

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA, O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA



Mauro Bley Pereira Junior¹

Apresenta-se conceito da prescrição retroativa, com análise dos princípios do duplo grau de jurisdição e da dignidade da pessoa humana, concluindo-se que a prescrição retroativa deve ser aplicada sem análise das provas que conduziram à sentença condenatória, observando-se excepcionais distinções. Sugerem-se planos de gestão para combate à prescrição retroativa.

Palavras-chave: Prescrição Retroativa. Duplo Grau de Jurisdição. Dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: mbp@tjpr.jus.br.

RETROACTIVE PRESCRIPTION, DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION AND DIGNITY OF HUMAN PERSON

The concept of retroactive prescription is presented, with an analysis of the principles of the double degree of jurisdiction and the dignity of the human person, concluding that the retroactive prescription must be applied without analysis of the evidences that led to the conviction, observing exceptional distinctions. Management plans are suggested to combat retroactive prescription.

Keywords: Retroactive Prescription. Double Degree of Jurisdiction. Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

Observa-se, de alguns doutrinadores e julgadores, o entendimento de que apresentado pleito recursal absolutório pelo réu, é necessária a análise do mérito processual (a culpa ou inocência do réu), mesmo quando se verifica a prescrição retroativa da condenação.

Tais posicionamentos derivam da consideração do necessário exame do mérito em atenção aos preceitos constitucionais atinentes à dignidade humana e ao princípio do duplo grau de jurisdição, que dispõem que todo acusado tem direito à presunção de inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa, sendo-lhe garantido o direito de recorrer da sentença.

Em contraposição, vários doutrinadores e julgadores apresentam o entendimento de que o reconhecimento da prescrição retroativa, que é realizado preliminarmente, importa na impossibilidade de análise do pleito de absolvição, visto que verificada a extinção da punibilidade e do processo, não é lógico ou coerente que se realize a análise probatória do feito, a fim de avaliar se o réu merecia ser condenado ou absolvido.

Entende-se que a prescrição não prejudica a dignidade do réu, ou o duplo grau de jurisdição, pois não há mais processo, não podendo se verificar qualquer efeito penal ou civil.

1 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa é uma forma de prescrição que se verifica depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso. Esta espécie de prescrição regula-se pela pena aplicada, e o prazo não pode ter termo inicial em data anterior à da denúncia ou queixa.

Damásio de Jesus¹ informa o conceito de prescrição:

“O decurso do tempo possui efeitos relevantes no ordenamento jurídico, operando nascimento, alteração, transmissão ou perda de direitos. No campo penal o transcurso do tempo incide sobre a conveniência política de ser mantida a persecução criminal contra o autor de uma infração penal ou de ser executada a sanção em face

de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma. Com a prescrição o Estado limita o jus puniendi concreto e o jus punitonis a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição praticada pelo sujeito. (...) O termo prescrição, no sentido comum, significa preceito, ordem expressa; no sentido jurídico, significa perda de um direito em face de seu não exercício dentro de certo prazo. Prescrição penal, num conceito preliminar, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Preferimos dizer que a prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício”.

René Ariel Dotti², ao tratar sobre prescrição, leciona:

“O tempo é um fenômeno relevantíssimo para se determinar a aplicação da lei penal e que opera não somente para o efeito de extinguir a punibilidade (morte, prescrição, decadência e perempção), mas também para muitos outros efeitos. A prescrição é uma das formas de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo. A passagem do tempo apaga a lembrança dos fatos, fazendo com que o crime caia no esquecimento de maneira a cessar o alarma e o desequilíbrio social por ele causado. Como lembra Nelson Hungria, nem mesmo já será praticável uma exata apuração da verdade, dada a dispersão, a alteração ou o desaparecimento das provas. “A justiça demasiadamente tardia não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação. E ainda mesmo que

¹ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1988. p. 209.

² DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. 1º Volume, São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 112.

haja intervindo, sem subsequente cumprimento, a condenação do réu, a pena, com o transcurso do tempo, acaba por perder o seu cunho de necessidade e o seu caráter finalístico: sua serôdia execução já não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho da vingança”.

Ainda observa o saudoso autor³:

“A prescrição é a perda de ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo (Bevilacqua, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, p.268). Esse conceito, sintetizado por um imortal mestre de Direito Civil, vale também para o Direito Penal. Com efeito, os fatores determinantes dessa causa de extinção da punibilidade são os mesmos para ambos os ramos jurídicos. A propósito, a definição de Bruno: “A prescrição no Direito Penal é esta ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime (Direito Penal, t.3, p.209)”.

A prescrição retroativa está prevista no art. 110, § 1º, do Código Penal 4:

“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 aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa”.

³ Idem.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 605

A prescrição retroativa é definida por Guilherme Nucci⁵, como sendo “a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena aplicada na sentença condenatória (ou acórdão), mas ainda não executada, em virtude de determinado lapso temporal. Baseia-se, pois, na pena concreta do Estado (art.110, § 1º, CP)”. Rogério Greco ⁶, de forma didática, observa que:

“[...] a prescrição da pretensão punitiva retroativa consiste na perda do poder-dever do Estado de punir, em razão de sua inércia por determinado período de tempo (...) A prescrição retroativa deverá ser considerada como hipótese de prescrição da pretensão punitiva, com todas as consequências inerentes a esse reconhecimento, a exemplo de não servir para efeitos de reincidência, maus antecedentes, formação de título executivo judicial para a vítima, etc. (...) Essa modalidade de prescrição afasta todos os efeitos da condenação, tanto os principais, quanto os secundários, os penais e os extrapenais (TJRS, ACr 70033643321, Rel. Des. Odone Sanguiné, 3ª Câm. Crim., DJERS 15/6/2010)”.

2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição, segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco ⁷, refere-se à possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou de primeira instância), e funda-se na possibilidade da decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir-se sua reforma em grau de recurso.

Observa-se, regularmente, tal princípio nos feitos processuais criminais. Porém, observada a prescrição, verifica-se a extinção do feito e da punibilidade do agente. Nessas circunstâncias, afirmam doutrinadores e julgadores que não é lógico ou coerente a análise probatória em feito que já não existe juridicamente, e do qual não podem surgir efeitos cíveis ou penais.

Observam-se posicionamentos neste sentido por doutrinadores, de forma majoritária, assim como

⁶ GRECO, Rogerio. Código Penal Comentado, 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p.320

⁷ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 413

julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Cléber Masson⁸ leciona que a prescrição é matéria preliminar, conforme previsão no Código Penal e seu reconhecimento importa em prejuízo ao exame do mérito da causa. O doutrinador menciona os seguintes julgados:

“O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIRMOU COMPREENSÃO NO SENTIDO DE QUE, CONSUMANDO-SE O LAPSO PRESCRICIONAL (PRESCRIÇÃO SUBSEQUENTE OU SUPERVENIENTE) NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL, DEVE-SE DECLARAR, PRELIMINARMENTE, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, COM PREJUÍZO DO EXAME DE MÉRITO DA CAUSA. COM EFEITO, UMA VEZ DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART.107, IV, DO CÓDIGO PENAL, MOSTRA-SE PATENTE A FALTA DE INTERESSE DOS RECORRENTES EM OBTER A ABSOLVIÇÃO EM FACE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM RAZÃO DOS AMPLOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DESTA INSTITUTO (STJ: REsp 908.863/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, j. 08.02.2010. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça: Rcl 4.515/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, j.27.04.2011). [...]

Prescrição da pretensão punitiva – efeitos: “O RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO IMPLEMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL ENSEJA O DESAPARECIMENTO DE TODOS OS EFEITOS PENAIIS E EXTRAPENAIIS DA CONDENAÇÃO (Superior Tribunal de Justiça: AgRG nos EREsp 1.022.286/RS, rel. Min. Regina Helena Costa, 3ª Seção, j. 27.08.2014)”.

Guilherme de Souza Nucci⁹, no mesmo sentido, também observa que tendo em vista que a prescrição é considerada matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício, em qualquer fase do processo (Superior Tribunal de Justiça, REsp 60.870-SP, 6ª Turma,

rel. Vicente Leal, 19.10.1999), ou por provocação das partes, inclusive em ações de impugnações, ou, ainda, por meio de recursos (habeas corpus, revisão criminal e outros). Trata-se de matéria preliminar, ou seja, impede a análise do mérito.

O doutrinador menciona os seguintes julgados:

“PRESCRIÇÃO – PRAZO – RÉU MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DO FATO – APLICABILIDADE DO ART.109, VI, C/C ARTS. 110, § 1º, 114 E 115, TODOS DO CÓDIGO PENAL – EXAME DO MÉRITO PREJUDICADO – RECURSO PROVIDO PARA JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE” (TJSP, Ap.151.325-3, Pirassununga, rel. Lustosa Goulart, 21.07.1994) ‘VERIFICADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RECORRENTE EM FACE DA PRESCRIÇÃO PUNITIVA, O MÉRITO DO RECURSO NÃO PODE SER APRECIADO’ (Superior Tribunal de Justiça, REsp 197.977-RO, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, 04/05/1999)

[...]
Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos: ‘A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PREJUDICA O EXAME DE MÉRITO DA APELAÇÃO CRIMINAL’.”

Nesse sentido, observo decisão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que consta expressamente que o reconhecimento da preliminar de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, importa em restar prejudicada a questão de fundo, não se verificando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista tratar-se de extinção da punibilidade, com ausência de efeitos de natureza penal ou cível.

Reproduzo a decisão:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS ESTELIONATO-ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA. RECONHECIMENTO DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUESTÃO DE FUNDO PREJUDICADA. INCONFORMISMO. PLEITO D

⁸ MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, 8. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 799/800

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 601

ABSOLVIÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA– CF, ART. 1º, INC. III. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EFEITOS DE NATUREZA PENAL OU CÍVEL. 1. A prescrição da pretensão punitiva, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime. 2. A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo. Precedentes: AgRg no RE nº 345.577/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 19/12/2002; HC 73.120/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 03/12/99; HC nº 63.765/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 18/4/86. 3. In casu, houve condenação pelo crime de estelionato (CPM, art. 251), ensejando recurso de apelação da defesa cuja preliminar de prescrição da pretensão punitiva restou acolhida, por isso não procedem as razões da impetração no que visam à análise dos argumentos que objetivavam a absolvição no recurso defensivo, não cabendo, conseqüentemente, falar em violação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), sobretudo porque, reiterando-se, o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade não acarreta quaisquer efeitos negativos na esfera jurídica do paciente, consoante o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek no HC 63.765, verbis: 'Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equívoca do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado –

deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (...). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e conseqüências, daquele que se alcançaria mediante o término do processo com sentença absolutória".¹⁰

Destarte, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, não importa em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, tratando-se de matéria de ordem pública que deve ser reconhecida preliminarmente a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Nesse sentido, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo voto do Ministro Campos Marques, deliberou:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC115.098/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 7 mai. 2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur232004/false>. Acesso em: 17 out. 2022.

RECONHECIDA DE OFÍCIO. 1. A prescrição, por ser matéria de ordem pública, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, deve ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Precedentes. 2. Concretizada a pena em 2 (dois) anos de reclusão, e considerando o disposto no enunciado n. 497 da Súmula do STF, verifica-se a ocorrência de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia, declarando-se, de ofício, a extinção da punibilidade do paciente quanto à pena privativa de liberdade, pela caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa. 3. Agravo provido para declarar, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao crime praticado pelo ora agravado, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa".¹¹

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana adquiriu especial valor após a Segunda Guerra Mundial diante das atrocidades nazistas ocorridas, em especial, em relação a judeus, negros, ciganos, homossexuais e povos de alguns países.

A dignidade da pessoa humana, neste contexto, pressupõe igualdade, significando que não se admite gradações entre seres humanos, ou seja, não existem pessoas com mais dignidade do que outras.

A proteção da dignidade da pessoa humana, disciplinada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, determina que os poderes públicos e os particulares devem respeitar a dignidade do ser humano, e conceder acesso a direitos essenciais.

Esta previsão está relacionada a direitos sociais, sendo vetor interpretativo do art. 5º da Constituição

Federal 12 "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)".

O Estado tem o dever de promover políticas públicas para que o indivíduo tenha uma existência digna, sobretudo através da consagração de direitos sociais. A dignidade está relacionada a condições existenciais do ser humano e de acesso a serviços essenciais. Entre os serviços essenciais está o acesso à justiça, e a atuação do Estado na proteção e segurança do ser humano.

Todas as pessoas devem ter acesso à justiça, no sentido de ver assegurados seus direitos.

Quando se trata de situação envolvendo a prática de crime, verifica-se que cabe ao Estado promover medidas eficientes no combate à criminalidade, garantindo a qualquer indivíduo, e à sociedade, a segurança devida.

Sob essa ótica, a prescrição retroativa é causa de prejuízo à dignidade da pessoa humana, em relação à vítima e a sociedade, e para tal percepção, apresento notícia publicada na revista *Consultor Jurídico*¹³, em 23 de maio de 2022:

"Atraso fatal - Por prescrição, homem condenado por três estupros tem pena extinta

Devido à prescrição da pretensão punitiva estatal, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais declarou extinta a punibilidade de um homem que havia sido condenado por três crimes de estupro.

O longo tempo transcorrido entre denúncia e publicação da sentença favoreceu o réu.

Em primeira instância, o réu recebeu a pena total de 13 anos, seis meses e 20 dias de prisão, em regime inicial fechado.

No TJ-MG, o desembargador relator XXXXX lembrou que o prazo prescricional aplicável ao caso é de 12 anos — considerando que as penas impostas a cada um dos crimes não eram maiores do que oito anos.

Um dos crimes pelos quais o réu foi condenado ocorreu em 2002, enquanto os outros dois aconteceram em 2004. Em outubro deste mesmo ano, foi recebida a denúncia. A sentença condenatória foi publicada em julho de 2019.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.256.886/PR. Relator: Ministro Campos Marques – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 out. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101329252. Acesso em: 17 out. 2022

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília,

1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

¹³ HIGÍDIO, José. Atraso fatal - Por prescrição, homem condenado por três estupros tem pena extinta. Revista Consultor Jurídico, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ai-23>. Acesso em: 26 set. 2022.

Como se passaram mais de 14 anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, foi reconhecida a prescrição".

A mencionada notícia bem demonstra que a prescrição retroativa da condenação não importa em ofensa à dignidade do réu, que é beneficiado pela mesma, pois, apesar de condenado, o processo e sua punibilidade foram extintas, ou seja, deixaram de existir.

Todavia, a extinção do processo e da punibilidade em virtude de prescrição retroativa causam notória e justa indignação às vítimas diretas dos crimes e à sociedade.

Tal indignação importa em desgaste de confiança nas atividades do Estado, tendo como consequência as considerações sociais de impunidade e a resistência de vítimas em acessar ou buscar a proteção da justiça.

Nesse sentido, observam-se as ponderações do eminente Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia, Marcos Alaor Diniz Grangeia¹⁴, quando afirma que:

"A falta de agilidade do Sistema Judiciário, além de gerar incerteza no cenário econômico, descrédito social, também leva insegurança à população, em razão da sensação de impunidade em relação à pena aplicada aos criminosos. A demora no julgamento dos processos criminais redundam em senso de impunidade e insegurança pública, pois a sociedade, acuada pela marginalidade, é obrigada a conviver, em face do sistema constitucional, com réus que, condenados no primeiro grau de jurisdição, esperam a apreciação de seus recursos no Tribunal".

O referido jurista, após identificar a crise de gestão do Poder Judiciário, analisa o futuro, asseverando o seguinte:

"Identificado o problema gerencial do Poder Judiciário, suas consequências, bem como os possíveis caminhos para a solução da crise de gestão que tomou conta dos serviços

jurisdicionais, o futuro de uma justiça ágil revela-se possível. Considerado por muitos como gestor despreparado, o magistrado brasileiro abraçou a causa e, hoje, planejamento estratégico, gestão por resultados, qualidade total, são palavras de ordem na luta contra a lentidão dos processos. Os primeiros resultados positivos da luta já começam a ser percebidos, como apurado na pesquisa realizada pela FGV – IPESPE, em que se observam respostas no sentido de que: vale a pena a procurar a justiça (80%); há confiança nos juizes (67%); há satisfação nos serviços (52%) e; a justiça evoluiu e está evoluindo (44%), revertendo números negativos apurados em pesquisas anteriores. O povo brasileiro deve se orgulhar de seus magistrados, pois estes tomaram para si o dever de resolver a crise de gestão instalada no Poder Judiciário Brasileiro. Em ações conjuntas com os tribunais estaduais, federais, suas escolas de magistraturas, tribunais superiores, com o CNJ, ENFAM e associações de classes, a Magistratura do Brasil revela-se capaz de assumir o papel pró-ativo de desenhar e construir o judiciário desejado pelo jurisdicionado".¹⁵

No mesmo sentido de tais ponderações, o eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Roberto Portugal Bacelar¹⁶, em monografia premiada, observa que:

"As propostas estratégicas de treinamento, capacitação e percepção da celeridade poderão levar o Poder Judiciário a alcançar o ideal de efetivação da promessa de "acesso à ordem jurídica justa" que é aquela analisada segundo a perspectiva do jurisdicionado. Da experiência vivida pelo Poder Judiciário, resulta a convicção dirigida à necessidade de democratizar gestão ouvindo os jurisdicionados e capacitando melhor

¹⁴ GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do Poder Judiciário: O problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2022. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

¹⁵ Idem.

¹⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. A pressa da justiça morosa. Monografia vencedora no concurso da Associação dos Magistrados Brasileiros, na área Planejamento Estratégico do Judiciário, o atendimento do jurisdicionado como Finalidade da Justiça. Congresso Brasileiro de Magistrados. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://silo.tips/download/nografia-roberto-portugal-bacellar>. Acesso em: 26 set. 2022.

os magistrados. O prestígio dos juízes e do próprio Poder Judiciário depende fundamentalmente do atendimento do jurisdicionado. A demora na prestação jurisdicional é menos traumática do que a pressa que é percebida pelo jurisdicionado como desatenção e desrespeito. O momento atual exige que o Poder Judiciário resgate a sua boa reputação, amplie a sua legitimação social e faça aflorar sua essência (um serviço público essencial e de qualidade)".

O principal jurisdicionado no processo penal, a vítima direta de crime, até poucas décadas atrás, não recebia qualquer atenção processual, sendo que seu depoimento era alvo de dúvidas em relação à verdade dos fatos. Felizmente, tal situação vem sendo alterada nas recentes legislações e julgados, em que a vítima vem assumindo especial relevância.

Nesse sentido, menciono, como exemplo, uma de inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS LEVES. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATERIALIDADE. FATOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EG. TRIBUNAL A QUO. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ. I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4.º, inciso I, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade. II - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a

solução da questão, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Os elementos probatórios delineados no v. acórdão increpado são suficientes à análise do pedido, exigindo, tão somente, a reavaliação da situação descrita, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária. Agravo regimental não provido. [...] segundo jurisprudência desta Corte, 'a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar' [...]"¹⁷

4 A POSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO

É de se ressaltar que não se pretende supor que o réu condenado não possa ser vítima de ilegalidades ou abusos que resultem em sua condenação. Nestas situações, cabe ao réu o acesso à justiça e determinações judiciais que permitam o pleno respeito aos seus direitos fundamentais.

Regularmente, tais situações são objeto de revisão criminal, nos termos do art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal 18, o qual estabelece que: "A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da Lei penal ou à evidência dos autos".

Tal previsão não impede que o Tribunal, de ofício, ou à requerimento das partes (como no caso de apelação), cesse eventual ilegalidade ou abuso de poder, ao verificar que o réu sofreu ou está na iminência de sofrer condenação ilegal.

Nesse sentido, reproduzo o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que estabelece que "Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal".

É de se ressaltar que tais situações se verificam em casos excepcionais. E nessas situações fáticas é possível atribuir a técnica do chamado "distinguishing", ou distinção.

Didier Junior¹⁹ leciona que o "distinguishing": consiste em uma técnica de confronto do suporte fático recedente com a da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação de

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial 1.236.017/ES. Relator: Ministro Felix Fischer – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800089257. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro,

1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: Juspodivum, 2016.
¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 134/2022. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ nº 222/2022, Brasília, 09 set. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 17 out. 2022.

precedente no caso concreto, se as eventuais dissemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele, ou; b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele. Por "distinguishing", se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constatada diferença entre os elementos comparados.

Assim, o "distinguishing" ou distinção se verifica ao ser identificada uma situação material relevante. Nestes casos, os tribunais podem afastar a aplicação de precedente pelo uso da técnica da distinção. Essas hipóteses não podem servir para negar, de forma genérica, a legislação vigente ou estabelecer nova tese jurídica e tampouco como via indireta de superação de precedentes, também chamado "overruling".

A técnica da distinção é muito relevante e deve ser aplicada pelo juiz ou pelos tribunais, pois com a meta de atingir objetivo numérico, o precedente pode ser aplicado inadequadamente, sem que sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto.

Portanto, é possível aos juízes e tribunais apreciar matérias probatórias em feitos processuais prescritos, em situações em que o réu condenado é vítima de ilegalidades.

É de se ressaltar que tais situações são excepcionais e não podem servir de parâmetro para determinar a revogação do entendimento, consagrado na doutrina e jurisprudência brasileira, de que a prescrição retroativa é matéria de ordem pública e deve ser observada preliminarmente.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou a Recomendação 134/2022²⁰, em 09/09/2022, cabendo destaque nas previsões do artigo 14, que tratam da hipótese de "distinguishing".

Ela ocorre quando o intérprete compara os pressupostos de fato e de direito que levaram à formação de um precedente, em relação a um determinado caso concreto que esteja em julgamento. Na prática, se não houver identidade desses pressupostos, o juiz pode superar o precedente e decidir a causa como entender de direito. Para o CNJ, isso pode ser feito, mas é preciso explicar, de maneira clara, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese. A recomendação prevê, também, que o "distinguishing" não seja usado para afastar a aplicação da legislação vigente e para estabelecer tese jurídica em descompasso com a jurisprudência consolidada sobre o assunto.

CONCLUSÃO E SUGESTÃO

A análise recursal da prescrição processual da condenação, também chamada prescrição retroativa, é de ordem pública, e deve ser realizada de forma preliminar em relação ao mérito.

Com o reconhecimento da prescrição retroativa, verifica-se a extinção do processo e da punibilidade do réu, não sendo caso de análise de eventual pleito de absolvição, posto que o processo deixou de existir. Esta posição é adotada de forma majoritária pela doutrina, verificando-se, inclusive, precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, e do Superior Tribunal de Justiça.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não importa em ofensa ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição, tratando-se de matéria de ordem pública que deve ser reconhecida preliminarmente em qualquer juízo.

A dignidade da pessoa humana, consistente no acesso à justiça e a proteção do Estado, refere-se à direito social de igualdade de tratamento, e em relação ao Poder Judiciário, consiste em verificar a todos o acesso à justiça para proteção de seus direitos. A dignidade da pessoa humana é observada pelo Poder Judiciário quando o processo judicial tem seu desenvolvimento regular, com diligência, agilidade, e robustez probatória.

Na prescrição retroativa da condenação, a dignidade do réu condenado não sofre ofensa. Ao contrário, o réu é beneficiado pela extinção do processo e sua anistia resultante da prescrição, não havendo qualquer efeito penal ou cível ao mesmo.

Essa espécie de prescrição causa ofensa à dignidade das vítimas diretas de crimes e da sociedade. A prescrição retroativa indica que o Estado está agindo de forma ineficiente, ou seja, não atua adequadamente no sentido de proteger vítimas e sociedade, e de demonstrar os benefícios do acesso à Justiça.

É possível observar ao réu condenado a condição de vítima em casos excepcionais em que se verifiquem abusos e ilegalidades, em situação de distinção.

Sugere-se, conforme as observações e ponderações apresentadas pelos eminentes Desembargadores Marcos Alaor Diniz Grangeia e Roberto Portugal Bacellar, a implementação de cursos de gestão de pessoas e de processos, com frequência obrigatória aos juízes e serventuários, a fim de que o Poder Judiciário preste serviço com agilidade, atenção e respeito, e especialmente para diminuir a incidência da indesejada prescrição retroativa.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 134/2022. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ nº 222/2022, Brasília,

09 set. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 17 out. 2022.

REFERÊNCIAS

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BACELLAR, Roberto Portugal. A pressa da justiça morosa. Monografia vencedora no concurso da Associação dos Magistrados Brasileiros, na área Planejamento Estratégico do Judiciário, o atendimento do jurisdicionado como Finalidade da Justiça. Congresso Brasileiro de Magistrados. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://silo.tips/download/nografia-roberto-portugal-bacellar>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 134/2022. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ nº 222/2022, Brasília, 09 set. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 17 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial 1.236.017/ES. Relator: Ministro Felix Fischer – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&>

DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: Juspodivum, 2016.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. 1. V. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do Poder Judiciário: O problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2022. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_A

rtigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

GRECO, Rogerio. Código Penal Comentado, 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p.

HIGÍDIO, José. Atraso fatal - Por prescrição, homem condenado por três estupros tem pena extinta. Revista Consultor Jurídico, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-23>. Acesso em: 26 set. 2022.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1988.

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, 8. ed. São Paulo: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013