certamente será beneficiado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, quando for encontrada a pena a ser aplicada concretamente, poderá ele rejeitar a peça vestibular sob o argumento da ausência de uma das condições para o exercício regular do direito de ação, vale dizer, o interesse de agir.

O interesse de agir, conforme concluímos acima, deverá ser analisado sob a ótica da utilidade da medida.

Nesse sentido, já decidiu a 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

“As disposições dos arts. 41 e 43 do CPP não limitam sob exclusividade o exame da peça introdutória da ação penal. O universo jurídico presente à atividade do juiz em tal momento leva-o ao exame de todos os pressupostos processuais e condições de exercício da ação.”

“E no exame do interesse de agir não se pode arrear a verificação da utilidade do provimento jurisdicional. Se inútil este, ainda que procedente a ação, de se reconhecer a ausência daquele.”

“Assim, pode o juiz rejeitar a denúncia arrematada na inutilidade de uma condenação já de antemão alcançada pela prescrição da ação penal, considerada pela pena em perspectiva.”⁹

Deve ser reforçado que, em um determinado caso concreto, se, além da primariedade e dos bons antecedentes, todas as demais circunstâncias, ou pelo me-

⁷ SILVA JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal* – Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 265.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 103.

⁹ RT 668/289.

nos algumas delas, forem favoráveis ao indiciado, certamente que o juiz, quando da aplicação da pena, não poderá se afastar do mínimo legal encontrado para o crime

À guisa de ilustração, trazemos à colação a seguinte ementa relativa a Ap. Crim. 292.011.921, proferida pela 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul:

“Fixação da pena. Sendo favoráveis ao acusado as moduladoras do art. 59 do CP e não havendo circunstâncias outras, operativas ou modificativas a considerar, deve a pena aproximar-se do mínimo legal.”¹⁰

Portanto, deve o julgador, verificando a possibilidade de ser caracterizada, no futuro, quando da aplicação da pena, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, rejeitar a denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público, ao argumento de ser o mesmo carecedor de ação, por faltar-lhe uma de suas condições necessárias ao seu regular exercício, qual seja, o interesse de agir (interesse-utilidade).

3 EXTINÇÃO DO PROCESSO DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL

Outra questão que deve ser apreciada diz respeito à extinção do processo, por falta de interesse de agir, ainda durante a instrução processual, levando-se em consideração a provável pena a ser aplicada (pena em perspectiva).

Merecem exame dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através de sua 2ª Câmara Criminal, cujas ementas valem a transcrição:

“Extinção da punibilidade – Prescrição retroativa – Pena em perspectiva Inadmissível a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena hipotética ou em perspectiva, já que se trata de um verdadeiro julgamento antecipado da lide penal, não previsto em lei e realizado sem a garantia do contraditório (Recurso em Sentido Estrito n. 6.750/2, publicado dia 16/12/92).”

“Extinção da punibilidade – Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva – Aplicação no curso da instrução. É inadmissível a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na pena hipotética ou em perspectiva, já que se trata de um verdadeiro julgamento antecipado da lide penal, não previsto em lei, e realizado sem a garantia do contraditório, infringindo os arts. 109, 110 e seus

parágrafos, e 112, I, do Código Penal, e até o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, uma vez que, enquanto não ocorrer a prescrição da pena em abstrato, tem o réu direito à sentença de mérito, visando à sua absolvição (Recurso em Sentido Estrito n. 6.812/2, publicado em 5/5/93).”

Conforme se deduz da leitura das ementas acima, o Tribunal mineiro rejeita a hipótese de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado, em razão da pena em perspectiva, durante a instrução processual.

Contudo, ousamos discordar do entendimento da Corte Maior de Minas Gerais uma vez que, nos casos apontados, podemos aplicar o mesmo raciocínio esposto para o pedido de arquivamento do inquérito policial, bem como para o da rejeição da denúncia por parte do julgador.

Deve-se ter em mente que, embora estivessem presentes, no início da ação penal, todas as condições necessárias ao seu regular exercício, uma delas, ainda durante a instrução do feito, poderá ter desaparecido, dando ensejo, assim, à extinção do processo.

Nessa hipótese, deve o Juiz julgar extinto o processo, tal como no direito processual civil, dando-se o autor como carecedor do direito de ação.

Mais uma vez nos valem do magistério da renomada Procuradoria do Estado de São Paulo, *Ada Pellegrini Grinover*,¹¹ que, analisando o tema ora em debate assim preleciona:

“O Código de Processo Civil faz referências expressas à carência da ação, ditando o indeferimento liminar da petição inicial (art. 295, II-III e parágrafo único) ou a posterior extinção do processo em virtude dela (art. 267, VI, c/c art. 329). Tais conceitos aplicam-se da mesma maneira ao processo trabalhista e ao penal, não obstante a falta da mesma clareza dos textos legislativos a respeito. É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação o mais cedo possível no procedimento, e de ofício, para evitar que o processo caminhe inutilmente, com dispêndio de tempo e recursos, quando já se pode antever a inadmissibilidade do julgamento do mérito.”

Com o reforço fornecido pela ilustre professora, sentimo-nos muito à vontade para defender a possibilidade de se encerrar a ação penal antes de esgotados todos os atos processuais, fundamentando-se a decisão no fato de que o interesse de agir (interesse-utilidade), inicialmente existente, na fase processual em que se encontra o feito já não mais se faz presente.

O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, inclusive, em decisão proferida em *habeas corpus* levado ao crivo da sua 4ª Câmara, assim entendeu:

“De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de *habeas corpus* para trancar a ação penal.”¹²

4 CONCLUSÃO

1. Deve o Promotor de Justiça (ou Procurador de Justiça) solicitar o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação quando, diante de um determinado caso concreto, verificar que a futura pena a ser possivelmente aplicada ao indiciado dará ensejo ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado. No caso, o Ministério Público solicitará somente o arquivamento, e não o reconhecimento da causa extintiva da punibilidade. O seu requerimento será fundamentado pela ausência de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, qual seja, o interesse de agir, haja vista que a medida, embora necessária, seria de uma total inutilidade.

2. O Juiz, a seu turno, havendo oferecimento de denúncia, deverá observar se estão presentes todas as condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, principalmente no que diz respeito ao interesse de agir (interesse-utilidade), e se percebendo que, em virtude do lapso de tempo decorrido desde a data do fato até apresentação da peça inicial de acusação, ocorrerá, quando da aplicação da pena, chamada prescrição da pretensão punitiva, deverá rejeitá-la, com base no inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal, ao argumento de que o Estado, ou o particular, no caso de ação privada, é carecedor do direito de ação.

3. Da mesma forma, o Juiz, durante o curso da ação, deverá extinguir o processo se faltar uma das condições inicialmente existentes, haja vista que as mesmas devem estar presentes durante toda a instrução processual, desde o oferecimento da denúncia, até a sentença, quando for entregue a prestação jurisdicional.

Referências Bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Bosch, 1981, volumen segundo.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: Malheiros 1992

———. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 3. *Revista dos Tribunais*, jul./set., 1993.

Revista dos Tribunais n. 669.

Revista dos Tribunais n. 681.

WILVA JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal* – Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernandes da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.