AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.499.742 - SP (2019/0137833-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	LUCIANA MANZANO CALVENTE PEREZ
AGRAVANTE	:	DANIELA CALVENTE GRINEBERG
ADVOGADOS	:	SIMONE HAIDAMUS - SP112732
		EGLE MASSAE SASSAKI SANTOS - SP273319
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por DANIELA CALVENTE GRINEBERG contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República.

A controvérsia tratada nos autos foi devidamente relatada no parecer ministerial às e-STJ fls. 654/656:

> *Trata-se de agravos interpostos por **DANIELA CALVENTE GRINEBERG** e LUCIANA MANZANO CALVENTE PERES, irresignadas com as decisões proferidas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em juízo de admissibilidade, negou seguimento a seus recursos especiais, respectivamente, insertos às fls. 479/490 e às fls. 508/519, por considerar que o aresto guerreado restou exarado em conformidade tanto com o teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF, como do posicionamento adotado, pela Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 602.527/RS (Tema 239).*
>
> ***Em suas razões** às fls. 578/583, DANIELA CALVENTE GRINEBERG alega que 'a decisão agravada deve ser reformada, pois limitou-se o Desembargador a indicar fundamentos jurisprudenciais sem dizer, contudo, porque seriam aplicáveis ao caso em questão para não se admitir o recurso e a ele negar seguimento.' (sic) (fls. 579)*
>
> ***Assevera que a decretação da prescrição da pretensão punitiva de forma antecipada, ou virtual, além de proporcionar celeridade e utilidade do processo penal, viabiliza a aplicação do Direito Penal, como última ratio, de forma mais justa e adequada à situação em concreto**.*
>
> *Alfim, pugna pelo conhecimento e provimento do agravo para que o especial objurgado seja conhecido e provido.*
>
> [...]

> *Contrarrazões ministeriais apresentadas às fls. 615/ 625 e às fls. 631/641.* (Grifei.)

Ao final do parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo **desprovimento** do agravo.

É, em síntese, o relatório.

Decido.

A Corte de origem afastou o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em perspectiva consoante estes fundamentos (e-STJ fl. 466/472):

> *Entretanto, a d. Magistrada de Primeiro Grau declarou extinta a punibilidade de ambas, por força da prescrição virtual ou antecipada, nos seguintes termos:*
>
> > *'A hipótese é de extinção do presente feito em razão do reconhecimento da prescrição em perspectiva, registrando-se que a prescrição, na forma do artigo 61 do Código de Processo Penal, é de ser conhecida a qualquer tempo e até mesmo de oficio pelo juiz.*
> >
> > *'É que. ainda que seja hipótese de procedência da presente ação penal, não há nada nos autos que justifique fixar a pena base acima do mínimo legal, ante a primariedade das acusadas.*
> >
> > *'Na esfera penal, ao que se verifica, da data da inserção do débito na dívida ativa até o presente momento decorreu prazo superior a CINCO anos.*
> >
> > *'Em caso de aplicação da pena mínima, ou seja, dois anos de reclusão prescrição em quatro há muito está superado o prazo prescricional. que seria nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal, cabendo ressaltar que, tratando-se de crime continuado, a prescrição se dá observando cada crime, isoladamente, na forma do artigo 119 do Código Penal.*
> >
> > *'Assim, inescapável que de todo inútil o prosseguimento do feito, porque, ainda que procedente, seria necessária apenas a prolação de sentença para o posterior reconhecimento de tal prescrição.*
> >
> > *'Ocorre assim o que a jurisprudência chama de prescrição em perspectiva.*
> >
> > *'Recorrendo-se subsidiariamente ao processo civil se vê, portanto, que falta ao Estado interesse de agir, visto que eventual providência que adviria do processo, a condenação do réu, não teria efeito prático, pois bastaria ser esta lançada para necessariamente se reconhecer a prescrição.*
> >
> > *'E considerando-se que o Juiz deve ser homem de seu tempo e deve estar atento à realidade social e, portanto, ao enorme volume de processos aguardando solução na Justiça, não se pode permitir que*

> *processos fadados á prescrição sigam seu trâmite, atravancando ainda mais o Poder Judiciário de Primeiro e Segundo graus.*
>
> *'Ante o exposto, JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE de LUCIANA MANZANO CALVENTE PEREZ e DANIELA CALVENTE GRINEBERG. por força da prescrição da pretensão punitiva, fazendo-o com fundamento nos artigos 107, inciso IV, cc. artigo 109, inciso V, e artigos 110 e 119, todos do Código Penal'.*

Em que pese o respeitável entendimento da d. Julgadora, a r. decisão recorrida deve ser modificada.

O tema relativo à prescrição antecipada ou virtual (ou, ainda em perspectiva, presumida, presuntiva ou prognose prescricional) não é novo, tendo ganhado espaço no início dos anos noventa, quando o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo começou a manifestar-se no sentido de que faltaria interesse de agir ao órgão do Ministério Público para o oferecimento de denúncia (ou, sob outro prisma, de justa causa para a instauração de ação penal), quando se pudesse vislumbrar, desde logo, que a ação penal intentada não seria capaz de atingir o seu propósito último, pela clara perspectiva de que a pena máxima cabivel, em tese, levaria inexoravelmente ao reconhecimento da prescrição retroativa[1].

O Acórdão que deflagrou a discussão sobre o tema, no âmbito estadual, foi proferido no Recurso em Sentido Estrito n° 589.413/0 (4ª Câmara Criminal, j. em 12.03.90), relatado pelo Juiz WALTER THEODÓSIO, em cujo teor foi afirmado que 'Seria inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se a ausência do interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata. O mundo do direito não pode posturar-se em tom fenomênico, inteiramente dissociado do mundo concreto. A vinculação entre o fato da vida e o mundo do Direito, na esfera processual penal é indicada, desde logo, pelo principio da consubstanciação, que exige, no oferecimento da denúncia, a apuração do fato e autoria imputada, através de inquérito policial ou de documentos. Mantida a interligação entre os fatos e o mundo jurídico, verifica-se, na temática debatida, que não se pode abstrair o resultado concreto de eventual condenação, no exame do interesse de agir[2].

Em consonância com o teor dessa precursora decisão, a afirmação da ausência de interesse de agir a partir da visualização prévia da pena alcançável com a ação penal, não implicaria negativa de validade ao principio da obrigatoriedade da ação penal na medida em que o princípio não deveria sobrepor-se a um pragmatismo mínimo das autoridades incumbidas da persecutio criminis in judicio, que deveria desobrigá-los da prática de atos jurídicos essencialmente inúteis.

A matéria passou a ser amplamente apreciada pela doutrina e

jurisprudência do país.

LUIZ FLÁVIO GOMES[3], entre outros, afirmou que: 'A máquina judiciária não pode ser movimentada para se chegar a nada. O provimento jurisdicional acaba sendo inútil. Não conta com utilidade prática. Não há, portanto, interesse de agir, que exige utilidade do provimento, além da necessidade da adequação'[4].

E outras decisões no mesmo sentido sobrevieram, como, por exemplo, a publicada na RT. 734/742 (do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul), dando pela 'validade do raciocínio judicial que antecipa o cálculo prescricional para rejeitar denúncia -, e, também, as publicadas nas RRTT 668/289, 669/315 e 734/742 (do TACrimSP), afirmando ser 'De nenhum efeito a persecução penal, com o dispêndio de tempo e desgaste 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, interesse teleológico de agir'.

Também a E. Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo encampou a tese, prestigiando o requerimento de arquivamento de inquéritos policiais formulados pelos seus membros (remetidos à chefia da instituição por aplicação do a|rtigo 28 do CPP) naquelas situações em que era possível identificar a ausência de interesse de agir em virtude da absoluta falta de utilidade da ação penal:

[...]

A administração Superior deste E. Tribunal de Justiça, por vez, também se manifestou a favor da adoção da tese da prescrição antecipada em mais de uma oportunidade, a saber:

[...]

Nada obstante, a tese nunca ganhou força nos Tribunais Superiores, em particular no E. Superior Tribunal de Justiça que, em 28.4.2010, editou a Súmula n° 438, do seguinte teor:

> *'É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.'*

De fato, diversas decisões emanadas desse Tribunal vinham desde antes preconizando tal entendimento, v.g.:

[...]

Também o Supremo Tribunal Federal não acatou as proposições doutrinárias e a jurisprudência dos Tribunais Estaduais a respeito da matéria, vindo a rejeitar em diversas oportunidades as teses favoráveis à prescrição antecipada. Vide, por exemplo, os seguintes arestos:

[...]

A partir de meados de década dos 2000, este Egrégio Tribunal de

> *Justiça também passou a rechaçar a tese, sob o argumento principal de que 'não é possível reconhecer a prescrição antecipada — exatamente porque fundada numa hipotética sentença condenatória — com inegável afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da presunção de inocência e do devido processo legai' (trecho do acórdão proferido nos autos do RSE n° 993.05.028309-7, da 13ª Câm. Criminal, j. 30.9.2010, v.u., Rei. Des. Lopes da Silva[5]).*
>
> *O panorama sofreu drástica alteração com o advento da Lei n° 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110 do Código Penal, revogando ainda o § 2º deste último dispositivo, com o propósito declarado (em seu artigo 1º)[6] de 'excluir a prescrição retroativa'.*
>
> [...]
>
> *Pode-se afirmar, assim, que* ***a tese da prescrição antecipada, embora tenha cumprido seu papel em determinado momento histórico, hoje cede espaço às demandas sociais comportadas no binômio celeridade-credibilidade da Justiça Criminal[7], que não se conformam com proposições voltadas - em última análise - a subtrair do conhecimento do Poder Judiciário questões que deveriam a ele ter sido submetidas anteriormente e não o foram por motivos estruturais[8].*** (Grifei)

A defesa aduziu, nas razões do recurso especial, que a Corte local não logrou fundamentar idoneamente a superação da prescrição em perspectiva, pois teria se limitado a proceder à "*mera exposição do tema, sem efetivamente colacionar os fundamentos ali indicados com a decisão final de não reconhecimento da prescrição. Antes, sequer contradita os argumentos elencados na sentença proferida pelo juízo a quo e nem mesmo faz menção àqueles reforçados por esta Defesa em suas contrarrazões ao recurso em tela*" (e-STJ fl. 483).

Sem razão a agravante.

Da leitura do trechos transcritos, é possível verificar que o Tribunal estadual, além de ter procedido a um didático apanhado histórico acerca do instituto da prescrição em abstrato, logrou, por meio dele, destrinchar os motivos pelos quais chegou-se à conclusão de não se aplicá-lo ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não há que se falar em ausência de fundamentação do acórdão recorrido ou de ausência de efetiva apreciação do que foi posto a sua apreciação.

No mais, também sem razão a defesa quanto ao pleito de reconhecimento da extinção da punibilidade da recorrente pela prescrição da pretensão punitiva estatal em perspectiva.

Trata-se de obra jurisprudencial, sem amparo legal, que possui como finalidade antecipar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Fundamenta-se na falta de interesse do Estado no prosseguimento de demanda penal cuja pena, dadas as circunstâncias do crime e as condições do acusado, será estabelecida no mínimo, conduzindo o processo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa.

Entretanto, a jurisprudência desta Casa não reconhece essa espécie de prescrição, posição consolidada, inclusive, no enunciado 438 – "**é inadmissível a extinção da punibilidade da prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal**".

No mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL.* ***PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 438/STJ. AGRAVO IMPROVIDO****.*
>
> *1.* ***É firme o entendimento desta Corte Superior, consolidado na Súmula 438, de que, ante a inexistência de previsão legal, não há falar em prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal****.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1768437/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019, grifei)

> *AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL PERPETRADA NO ÂMBITO FAMILIAR.* ***PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. INSTITUTO NÃO ALBERGADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. ENUNCIADO N.º 438 DA SÚMULA DESTA CORTE.*** *AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1.* ***Segundo reiterados julgados desta Corte Superior de Justiça, inclusive resultando na edição do enunciado da Súmula n.º 438 desta Corte, 'É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena***

> ***hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal'.***
>
> *2. Agravo regimental desprovido.* (AgRg nos EDcl no REsp 1756128/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 22/02/2019, grifei)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntico posicionamento:

> *AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva 'em perspectiva, projetada ou antecipada'. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.* ***É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal****.* (RE 602527 QO-RG, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL, DJe 18/12/2009, grifei)

Desse modo, o acórdão proferido pela Corte de origem deve ser mantido incólume.

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator