

## Impossibilidade de antecipação da decisão de mérito para rejeitar a denúncia (\*)

RUY CID MARTINS VIANNA  
Promotor de Justiça - SP

AUTOS Nº 687/92 - 1ª Vara Criminal da Capital  
Inquérito Policial (874/88 - 3ª DP; 21.406/88 - DIPO)  
Imputação: art. 121, 3º e 4º, do Código Penal  
Denunciado: E.N.  
Recorrente: Justiça Pública  
Recorrido: E.N.

### RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PELA JUSTIÇA PÚBLICA

Egrégio Tribunal  
Colenda Câmara  
Douta Procuradoria de Justiça

Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto perante decisão judicial de primeira instância, proferida às fls., que rejeitou oferecimento de Denúncia, às fls., que denuncia E.N. pela prática de homicídio culposo, sem prestação de imediato socorro às vítimas, sem procurar diminuir as conseqüências do seu ato criminoso e com fuga do local para evitar prisão em flagrante; tudo tipificado pelo artigo 121, § 3º e § 4º, do Código Penal, cujo fato ocorreu em data de 1º de julho de 1988, tendo como vítimas fatais E.F.A. e C.B.

A Denúncia não foi recebida e, conseqüentemente, foi rejeitada pelo Digno magistrado de primeiro grau, que proferiu a seguinte decisão, ora recorrida:

Vistos etc.

O DD. Representante do Ministério Público, com base nos autos de inquérito policial de nº 21.406/88, denuncia E.N. como incurso nas sanções do artigo 121, § 3º e § 4º do Código Penal em razão dos fatos que se deram em data de 1º de julho de 1988, no

final do elevado "Costa e Silva" na pista r. Amaral Gurgel - Av. Francisco Matarazzo, nesta Comarca, que acarretaram a morte de E.F.A. e graves ferimentos que também causaram a morte de C.B. (fls).

No entanto, em face do lapso de tempo decorrido e por não haver mais interesse de agir, na espécie, deixo de receber a denúncia.

Assim é que, como já dito, os fatos se deram em 1º de julho de 1988 e a denúncia, embora datada de 2 de outubro do corrente, só foi remetida a Juízo e distribuída a esta Vara em 30.10.92, como se vê às fls.

No caso de eventual condenação, ao réu não seria aplicada pena superior a 2 (dois) anos de detenção, considerando-se, ainda, a causa de aumento previsto no § 4º daquele mesmo dispositivo, mesmo porque a pena cominada ao tipo - mínima - é de 1 (um) ano e acrescida de 1/3 (um terço) será de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses. Desse modo, situando-se a pena em **quantum** não superior a 2 (dois) anos, a pena em perspectiva já se definiu, visto que mais de quatro anos e cinco meses já se passaram da data dos fatos, **ex vi** do artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Destarte, e em que pese a gravidade dos fatos, não há, por parte da autora, interesse de agir, eis que a pena em perspectiva, uma vez concretizada, levaria ao reconhecimento da prescrição da ação, REJEITO a denúncia de fls. nos termos do artigo 43, inciso III do Código de Processo Penal, em consonância com o v. Aresto proferido no recurso de sentido estrito sob nº 58.413/0, cujo relator foi o insigne Juiz Dr. Walter Theodósio, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, cuja íntegra segue em anexo.

Façam-se as devidas anotações de praxe, juntando-se o acórdão.

É o breve relato.

Colenda Câmara

Douto Procurador de Justiça

**Data venia**, a r. decisão de primeira instância, proferida às fls., não decidiu corretamente ao rejeitar a Denúncia, partindo de pressupostos equivocados, expondo fundamentos incorretos e fazendo uma análise inocente e simples, em demasia, da questão que se põs.

Não se pode discordar do fato de que, entre a data do crime e a data do oferecimento da Denúncia, transcorreram-se quatro anos e três meses (ou quatro anos e quatro meses, tendo-se em conta a época da decisão, ora recorrida, e não mais de quatro anos e cinco meses, como afirmou o julgador de primeira instância). Contudo, afirmar que, em razão desse fato, o Ministério Público perdeu o interesse de agir, é uma conclusão simples por demais, sem qualquer fundamentação, seja ela legal ou doutrinária.

O ilustre magistrado de primeiro grau sustenta que em caso de eventual condenação ao réu não seria aplicada pena superior a 2 (dois) anos de detenção, considerando-se, ainda, a causa de aumento previsto no § 4º daquele mesmo dispositivo, mesmo porque a pena cominada ao tipo - mínima - é de 1 (um) ano e acrescida de 1/3 (um terço) será de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses. Desse modo, situando-se a pena em **quantum** não superior a 2 (dois) anos, a pena em perspectiva já se definiu, visto que mais de quatro anos e cinco meses já se passaram da data dos fatos, **ex vi** do artigo 109, inciso V, do Código Penal. Destarte, e em que pese a gravidade dos fatos, não há, por parte da autora, interesse de agir, eis que a pena em perspectiva, uma vez concretizada, levaria ao reconhecimento da prescrição da ação...

Mas o que é **Pena em Perspectiva**?

O que é **Concretização de Pena em Perspectiva**?

O Código Penal, em nenhum de seus artigos, fala em **pena em perspectiva**, tampouco em **concretização de pena em perspectiva**. Tais expressões tampouco são usadas em outra lei ordinária, ou mesmo na Constituição Federal. Portanto, são expressões que não existem na legislação penal brasileira.

(\*) 2º lugar dentre os trabalhos da área criminal no concurso "Melhor Arrazoado Forense", série 92/93.

Admitir a existência da pena em perspectiva ou a concretização da pena em perspectiva é também admitir a **judicância adivinhadora** ou **judicância cartomante**. Não há como se garantir que, ao final de uma ação penal, pública ou privada, haverá uma condenação; não há como se garantir que essa condenação seja pela pena mínima ou máxima; não há como se garantir que sejam reconhecidas circunstâncias agravantes ou não; não há como se garantir que haja aditamento à Denúncia ou não; não há como se garantir que tal aditamento seja ou não recebido; não há como se garantir que, no curso do processo penal, haja decretação de nulidade ou não; não há como se garantir que haja fatores interruptivos ou não do curso da prescrição, etc... Assim, falar-se em pena em perspectiva é **utópico** é **ilusório**! Como pode o julgador prever o que ocorrerá no curso da ação penal, prever qual a decisão a ser por ele proferida, prever qual a decisão que transitará em julgado para concluir que existirá, em uma determinada data, no futuro, a prescrição retroativa; diante de determinado caso em que a Denúncia, hoje, lhe aponta como crime???

A interpretação feita do inciso III, do artigo 43, da Lei Processual Penal, para ter sido rejeitada a Denúncia, é totalmente viciada. No ato do oferecimento da Denúncia havia, e ainda há, as condições exigidas pela lei, para o exercício da ação penal. Afinal, basta a "dúvida", para a existência da Denúncia; ao contrário da Sentença na qual, em persistindo a dúvida, se dá a absolvição.

Assim prescreve a Lei Penal:

Art. 121. Matar alguém:

(...)

§ 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante...

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; e

IV - no de bigamia e nos de falsificação ou adulteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro).

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

(...)

Segundo a legislação penal em vigor, em nosso País, antes do trânsito em julgado da condenação, a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade. No presente feito criminal, a pena do artigo 121, § 3º e § 4º, CP, varia entre o mínimo de um ano e quatro meses e o máximo de quatro anos de detenção; assim, por força do inciso IV, do artigo 109, da Lei Penal, a prescrição da pretensão punitiva será de um período de oito anos. Tendo o fato ocorrido em data de 1º de julho de 1988, somente prescreverá em data de 30 de junho de 1996 a pretensão punitiva do Estado.

Antes do trânsito em julgado da condenação, somente se analisa e se opera a prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no máximo da pena privativa de liberdade (pena em abstrato). Não é prevista, pela legislação penal, a utilização da pena em concreto, para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva, por razões lógicas e óbvias: não existe a pena em concreto, ainda nesta fase processual. Se não existe, ainda, a pena em concreto, nesta fase processual, não pode ela ser considerada, no mundo do Direito. Falar-se de algo que ainda não existe e, além do mais, leva-lo em conta, tê-lo como principal fundamento, para se reconhecer ou não o Direito de punir do Estado é fazer uma **judicância adivinhadora**. Não é sério!

Extrapolando e abusando dos limites delineados pelo inciso III, do artigo 43, da Lei Processual Penal, o julgador que rejeita Denúncia, pela falta de condição exigida pela lei, falta de condição da ação penal, fundamentando sua decisão na afirmação de que não tem o Ministério Público interesse em agir, quando se supõe que poderá, em futuro incerto, ocorrer a prescrição retroativa, do § 2º, do artigo 110, da Lei Penal. Isto não é falta de interesse de agir; **ao contrário, o interesse de agir existe** e está, perfeitamente, amparado pela legislação penal, em vigor. Entretanto, se haverá a condenação, se a pena a ser imposta será suficiente ou não para não se operar a prescrição retroativa, são fatores que somente passarão a existir no futuro e não podem ser levados em consideração, antes de sua existência, para amparar decisões no presente.

Ainda que se admita, em última hipótese, tais **adivinhações**, o caso descrito pela Denúncia rejeitada é gravíssimo, como o próprio magistrado de primeiro grau reconheceu. Em sendo o fato gravíssimo; tendo o autor do crime agido com inquestionável frieza de sentimentos; não tendo prestado imediato socorro às vítimas; não tendo procurado diminuir as sérias e intensas conseqüências de seu ato criminoso; e, além do mais, fugido para evitar a prisão em flagrante, para evitar a sua imediata identificação, não se pode esperar e, tampouco aceitar, que a condenação seja feita pelo mínimo legal. A pena condenatória esperada (ou **pena em perspectiva**), necessariamente, deve se elevar do mínimo legal, por aplicação responsável do artigo 59, CP.

Como se apreende, não se trata de **inútil provimento jurisdicional**, o pretendido pela Denúncia rejeitada, como alguns julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo sustentam (RT 668/289). Afinal, quem pode garantir que a **pena em perspectiva** será, realmente, a pena concretizada?

A rejeição da Denúncia, nos termos decididos às fls., traz outras conseqüências sérias, violadoras de direitos também individuais, como consta do julgado do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que analisa a prescrição retroativa, reconhecida antes da condenação com base em hipotética fixação da pena:

Não pode o juiz reconhecer a prescrição retroativa antes da condenação com base na pena a ser hipoteticamente fixada, com fundamento na aplicação analógica do artigo 267, VI, do CPC, a título de agilização da Justiça, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção da inocência.

A interpretação analógica prevista no artigo 3º, do CPP, não tem alcance de permitir a inserção no Direito Processual Penal de fórmulas a ele completamente estranhas.

Ademais, a proclamação da prescrição pela pena concretizada pressupõe a existência de condenação em que seja fixada uma pena, que servirá de parâmetro para o prazo prescricional. Não poderá ser declarada a prescrição com base em pena hipotética quando é possível que sequer haja condenação. E enquanto não ocorrer a prescrição pela pena em abstrato o réu tem direito a uma decisão de mérito que, ao menos moralmente, poderá lhe ser mais favorável que a simples extinção do processo (RSE 290058379 - 1ª C. - j. 1º.8.90 - rel. Juiz Armando Mário Bianchi) - (RT 667/328).

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar, a respeito da matéria, assim decidindo:

**Ementa Oficial: Habeas Corpus.** Pretendido trancamento da ação penal, pela extinção da punibilidade, decorrente da prescrição da pretensão punitiva, segunda a pena a ser ainda concretizada em futura sentença. Inadmissibilidade. **Writ** indeferido. Antes da sentença a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção. (RHC 66.913-1 - DF - 1º T. - j. 25.10.88 - rel. Min. Sydney Sanches - DJU 18.11.88) - (decisão unânime) - (RT 639/389).

Por todo o exposto, há que ser reformada a decisão que rejeitou a Denúncia, dando-se provimento ao presente recurso em sentido estrito e determinando-se que a Denúncia seja recebida, em primeira instância.

São Paulo, 17 de novembro de 1992.