

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO E PODER JUDICIÁRIO**

BRUNO LOIOLA BARBOSA

**O USO DA TEORIA DA ASSERTÇÃO PARA ANÁLISE DE PRESCRITIBILIDADE NO
DIREITO PENAL E CONDENAÇÃO POR INDEFERIMENTO DE PROVAS IMPERTINENTES**

**FORTALEZA
2023**

BRUNO LOIOLA BARBOSA

O USO DA TEORIA DA ASSERTÃO PARA ANÁLISE DE PRESCRITIBILIDADE NO DIREITO PENAL E CONDENAÇÃO POR INDEFERIMENTO DE PROVAS IMPERTINENTES

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público e Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Di Ciero Miranda

FORTALEZA
2023

B238U

BARBOSA, Bruno Loiola.

O uso da teoria da asserção para análise de prescritibilidade no direito penal e condenação por indeferimento de provas impertinentes. / Bruno Loiola Barbosa. –2023.
77 p.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Especialização em Direito Público e Poder Judiciário, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr Jorge Di Ciero Miranda

1. Teoria da asserção. 2. Prescrição virtual I. Título.

CDDIR 341.46

Bibliotecário: Jackson Clayton dos Anjos Lima CRB-3/1686

**O USO DA TEORIA DA ASSERTÃO PARA ANÁLISE DE PRESCRITIBILIDADE
NO DIREITO PENAL E CONDENAÇÃO POR INDEFERIMENTO DE PROVAS
IMPERTINENTES**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público e Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público e Poder Judiciário.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Di Ciero Miranda
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec)

Prof. Dr. Márcio Rodrigues Melo
Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU)

Profa. Ma. Andrea Maria Sobreira Karam
Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (AESP)

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará pelo apoio e incentivo a minha formação continuada, concedendo minha bolsa de auxílio.

À Escola Superior da Magistratura pelo suporte às atividades acadêmicas desenvolvidas durante a especialização.

Ao Prof. Dr. Jorge Di Ciero Miranda pelas excelentes orientações e pela dedicação no acompanhamento do presente estudo.

Aos colegas de turma pelas sugestões e debates nas aulas.

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça determina na Súmula 438 a vedação da prescrição virtual. Apesar da vedação sumulada há mais de uma década, ainda é comum a aplicação de tal doutrina, conforme vislumbra-se nas recentes decisões do STJ que reafirmam tal entendimento. A justificativa do trabalho é a necessidade de procurar uma técnica para permitir ao magistrado de piso extinguir processos sem utilidade mantendo o entendimento das cortes superiores que proíbem o reconhecimento da prescrição virtual. O objetivo geral do trabalho é a construção de técnicas interpretativas que, com base analógica na aplicação da teoria da asserção, para analisar a prescritibilidade dos processos, mantendo a vedação sumulada e seus fundamentos. Os objetivos específicos são estudar se a vedação da súmula 438 é legal e constitucional; se existem formas de conciliar os fundamentos da súmula com a necessidade de extinguir processos desnecessários e como pode-se aplicar na prática tais técnicas. A metodologia a ser utilizada será indutiva e quali-quantitativa, com a pesquisa documental da jurisprudência e doutrinária aliada à dados estatísticos de coleta secundária, cuja finalidade é exploratória e sendo de natureza aplicada, com a aplicação da técnica construída a casos concretos. A consideração final é que os métodos interpretativos testados são legais, podem ser aplicados sem nenhuma alteração legislativa, se amoldam aos princípios constitucionais da eficiência e razoável duração do processo. O emprego da presente técnica pode ao mesmo tempo manter a súmula 438 do STJ e incrementar a eficiência do Poder Judiciário, ao permitir o filtro de demandas natimortas, evitando o uso irracional de recursos finitos apenas por formalismos.

Palavras-chave: prescrição; virtual; asserção; dosimetria; pena.

ABSTRACT

The Superior Court of Justice determines in Precedent 438 the prohibition of virtual prescription. Despite the prohibition established more than a decade ago, the application of such a doctrine is still common, as we can see in the recent decisions of the STJ that reaffirm such understanding. The justification of the work is the need to look for a technique to allow the magistrate of the floor to extinguish useless processes, maintaining the understanding of the superior courts that prohibit the recognition of the virtual prescription. The general objective of the work is the construction of interpretive techniques that, based on the analogical application of the theory of assertion, allow to circumvent the simulated prohibition while maintaining its fundamentals. The specific objectives are to study whether the ban on Precedent 438 is legal and constitutional; if there are ways to reconcile the fundamentals of the summary with the need to extinguish unnecessary processes and how we can apply such techniques in practice. The methodology to be used will be inductive and quali-quantitative, with jurisprudential and doctrinal research allied to statistical data from secondary collection, being of an applied nature, with the application of the techniques constructed to concrete cases. The final consideration is that the interpretative methods tested are legal, can be applied without any legislative changes, conform to the constitutional principles of efficiency and reasonable duration of the process. The use of these techniques can help to legally circumvent STJ's Precedent 438 and increase the efficiency of the Judiciary, by allowing the filtering of still-born claims, avoiding the irrational use of finite resources just for formalities.

Keywords: limitation; virtual; assertion; dosimetry; penalty.

LISTA DE GRÁFICOS E ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 - GRÁFICO TERMO INICIAL DE DOSIMETRIA DA PENA	39
FIGURA 2 - GRÁFICO FRAÇÃO A SER USADA EM DOSIMETRIA	40
FIGURA 3 - GRÁFICO FRAÇÃO DE DOSIMETRIA POR TRIBUNAL ESTADUAL.....	42
FIGURA 4 - GRÁFICO FRAÇÃO DE DOSIMETRIA POR TRIBUNAL FEDERAL.....	43
FIGURA 5 - GRÁFICO DE INÍCIO DA PENA POR TRIBUNAL	44
FIGURA 6 - GRÁFICO DE CORRELAÇÃO ENTRE TERMO INICIAL E FRAÇÃO	45
FIGURA 7 - GRÁFICO DE ESPECIFICAÇÃO DE AUMENTO.....	45

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Variação da pena base com aplicação da fração de 1/8 com início na média entre a pena mínima e a máxima.....	41
Quadro 2 - Variação da pena base com aplicação da fração de 1/6 com início na média entre a pena mínima e a máxima.....	42
Quadro 3 - Variação da pena base com aplicação da fração de 1/8 com início na pena mínima	43

LISTA DE ABREVIÇÃO

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça do Ceará
UFC	Universidade Federal do Ceará
CP	Código Penal
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1 A prescrição da pretensão punitiva em abstrato	14
1.2 A prescrição da pretensão punitiva em concreto.....	14
1.3. A prescrição da pretensão executória	16
1.4 A vedação da prescrição virtual.....	17
2. A DISTINÇÃO DA PRESUNÇÃO DO CÔMPUTO PELA TEORIA DA ASSER- ÇÃO	29
2.1 As teorias da ação e as condições da ação	29
2.2 A teoria da asserção no processo penal e no processo civil	31
2.3 A distinção hermenêutica da vedação da presunção determinada pelo STJ e do cômputo concreto da pena pela teoria da asserção	33
3. A APLICAÇÃO DA PENA PELA TEORIA DA ASSERÇÃO	38
3.2 Do indeferimento de provas pela teoria da asserção	51
3.3 Da sentença condenatória-absolutória pelo indeferimento de provas	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58
ANEXOS.....	67
Modelo de sentença condenatória-absolutória pelo indeferimento de provas	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca enfrentar um problema processual existente na prática forense, em que o magistrado, usualmente ao analisar o feito para designar uma audiência de instrução observa que o processo já está provavelmente prescrito pela pena a ser futuramente aplicada, o que é denominado de prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente aplicada.

Consoante o atual entendimento sumulado do STJ, na súmula 438, é “inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em **pena hipotética**, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Conforme tal súmula, mesmo que seja evidentemente inútil o trâmite processual, pela certeza da prescrição retroativa, o magistrado não pode, em hipótese alguma decretar a prescrição virtual pela pena provável, sendo obrigado a designar a audiência de instrução e utilizar recursos, limitados e finitos, em uma persecução penal ineficaz, que não trará nenhum resultado útil ante a generosa legislação vigente para os prazos prescricionais.

De acordo com o relatório do CNJ Justiça em Números de 2022, o Poder Judiciário Brasileiro possuiu 77,3 milhões de processos tramitando em 2021 para 17 mil juízes, com uma média de 4500 processos em tramitação em cada juízo¹. Como comparação, segundo Relatório das Cortes Federais Americanas de 2022, um juiz nos EUA em média trabalha com 250 casos por ano². Tais números indicam uma tendência de que a carga de trabalho do judiciário brasileiro é superior à de tal país.

Na seara criminal é ainda maior a divergência. Como comparação, conforme Relatório da Justiça Estadual da Califórnia³, cada magistrado lida com uma média de 140 processos novos por ano. Conforme o Relatório Justiça em números de 2022⁴, foram 2,2 milhões de processos criminais novos no país todo, com a maior taxa de congestionamento de todas as áreas, com processos criminais demorando, em média mais do que os processos cíveis, conforme vislumbra-se na página 227

1 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. [S.l.]. CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

2 USCOURTS. United States Courts. Federal Judicial Caseload Statistics 2022. [S.l.]. USCOURTS, 2022. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/federal-judicial-caseload-statistics-2022>. Acesso em: 21 ago. 2023.

3 JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA. Courts of California. 2022 Court Statistics Report Statewide Caseload Trends. [S.l.]. Judicial Council of California, 2022. Disponível em: <https://www.courts.ca.gov/documents/2022-Court-Statistics-Report.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

4 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. [S.l.]. CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

do Relatório.

Consoante o relatório, na fase de conhecimento de primeiro grau, o tempo do processo criminal é maior que os outros e a taxa de congestionamento criminal (75%) supera a não criminal (66,8%), para essa fase/instância⁵. Na Justiça Federal, o tempo médio do processo criminal na fase de conhecimento de primeiro grau (2 anos e 9 meses) chega a ser mais do dobro do processo não criminal e na Justiça Estadual, os processos criminais duram uma média de 2 anos e 11 meses até o primeiro julgamento. Com tais números vislumbra-se o indicativo de excesso de trabalho como uma regra geral

Diante de tal cenário, na prática forense, apesar da vedação sumulada há mais de uma década, é comum ver decisões efetivamente decretando a prescrição virtual, com base na pena provável⁶. Tais decisões, quando inexistente recurso ministerial ensejam no arquivamento do caso, mas quando combatidas por apelação são como regra anuladas⁷, acaso a demanda não tenha prescrito pela pena em abstrato.

Então exsurge o imbróglio em que o magistrado ou decide prosseguir com ações inúteis em um contexto geral de excesso de ações e lentidão do Poder Judiciário ou observam-se decisões decretadas com a complacência dos órgãos acusatórios, que não manejam os recursos necessários às decisões que são em tese anuláveis pois violam entendimento pacificado das Cortes Superiores por razões válidas, conforme trabalha-se adiante.

Nesse contexto, erige a questão orientadora para este estudo: A vedação da súmula 438 é legal e constitucional? Existem uma ou mais técnicas que conciliem a súmula com a necessidade de extinguir processos desnecessários? Podemos aplicar na prática tais técnicas?

O objetivo do presente trabalho é estudar tal situação, com a construção de

5 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. [S.l.]. CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023. Página 227.

6 RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. (Vara Única da Comarca de São Miguel do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte). Sentença 0101002-83.2017.8.20.0131. Magistrado: Marco Antônio Mendes Ribeiro, 21/08/2023. DJEN. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rn/1937903982/inteiro-teor-1937903983>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO . Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo.(Comarca de Jaboticabal). Sentença 1501249-14.2020.8.26.0291. Magistrado: Leandro Galluzzi dos Santos, 21/08/2023. DJEN. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1938191854/inteiro-teor-1938191855>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO . Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. (Comarca de Tupã). Sentença 1500336-95.2019.8.26.0637. Magistrado: Jose Augusto Franca Junior, 18/08/2023. DJEN. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1936685199/inteiro-teor-1936685201>. Acesso em: 22 ago. 2023.

7 AMAZONAS. TJ-AM - Recurso em Sentido Estrito: 06150942120188040001 Manaus, Relator: Mirza Telma de Oliveira Cunha, Data de Julgamento: 21/08/2023, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2023)

técnicas interpretativas que permitem conciliar a legislação positivada, a jurisprudência atual e a doutrina processual penal, permitindo que efetivamente o magistrado possa apresentar de imediato uma decisão definitiva de mérito, mediante o emprego da teoria da asserção, aliada ao cômputo da pior pena possível consoante os parâmetros mais severos da legislação penal.

Com tais mecanismos, seria possível a condenação direta com o indeferimento de provas solicitadas que são impertinentes por falta de necessidade, como por exemplo a oitiva de uma testemunha de acusação cuja oitiva não vai, conforme os fatos narrados em sede policial, ensejar em alteração na capitulação jurídica dos fatos.

Optando por alguma das ferramentas interpretativas, pode o juízo construir uma decisão em que demonstra a falta de utilidade da prova solicitada e que obedece a todos os critérios da legislação, além de não depender da eventual complacência do órgão acusatório, que apenas poderia, em tese, se opor ao ato decisório se existente motivação fática para ensejar uma pena superior à calculada pela presunção de veracidade dos fatos alegados ou pela argumentação que a prova a ser produzida que foi indeferida poderia resultar em capitulação jurídica diversa com pena superior à calculada.

Conforme mencionado, são raros os casos em que, interposto recurso ministerial este não tenha sido provido se ainda inexistente a prescrição em abstrato, após o advento da Súmula 438, mas mesmo cortes superiores ainda aplicam tal doutrina⁸.

A proposta deste trabalho é construir uma interpretação da lei vigente e dos princípios gerais de direito processual, que permita sentenciar e extinguir os processos em que inexistente utilidade, obedecendo a todos os preceitos legais e não violando os argumentos que ensejaram na vedação da prescrição virtual, com a condenação concreta a uma pena já prescrita, indeferindo provas impertinentes pela ausência de utilidade prática se o resultado útil destas seria fulminado pela prescrição.

O trabalho divide-se em três capítulos, no primeiro explica-se como funciona a prescrição no direito penal brasileiro, explicando a distinção da prescrição da pretensão punitiva em abstrato da prescrição da pretensão punitiva em concreto,

8 AMAZONAS. TJ-AM - APR: 06016825720178040001 Manaus, Relator: Mirza Telma de Oliveira Cunha, Data de Julgamento: 21/08/2023, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2023)
AMAZONAS. TJ-AM - RSE: 00012832220158044601 Iranduba, Relator: Vânia Maria Marques Marinho, Data de Julgamento: 21/08/2023, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2023)

em especial a retroativa, bem como a distinção de ambas da prescrição da pretensão executória. Por fim, no último subtópico, analisa-se as jurisprudências do STJ que deram origem a vedação da prescrição virtual, com estudo das motivações da Súmula 438.

No segundo capítulo, trabalha-se como é possível dentro de tal proibição, plenamente válida, analisar a prescritibilidade do processo pela presunção de veracidade dos fatos narrados, esclarecendo-se a distinção da presunção da pena do cômputo desta pela teoria da asserção.

Em seguida será analisada tal teoria para o processo civil e o processo penal e justificado, ponto a ponto, porque a aplicação de tal teoria não viola os argumentos do STJ para a proibição da prescrição virtual, pois não trata-se de reconhecimento de prescrição em perspectiva, mas de mero fundamento para analisar a pertinência das provas solicitadas.

No terceiro capítulo, finaliza-se o trabalho com a aplicação prática das técnicas interpretativas, a um caso em tramitação, indicando qual o melhor momento processual para aplicar o método que permite já sentenciar o feito, assim como o indeferimento de provas pela asserção.

Por tratar-se de método interpretativo, a metodologia a ser utilizada será indutiva e quali-quantitativa, com a pesquisa documental, com maior enfoque na jurisprudência e apoiada no referencial teórico de Alexandre Freitas Câmara para a teoria da asserção, na leitura de livros, artigos e doutrina aliada à dados estatísticos de coleta secundária de bases governamentais, sendo de natureza aplicada, com a aplicação das técnicas construídas a casos concretos.

O presente estudo possui grande relevância social, em um contexto em que o Poder Judiciário é diariamente criticado por falta de eficiência, sendo a morosidade criticada até mesmo pelos próprios integrantes das cortes superiores⁹, permitindo um melhor direcionamento de recursos, além de trabalhar uma vedação que é criticada pelos magistrados, que são obrigados a alocar recursos finitos em demandas sem utilidade, tanto que é comum localizar decisões que reconhecem a prescrição virtual, mesmo violando a jurisprudência do STJ.

9 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Morosidade na Justiça deve ser erradicada, defende novo presidente do STJ. [S.l.]. STJ, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27082020-Morosidade-na-Justica-deve-ser-erradicada--defende-novo-presidente-do-STJ.aspx>. Acesso em: 22 ago. 2023.

1. A PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

Iniciam-se os estudos com uma explicação e diferenciação das modalidades de prescrição, descrevendo como funciona a prescrição no direito penal brasileiro, e efetuando a distinção da prescrição da pretensão punitiva em abstrato da prescrição da pretensão punitiva em concreto, em especial a retroativa, bem como a distinção de ambas da prescrição da pretensão executória. Por fim, no último subtópico, analisam-se as jurisprudências do STJ que deram origem a vedação da prescrição virtual, analisando as motivações desta.

1.1 A prescrição da pretensão punitiva em abstrato

O direito penal brasileiro possui três tipos de prescrições penais previstas na lei: a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, em concreto pela pena aplicada e a executória.

A prescrição da pretensão punitiva em abstrato ocorrerá pelo máximo da pena cominada ao delito, sendo passível de redução pela metade se o réu for menor de 21 anos na data do fato ou maior de setenta na data da sentença, conforme o artigo 115 do Código Penal¹⁰. Se a pena máxima for de quatro anos por exemplo, como é o caso do furto simples, a prescrição ocorre em oito anos, computados da consumação do delito.

A prescrição em abstrato é comum antes do recebimento da denúncia, que é o marco interruptivo inicial no processo penal. A sua ocorrência após tal marco requer que o feito tramite durante 8 anos sem nenhuma causa suspensiva, algo improvável de acontecer.

Entretanto, apesar da elevada pena em abstrato do delito, pela pena em concreto a prescrição é bem mais provável, pois após o trânsito em julgado da pena o prazo prescricional é alterado, como será demonstrado mais adiante.

1.2 A prescrição da pretensão punitiva em concreto

A prescrição da pretensão punitiva em concreto ocorre depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, e regula-se pela pena aplicada, não podendo, atualmente, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Ou seja, até a apresentação da denúncia

¹⁰ BRASIL. Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso 13/05/2023.

a prescrição transcreve em abstrato apenas, e após o recebimento da denúncia esta se interrompe e em pós volta a correr, podendo, em teoria, ser reconhecida em abstrato no curso do processo, ou pela pena efetivamente aplicada, seja na modalidade em perspectiva ou na forma retroativa.

O Código Penal Brasileiro não prevê claramente a aplicação da modalidade retroativa da prescrição, mas esta é uma das mais comuns, que ocorre quando no curso do processo o delito não está prescrito pela pena em abstrato, mas, quando aplicada a pena, ocorreu no curso do processo o decurso do prazo prescricional menor entre dois marcos interruptivos, sendo aplicada então a prescrição pela pena concreta à período anterior ao seu cômputo.

Veja-se um exemplo concreto. O furto simples conforme supracitado prescreve em oito anos. Ocorre que geralmente a pena de um furto simples não supera os dois anos de reclusão, caso em que a prescrição ocorrerá em 4 anos, sendo a prescrição bem mais provável nessa situação.

Utiliza-se como exemplo um caso em que durante o trâmite de um processo por furto simples, a denúncia foi recebida em 02 de março de 2019. Pela pena em abstrato o delito apenas prescreverá em 01 de março de 2027. Ocorre que pena provável pena concreta, sendo o réu primário e de bons antecedentes, o delito prescreveu em 01 de março de 2023, já que é bem improvável que na dosimetria a pena seja superior a dois anos.

O magistrado comumente se depara com essa situação durante o trâmite do processo quando vai confirmar o recebimento da denúncia e designar uma audiência de instrução ou quando ocorrem dificuldades na audiência que ensejam no atraso do ato, como a falta de testemunhas, a impossibilidade de localizar uma eventual testemunha, ou mesmo a sobrecarga de trabalho decorrente de diversos fatores estruturais do Poder Judiciário.

Nesse caso exposto, surge a escolha de ou ir contra o entendimento do STJ insculpido na súmula 438 e decretar a prescrição virtual ou determinar o prosseguimento de um feito que não mais possui utilidade prática.

É uma complexa decisão. Em um contexto em que o Poder Judiciário é frequentemente alvo de críticas seja por não seguir as leis positivadas e nem as jurisprudências pacificadas gerando insegurança jurídica¹¹, seja pela ineficiência

¹¹ ROVER, Tadeu. INTERPRETAÇÃO LIMITADA: Maioria dos jMaioria dos juízes entende que não deve seguir jurisprudência,

e morosidade no trâmite processual, inclusive por ministros do Supremo Tribunal Federal¹² é ideal evitar ambas as situações.

Conforme já citado na introdução, a almeja-se com este estudo fornecer uma terceira via, que permite sentenciar e extinguir os processos em que inexistente utilidade dentro da lei, que obedece a todos os preceitos legais e não viola os argumentos que ensejaram na vedação da prescrição virtual, com a condenação concreta a uma pena já prescrita, indeferindo provas impertinentes após a análise de prescritibilidade do processo.

1.3. A prescrição da pretensão executória

Além da prescrição da pretensão condenatória o direito brasileiro prevê a prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado par ambas as partes, consoante novel entendimento do Supremo Tribunal Federal¹³, em que pese a legislação positivada determinar em texto literal o trânsito em julgado para a acusação.

Existe óbvia diferença entre a pretensão executória e a pretensão condenatória. Para existir pretensão executória é imperativa a existência de condenação válida, ou seja, que não tenha ocorrido a prescrição da pretensão condenatória.

Se, por exemplo, uma pessoa é condenada em 01/04/2023 a uma pena de 2 anos de reclusão por um furto qualificado cometido em 01/04/2012, mas que ocorreu recebimento da denúncia em 30/03/2019, a pena não estaria prescrita em abstrato, pois o furto qualificado somente prescreve em abstrato após 12 anos, que é o prazo que conta antes do recebimento da denúncia, mas estaria prescrito pela pena concretamente aplicada, na modalidade retroativa, pois transcorreram mais de 4 anos entre marcos interruptivos após o recebimento da denúncia, em que o prazo é contado pela pena concretamente aplicada.

Todavia, se a condenação fosse proferida em 28/03/2023 o delito não estaria prescrito. Existindo recurso da defesa, e inexistindo recurso ministerial, o tribunal de justiça teria que proferir acórdão até 27/03/2027, sob pena de prescrição intercorrente da pretensão condenatória.

diz pesquisa. CONJUR, 11 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/juizes-entendem-nao-seguir-jurisprudencia-pesquisa>. Acesso em: 22 ago. 2023.

12 HARADA, Kiyoshi. Insegurança jurídica provada pelo STF. MG, 13 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/388064/inseguranca-juridica-provada-pelo-stf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

13 Supremo Tribunal Federal - Agravo em Recurso Especial: 848107 DF, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 03/07/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 03-08-2023 PUBLIC 04-08-2023

Na literalidade da lei, a pretensão executória também seria fulminada na mesma data, todavia, o STF entende que é impossível que o termo inicial da pretensão executória ocorra enquanto não exequível a decisão, o que requer o trânsito em julgado para ambas as partes. Assim, se a defesa não recorrer e nem a acusação, o prazo para a prescrição da pretensão executória inicia após o decurso do último prazo recursal:

- (...) 2. A partir do julgamento pelo Plenário desta Corte do HC nº 84.078, deixou-se de se admitir a execução provisória da pena, na pendência do RE.
3. O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, tal como interpretado pelo STF, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição da pretensão executória, originariamente regulado pelo art. 112, I do Código Penal.
4. Como consequência das premissas estabelecidas, o início da contagem do prazo de prescrição somente se dá quando a pretensão executória pode ser exercida. (...)
- STF. HC 107710 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 09/06/2015.

Com o entendimento anterior e consoante a doutrina que entende que a prescrição da pretensão executória só pode ser interrompida por eventos executórios, ou seja, o pelo início ou continuação do cumprimento da pena, ou pela reincidência, se o acórdão fosse prolatado em 26/03/2027, se o réu não iniciasse a execução no dia seguinte ocorreria a prescrição da pretensão executória. Com o atual entendimento do STF, é plenamente possível ocorrer a prescrição da pretensão condenatória, mas não a executória no curso do processo de conhecimento.

A distinção é de suma importância, ante o fato primordial que a prescrição da pretensão condenatória equivale a absolvição para todos os fins de direito exceto vinculação entre as esferas jurídicas, que exige a absolvição por negativa de autoria ou do fato, enquanto na prescrição da pretensão executória o decreto condenatório é válido e pode ser usado como fundamento para decretar eventual reincidência ou título executivo para uma ação *ex delicto*.

Efetuadas as devidas distinções, prossegue-se com a análise da controversa modalidade de prescrição que não possui fundamento legal positivado no direito penal: a prescrição virtual, que é aquela decretada pelo magistrado com base em pena provável.

1.4 A vedação da prescrição virtual

Em 28/04/2010, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 438, que aduz: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão puni-

tiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Tal forma de prescrição ocorre quando o magistrado ao conferir, usualmente antes de audiência de instrução ou durante suspensão desta que o feito está prescrito pela pena provável, já decreta que o processo está prescrito, sem, todavia, computar concretamente a pena.

Inicia-se a análise de nosso estudo pelos fundamentos que ensejaram a súmula 438. O primeiro dos precedentes originários que nortearam o entendimento da corte superior foi o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12.360 - BA (2002/0006042-0)¹⁴, em que era pleiteado o trancamento de inquérito policial pela prescrição virtual, em procedimento que investigava lesões corporais de natureza leve. A corte superior indeferiu tal pedido com base no seguinte fundamento:

Por outro lado, a quaestio acerca da prescrição, na forma posta no apelo, não encontra, conforme entendimento predominante na denominada instância incomum e, em boa parte, na doutrina, o menor amparo jurídico. Se não bastasse **a excessivamente benevolente estrutura da sistemática legal**, em nosso Direito Penal, acerca da prescrição (difícil encontrar qualquer sistema similar), **a ampliação através de paralogismos não pode mesmo ser acolhida** (v. STF – HC 72.310/SP, 1ª Turma, relator Min. Moreira Alves, DJU de 20/10/95, p. 35257 e STJ – RH 2.926/PE, 6ª Turma, relator Min. L. V. Cernicchiaro, DJU de 25/2/94, p. 2916). Carece, pois, totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética.

O segundo dos precedentes que originaram a súmula foi o *Habeas Corpus* nº 30.368 - SP (2003/0161693-7)¹⁵, em que o STJ enfrentou a prescrição virtual e a indeferiu com base exclusivamente no princípio da legalidade, que é inequivocamente o argumento mais recorrente em todas as decisões.

O caso era uma ação penal por patrocínio infiel (art. 355 do CP), supostamente efetuado pela advogada Kátia Marqués Gómez, delito cuja pena máxima em abstrato é de 3 anos, o que resultaria em uma prescrição de 8 anos. Todavia, a pena mínima cominada é de 6 meses, o que resultava, na época, em uma prescrição de 2 anos, haja vista que o delito foi cometido em maio de 1999. Ressalte-se que atualmente são 3 anos o prazo prescricional, em virtude da alteração da lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010.

14 Superior Tribunal de Justiça. RHC: 12360 BA 2002/0006042-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/08/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 16/09/2002 p. 203)

15 Superior Tribunal de Justiça. - HC: 30368 SP 2003/0161693-7, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 10/08/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.12.2004 p. 460)

O magistrado, ao ver que se tratava de ré primária, com todas as circunstâncias favoráveis, aduziu que a pena seria obrigatoriamente de 6 meses e declarou a prescrição com base no biênio, argumentando que:

“(…) tendo em vista as circunstâncias pessoais da ora paciente, como, e.g., os bons antecedentes, primariedade, sua irreprimível conduta social e personalidade, podemos afirmar que, levando-se em conta as regras estabelecidas no art. 59 do CP, para a fixação da pena, esta, obrigatoriamente seria fixada no mínimo legal, ou seja, de 06 (seis) meses, implicando um prazo prescricional de 2 (dois) anos, agora regulado pela pena in concreto.”

Na época ainda era possível a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente aplicada com cômputo do período anterior ao recebimento da denúncia, o que atualmente é vedado, razão pela qual entendeu o magistrado que:

“(…) tendo o crime de tergiversação sido cometido, em tese, em maio de 1.999, irretorquível a conclusão de que, por força do disposto pelo artigo 109, inciso IV, do Código Penal, combinado com os artigos 110, parágrafo 2º; art. 111, inciso I; art. 117, inciso I; e art. 119, todos do mesmo estatuto, estaria a punibilidade da agente, ao cabo do processo, em caso de condenação, fatalmente extinta, em razão da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal (Código Penal, art. 107, inc. IV), ocorrida em maio de 2.001, antes mesmo do recebimento de eventual denúncia.” (fl. 8).

Ressalto que, atualmente, é incabível tal argumentação para delitos cometidos após a vigência da lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que determina que antes do recebimento da denúncia a prescrição sempre é computada pela pena em abstrato.

O Tribunal de Justiça de São Paulo em reexame necessário da sentença concessiva de *Habeas Corpus* cassou a decisão sob o argumento que inexistente legislação positivada, a violação do princípio da indisponibilidade da ação penal e usurpação de competência constitucional do legislador:

“(…) como sabido, antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição regula-se pelo patamar máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Como bem decidiu o d. Juiz Eduardo Pereira, ‘A posição do Magistrado, ao admitir a prescrição antecipada, foi eminentemente pragmática e acadêmica, contrariando o sistema legal vigente. **Não tem nenhuma sustentação na legislação** e é precedente que dada a singularidade do caso vertente faz-se até sedutor mas invocado em tese pode levar futuramente a situações insustentáveis. A Acusação teve a lúdima atuação, no caso, coarctada sob a invocação de mero exercício conjectural. E a questão, na verdade, não se resolve só com base, afinal, em princípio da economia, mas assume contornos relevantes, que extravasam o limite do caso em julgamento. A posição do MM. Juiz põe sob risco princípios jurídicos e constitucionais que importa preservar, como o **da reserva legal e da indisponibilidade da ação penal**. Não está

no seu poder discricionário fazer suposição de tal monta, embora realmente, tudo leve a crer que na particularidade do caso **concreto a prescrição é muitíssimo provável**. Mas não é certa desde que o limite máximo da pena, que estará à disposição, quem sabe até de outro Magistrado, no momento oportuno, inviabiliza a medida' (TACRIM/SP - RSE 1.112.287-, j. 17/09/1998 (RJTacrim nº 41/420). No presente caso, sequer houve o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, não havendo, sequer, capitulação provisória do delito que eventualmente poderá ser imputado à paciente, não havendo, em consequência, como se determinar a pena que seria futuramente imposta. Além disso, a figura da 'prescrição antecipada' **não tem qualquer respaldo legal**. A aplicação do referido instituto, pelo julgador, pode ser considerada **usurpação de competência constitucional**.

O julgado menciona o eminente Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli, ao aduzir que “é do legislador, e não do aplicador da lei, o juízo de criminalização da conduta e o juízo abstrato da renúncia ao *ius puniendi* pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.”¹⁶

Em sequência, aduz o julgado que “as partes tem direito ao devido processo da lei, ou seja, à regular prestação jurisdicional, enquanto não atingida a pretensão punitiva pela prescrição; só assim poderão obter uma decisão positiva ou também negativa sobre a imputação.”

Entretanto, o próprio Hugo Nigro Mazzilli¹⁷ aduz em seu livro que “Sem dúvida, o processo penal envolve muitas responsabilidades, pois fere o *status dignitatis* da pessoa; outrossim, mesmo na ação penal, não se pode perder de vista a necessidade de haver interesse de agir, que se mede pelo binômio necessidade-utilidade da providência pedida em defesa de um pretendido direito.”

O STJ, ao reanalisar o mesmo caso em sede de *Habeas Corpus* nº 30.368 - SP (2003/0161693-7), fundamentou a decisão fortemente no princípio da legalidade, aduzindo que:

“É que, dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como **pressuposto o trânsito em julgado da condenação** para a acusação, faltando amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética.”

Os principais fundamentos expostos neste julgado por todas as cortes são a

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões criminais controvertidas. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Página 701. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Questoes-criminais-controvertidas.pdf. Acesso em: 22 ago. 2023.

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões criminais controvertidas. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Página 701. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Questoes-criminais-controvertidas.pdf. Acesso em: 22 ago. 2023.

falta de previsão legal para a prescrição virtual a indisponibilidade da ação penal; a usurpação de competência constitucional do legislador e a ausência do requisito trânsito em julgado para a acusação para aplicação da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente aplicada.

Em sequência, ao estudo dos julgados posteriores. No *Habeas Corpus* nº 53.349 - BA (2006/0018208-0)¹⁸, a corte analisou um caso de estelionato, cuja pena mínima, de um ano, traz uma pena de prescrição de 4 anos e a pena máxima, de até cinco anos, resulta em um prazo prescricional de doze anos. Por tal fato, o crime inculcado no artigo 171 é um delito que possui menor probabilidade de prescrever pela pena em abstrato, mas que pode prescrever pela pena em concreto, acaso esta não supere 2 anos, o que resulta na prescrição em 4 anos.

O caso em questão era um caso bem incomum, de recebimento indevido de benefício previdenciário derivado da emissão de procurações forjadas por oficiala de cartório de notas, e os recebimentos indevidos cessaram em fevereiro de 1995, sendo a denúncia recebida apenas em 08/03/2002.

O acórdão do STJ foi fundamentado **exclusivamente no princípio da legalidade**:

A extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime (CP, art. 109) ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110), conforme expressa previsão legal. Portanto, não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

No Recurso Especial nº 634.265 - RS (2004/0030441-4)¹⁹, igualmente em caso de estelionato, o magistrado aduziu que a pena máxima em concreto cabível seria de dois anos e decretou a prescrição utilizando o prazo de quatro anos, e a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em pó, em novo recurso ministerial, o acórdão confirmatório e a sentença foram anulados, com base no fundamento da ausência de previsão legal e que a pena era meramente uma previsão:

“A afirmação de que a pena a ser aplicada não passará de dois anos, à vista das circunstâncias judiciais, **não passa de mera especulação**. Não quer dizer que, concretizada a pena, não venha a ser reconhecida a extinção da punibilidade, como por exemplo, pela ocorrência a prescrição retroativa, mas é prematuro reconhecer o fato antes de julgado o mérito da causa, porquanto

18 Superior Tribunal de Justiça. HC 200600182080 - (53349 BA) - 5ª T. - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJU 04.09.2006 - p. 302).

19 Superior Tribunal de Justiça. REsp: 634265 RS 2004/0030441-4, Relator: Ministro Paulo Medina, Data de Julgamento: 04/04/2006, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJ 02.05.2006 p. 401)

não restou evidente a ocorrência da prescrição. O Estado somente perde o poder de punir com o decurso do lapso temporal que dá ensejo à prescrição com base, antes de prolatada sentença condenatória, na pena máxima cominada, em abstrato, para cada tipo penal. Destarte, ante **a ausência de previsão legal** para a aplicação da extinção da pretensão punitiva estatal pela pena projetada, merece reforma o acórdão recorrido.”

No Recurso em *Habeas Corpus* nº 21.929 - PR (2007/0204379-5)²⁰, a corte superior fundamentou a negativa de forma interessante alegando que tal modalidade de prescrição configurava, violação aos princípios da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade, e o mais interessante, na **possibilidade de modificação dos fatos narrados**, com base nos seguintes fundamentos:

Não existe nenhuma previsão da prescrição da pena em perspectiva, mormente em se tratando de prescrição retroativa por antecipação da pena a ser concretizada em futura sentença, pois poderá, ainda, na futura decisão, **ocorrer *emendatio libelli* ou *mutatio libelli* que altere substancialmente o quantum da punição.**

Por último, analisa-se o Recurso em *Habeas Corpus* Nº 18.569 - MG (2005/0180807-5)²¹, onde vislumbra-se o interessante argumento que a prescrição virtual viola o **princípio da individualização da pena**:

E, com efeito, trata-se de análise que se baseia em provável condenação, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o **próprio princípio da individualização da pena, já que o mero fato de ser a recorrente primária e de bons antecedentes não lhe garante a pena mínima**, cabendo apenas ao juiz competente, que é o juiz de primeiro grau, verificar, em caso de eventual condenação, qual deverá ser a pena aplicada, de acordo com a valoração de cada uma das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Nos demais precedentes, a fundamentação da negativa é efetuada com base apenas na falta de previsão legal e julgados anteriores, conforme observa-se no *Habeas Corpus* nº 69.859 - MS (2006/0245614-4), Recurso Especial nº 880.774 - RS (2006/0194960-5), Recurso em *Habeas Corpus* nº 20.554 - RJ (2006/0264370-3), *Habeas Corpus* nº 85.137 - PE (2007/0139999-6), Recurso Especial nº 991.860 - RS (2007/0229547-4), e no *Habeas Corpus* nº 102.292 - SP (2008/0059164-0) fundamentados unicamente com base em julgados anteriores.

Do estudo realizado dos precedentes nota-se que são sete os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para afirmar que a prescrição virtual

20 Superior Tribunal de Justiça. RHC: 21929 PR 2007/0204379-5, Relator: Ministra Jane Silva, Data de Julgamento: 20/11/2007, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 10/12/2007 p. 399)

21 Superior Tribunal de Justiça. RHC: 18569 MG 2005/0180807-5, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 13/10/2008)

não é possível. O primeiro é a falta de previsão legal para a prescrição virtual que resulta na violação ao princípio da reserva legal.

O segundo argumento apontado pela corte é a indisponibilidade da ação penal e o possível interesse do réu em sentença absolutória, até mesmo para fins morais, em que pese inexistir diferença jurídica, pois a prescrição da pretensão punitiva equivale a uma absolvição para todos os finais legais.

O terceiro motivo determinante é a vedação da usurpação de competência constitucional do legislador para criar regras de política criminal, que conforme afirmado pelo STJ já são benéficas em excesso e a aceitação da prescrição virtual resulta em maior enfraquecimento do direito penal.

A quarta razão indicada pela corte é a ausência do requisito trânsito em julgado para a acusação para aplicação da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente aplicada, que requer, processualmente, primeiro a decretação da pena para, após o trânsito em julgado, ser efetivamente reconhecida a prescrição. Inexiste vedação, entretanto, que a própria decisão determine em caso de falta de recurso sobre a dosimetria da pena que a prescrição ocorrerá.

O quinto fundamento da súmula é que a prescrição virtual trata-se de mera estimativa, o que importa em violação ao princípio da individualização da pena pela falta de efetivo cálculo desta.

O sexto argumento apontado pela corte é que a reconhecimento da prescrição virtual, em que pese equivaler a uma absolvição, isso resulta em violação ao princípio da ampla defesa, pois o réu é impedido, em âmbito moral de provar sua inocência.

Por último, o sétimo ponto indicado pelo Superior Tribunal de Justiça é a possibilidade de modificação dos fatos narrados, com a possibilidade de elevação da pena e a resultante modificação do prazo prescricional pela alteração da tipificação penal da conduta.

O TJCE é uma corte que é firme em seguir o entendimento sumulado do STJ, sendo localizados pelos buscadores do Jusbrasil 2370 casos em que a corte e seus magistrados apreciaram o tema, tendo sido anulada a sentença que concedeu a prescrição virtual pelo TJCE em todos os casos analisados, com fundamento na súmula 438. Foram analisados todos os casos mais recentes, dos últimos cinco anos, e **não**

foi possível localizar nenhuma jurisprudência favorável à prescrição virtual nesta Egrégia Corte neste ano inteiro em todos os julgados encontrados²².

O que ocorre, todavia, em alguns casos analisados, é que entre a sentença que é anulada (e não interrompe a prescrição) e o acórdão, transcorre o prazo prescricional em abstrato, sendo, na mesma decisão reconhecida a prescrição na modalidade prevista em lei²³.

Apesar de todos os argumentos, plenamente válidos, extraídos dos acórdãos, o fato é que resta um elevado grau de inconformismo com a súmula pelos magistrados, que prosseguem proferindo sentenças reconhecendo a prescrição virtual. Conforme demonstrado, nas varas criminais do Brasil, a taxa de congestionamento média é como regra superior às varas cíveis, com tempo maior de tramitação de cada processo.

Presume-se que ante a elevada demanda processual, os magistrados não desejam gastar recursos com feitos que sejam sem resultado prático. Tal fato é ainda mais crítico em comarcas do interior que são varas únicas com acervo gigantesco de feitos dos mais diversos ramos do direito e que possuem quadro deficitário de servidores.

Utiliza-se como exemplo o processo 0500405-18.2015.8.05.0105, de comarca do interior da Bahia, com sentença publicada em 13/03/2023, em que a juíza proferiu sentença reconhecendo a prescrição virtual, com base nos seguintes argumentos:

“A “prescrição virtual” não está prevista na lei de forma expressa, tratando-se, pois, de uma criação jurisprudencial e doutrinária, que tem por suporte a ausência de interesse do Estado em dar prosseguimento à ação penal. Baseia-se, essencialmente, na perda do direito material de punir do Estado, já que faltara a este interesse de agir, posto que não se alcançará, com a ação penal, o resultado que dela se espera, qual seja, a punição do indivíduo que praticou o ato ilícito. Isto porque no momento da sentença condenatória, e considerando-se a pena aplicada, terá ocorrido o transcurso do lapso prescricional entre o momento do recebimento da denúncia e o momento da publicação desta sentença. A aplicação do instituto da “prescrição virtual” atende, ademais, ao princípio da economia processual, evitando o desperdício da utilização da máquina judiciária, preservando a própria credibilidade

22 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. APR: 00342076920138060117 Maracanaú, Relatora: Sílvia Soares De Sá Nobrega, 3ª Câmara Criminal, Data de Julgamento: 01/08/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/08/2023
 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. - APR: 00013003620168060117 Maracanaú, Relatora: Sílvia Soares De Sá Nobrega, Data de Julgamento: 01/08/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/08/2023
 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. - APR: 00027334520078060035 Aracati, Relator: Francisco Carneiro Lima, Data de Julgamento: 09/05/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/05/2023, Tribunal de Justiça.
 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. - APR: 00169585820178060055 Canindé, Relator: Mario Parente Teófilo Neto, Data de Julgamento: 07/02/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/02/2023
 23 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. APR: 00147298320128060158 CE 0014729-83.2012.8.06.0158, Relator: José Tarcílio Souza Da Silva, Data de Julgamento: 10/08/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/08/2021

da Justiça. (...)Logo, se é possível vislumbrar que eventual sentença condenatória jamais possuiria qualquer resultado útil, eis que fulminada pela prescrição retroativa, não há porque submeter a acusada a uma condenação por puro formalismo.”

Vara Criminal Da Comarca De Ipiaú. Tribunal De Justiça Da Bahia. Sentença 0500405-18.2015.8.05.0105. Magistrada: Leandra Leal Lopes,27/02/2023. Djeba.

A sentença transcrita é uma dentre várias, localizáveis nos buscadores²⁴ que reconhecem a prescrição virtual, usualmente apontando a ciência da súmula e de seus termos. É uma decisão pragmática, mas que em caso de recurso ministerial seria possivelmente anulada, não apenas pelo entendimento sumulado do STJ, mas porque atacável juridicamente pelos argumentos que lastreiam a jurisprudência da Corte Superior.

Ao averiguar os argumentos do STJ para a vedação e os comparar com a decisão é possível vislumbrar que esta viola inequivocamente os fundamentos da corte, pois inexistente previsão legal para a prescrição virtual, com violação ao princípio da reserva legal e a decisão efetivamente cria uma modalidade de prescrição.

O segundo fundamento da corte, a indisponibilidade da ação penal e o possível interesse do réu em sentença absolutória também é violado, pois a ré não possui chance de se defender, e pleitear absolvição própria, assim como ocorre a usurpação de competência constitucional do legislador para criar regras de política criminal.

Não se vislumbra o requisito trânsito em julgado para a acusação para aplicação da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente aplicada e julgado viola o princípio da individualização da pena pela falta de efetivo cálculo desta, tratando-se, em verdade, de mera estimativa do órgão julgador.

A parte ré é tolhido o direito de buscar uma absolvição vinculante, que seria por negativa de autoria ou materialidade, e com utilidade ao caso veiculado, haja vista que a vítima poderia em tese intentar ação civil *ex delicto* para pleitear eventual reparação, cujo prazo prescricional é suspenso durante o trâmite da ação penal.

Por último, existe a efetiva possibilidade de modificação dos fatos narrados, com elevação do prazo prescricional pela modificação do tipo penal, que é possível, apesar de improvável.

24 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará.(Vara Única da Comarca de Campos Sales). Sentença 0004572-33.2016.8.06.0054. Fortaleza. Magistrado: Luis Savio de Azevedo Bringel,01/12/2023. DjeCe. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1719325164/inteiro-teor-1719325167>. Acesso em: 22 ago. 2023.

Por tais argumentos, as cortes reformam, como regra, os julgados, acaso exista recurso ministerial. Um exemplo é o processo 0502607-18.2016.8.05.0271²⁵, onde o magistrado de piso proferiu sentença reconhecendo a prescrição virtual e foi reformado pelo TJBA, em acórdão publicado em 14/03/2023, em caso semelhante ao anterior.

É possível localizar vários casos em que os magistrados efetuam tais decisões e inexistindo recurso ministerial, que usualmente peticiona informando ciência e renúncia ao prazo recursal, o caso é remetido ao arquivo.

Em pesquisa ao DJCE encontram-se diversos julgados, recentes, em que o magistrado sentenciou arquivando o extinguido sem resolução do mérito, fundamentando na perda superveniente do interesse de agir pela pena provável, que é, em verdade, um eufemismo para prescrição virtual.

Analisa-se como exemplo um processo de homicídio culposo ao volante, em que o réu, ao ter seu veículo baleado, foi processado por ter atropelado um dos motoqueiros que disparou contra o veículo, resultando no óbito deste, no processo 0008105-70.2016.8.06.0160²⁶. Em sentença o magistrado reconhece expressamente a prescrição virtual, faz menção à sumula 438 do STJ e se contrapõe a esta com base na “ausência do interesse de agir superveniente”, determina a extinção do processo sem resolução do mérito e dispensa a intimação dos autores:

Em tempo, este Juízo esclarece conhecer posição jurisprudencial contrária à aplicação da prescrição em perspectiva, especialmente a Súmula 438 do STJ, segundo a qual “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Porém, ao meu ver, e com esteio em farta doutrina, não faz sentido dar prosseguimento a um processo penal fadado à prescrição, que só gerará grande desperdício de atos processuais, recursos do Estado, de tempo e de trabalho humano. Nem mesmo efeitos civis poderiam ser extraídos de eventual sentença condenatória superada por certa declaração de extinção da punibilidade.

(...)

Deve-se, pois, extinguir o processo sem a apreciação do mérito, aplicando-se subsidiariamente o quanto disposto no art. 485, VI, do novo CPC, ou anular o processo, com fundamento no art. 564, II, do CPP, aplicável por analogia, já que ausente uma das condições da ação - o interesse de agir (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8a ed. rev., ampl. e

25 BAHIA. Tribunal De Justiça Da Bahia (2ª Câmara Criminal). Acórdão Recurso Em Sentido Estrito 0502607-18.2016.8.05.0271. Relatora: Des. Antônio Cunha Cavalcanti, 21/02/2023. DjeBA.

26 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. 1º Vara de Santa Quitéria. Sentença 0008105-70.2016.8.06.0160. Crimes de Trânsito. Antonio Luzardo Lobo Mesquita Filho. Relatora: Juiz de Direito Isaac de Medeiros Santos, 02 de dezembro de 2021. Ação Penal. Ceará, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1372671227/inteiro-teor-1372671232>. Acesso em: 28 mai. 2023

atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2020).

Ante o exposto, reconhecendo a prescrição da pretensão condenatória em perspectiva pelos fatos descritos nos presentes autos, e com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, V, ambos do CP, hei por bem declarar extinto o processo crime sem resolução de mérito, na forma do art. 485, VI, do CPC, aplicado subsidiariamente, por perda do interesse de agir superveniente.

Por fim, considerando a orientação firmada no Enunciado 105 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), aqui aplicado de forma supletiva e analógica, dispensa-se a intimação dos autores do fato de todo o teor desta sentença.

Vislumbra-se nos buscadores centenas de julgados no mesmo sentido²⁷. Tais decisões demonstram que, apesar da vedação sumulada, existe amplo inconformismo dos magistrados com serem obrigados a efetuar instrução criminal em processos cuja inutilidade é certa, pela experiência do julgador.

Conforme aduz o magistrado prolator do julgado existem argumentos contra a súmula 438, que se baseiam principalmente na necessidade de garantir a efetividade da justiça e de evitar a perpetuação de processos inúteis, bem como na necessidade de garantir a igualdade entre as partes e a conformidade com a legislação processual penal.

A principal crítica, todavia, as decisões estudadas, derivada do próprio fundamento da súmula, pois as decisões usualmente informam a pena provável sem demonstrar o cálculo da pena, que pode, inequivocamente, chegar ao máximo legal a depender dos parâmetros adotados para a dosimetria, sem nenhuma fundamentação mais profunda quanto à motivação da pena concreta ser inferior ao teto fixado no tipo penal.

Apesar de tais argumentos pela validade da súmula 438, vislumbram-se vários artigos de doutrinadores e pesquisadores quem defendem a aplicação da prescrição virtual como forma de desafogar as varas criminais, como Mariana Ghi-

27 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará.(Vara Única Criminal de Crateús). Sentença processo nº 0097021-93.2015.8.06.0070. Estelionato. Juiz de Direito Jaison Stangherlin. 11 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1587873155/inteiro-teor-1587873161>. Acesso em: 18 mai. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. (Vara Única de Ararendá). Sentença processo nº 0000221-102012.8.06.0037. Crimes do Sistema Nacional de Armas. Juíza de Direito Rafaela Benevides Caracas Pequeno, 07 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1458482089/inteiro-teor-1458482092>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará.(2ª Vara Criminal de Juazeiro do Norte). Sentença processo nº 0045297-89.2013.8.06.0112. Crimes do Sistema Nacional de Armas. Relator: Juiz de Direito Antônio Vandemberg Francelino Freitas, 21 de março de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1651628842/inteiro-teor-1651628843>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. (Vara Única Criminal de Maranguape). Sentença processo nº 0017854-06.2017.8.06.0119. Crimes do Sistema Nacional de Armas. Relator: Juiz de Direito Davyd Jefferson Pinheiro de Castro, 21 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1586186517/inteiro-teor-1586186520>. Acesso em: 25 mai. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará.(Vara Única Criminal de Crateús). Sentença processo nº 0047972-49.2016.8.06.0070. Crimes de Trânsito. Juiz de Direito Jaison Stangherlin, 17 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1398197795/inteiro-teor-1398197796>. Acesso em: 27 mai. 2023.

rello²⁸ Kelvin Wallace Castro dos Santos e Alan Kardec Cabral Jr²⁹, assim como matérias mencionando julgados que reconhecem a prescrição virtual³⁰ e que a proíbem³¹ o que evidencia a continuidade do debate.

Além disso, apesar de bastante incomum e raro, é possível localizar esparsa jurisprudência de cortes inferiores que reconhecem a prescrição virtual, mesmo após o entendimento sumulado do STJ, conforme vislumbra-se ver no julgado abaixo do TJBA e em diversos outros³²:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE ANTECIPADA, EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL. POSSIBILIDADE CONSIDERANDO AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO ACUSADO E O CASO EM CONCRETO. DECURSO DO PRAZO DE 05 (CINCO) ANO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA EXTINTIVA. RECURSO IMPROVIDO. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0303222-83.2013.8.05.0113, Relator (a): Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 15/05/2019)(TJ-BA - RSE: 03032228320138050113, Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 15/05/2019)

Diante de tal panorama de recorrência de decisões de juízos de piso conflitantes com as cortes superiores aliadas as divergências doutrinárias, é justificada a busca de uma solução.

Prossegue-se então, ao próximo capítulo para o estudo da teoria da asserção, utilizada para apreciar as questões relacionadas às condições da ação, e que será o paradigma hermenêutico para averiguar a prescritibilidade da ação penal, pela presunção de veracidade dos fatos narrados, com o intuito de determinar a pertinência das provas solicitados.

28 GHIRELLO, Mariana. Prescrição virtual pode ajudar a desafogar Judiciário. CONJUR, 25 abr. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-25/prescricao-virtual-ajudar-desafogar-judiciario-professor>. Acesso em: 22 ago. 2023.

29 SANTOS, Kelvin Wallace Castro dos; JR., Alan Kardec Cabral. Prescrição virtual e possibilidade de rejeição tardia da denúncia. CONJUR, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-11/santose-cabral-possibilidade-rejeicao-tardia-denuncia>. Acesso em: 22 ago. 2023.

30 ROVER, Tadeu. Juíza aplica prescrição virtual e determina trancamento de ação penal. CONJUR, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/juiza-aplica-prescricao-virtual-determina-trancamento-acao-penal>. Acesso em: 22 ago. 2023.

31 VIAPIANA, Tábata. Não cabe extinção de punibilidade por prescrição antecipada, diz TJ-SP. CONJUR, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-27/nao-cabe-extincao-punibilidade-prescricao-antecipada-tj-sp>. Acesso em: 22 ago. 2023.

32 SÃO PAULO. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. - Recurso em Sentido Estrito:: 00082556920078260270 SP 0008255-69.2007.8.26.0270, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 22/11/2012, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 22/11/2012

BAHIA. Tribunal De Justiça Da Bahia. - Recurso em Sentido Estrito: 03020033720148050004, Relator: Abelardo Paulo Da Matta Neto, Primeira Camara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 08/11/2021

MINAS GERAIS. Tribunal De Justiça De Minas Gerais. - Recurso em Sentido Estrito: 10701160237320001 Uberaba, Relator: Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 23/02/2022, Câmaras Criminais / 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/03/2022

2. A DISTINÇÃO DA PRESUNÇÃO DO CÔMPUTO PELA TEORIA DA ASSERÇÃO

Conforme demonstrado no capítulo anterior, ainda persiste o conflito doutrinário e jurisprudencial decorrente da vedação da prescrição virtual. Neste capítulo procura-se fornecer uma alternativa sem violar seus fundamentos que são válidos e se sustentam em vários princípios legais e constitucionais.

2.1 As teorias da ação e as condições da ação

Diversas são as formas de se conceituar o que é ação, sendo tal conceito variado a depender da esfera do Direito em que ação será intentada. Usualmente os civilistas vinculam a ação ao direito da parte conforme o conceito de Humberto Theodoro Júnior³³:

“prevalece a conceituação da ação como um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É por isso abstrato.”

Para o processo penal, a doutrina segue linha semelhante, apenas existindo como regra para a maioria dos processos uma parte especial que o Ministério Público, que possui algumas obrigações especiais.

Já para as condições da ação, Fabbrini³⁴, consoante a maioria dos penalistas até a presente data compreende que as condições da ação no plano formal são as mesmas do processo civil:

“As condições gerais, de admissibilidade do julgamento da lide, denominadas ‘condições da ação’, são as mesmas do direito de ação civil: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação ad causam”

Todavia, para o processo penal existe uma condicionante especial que seria a justa causa para ação penal. Existe ainda divergência quando à sua natureza jurídica, conforme Aldo de Campos Costa³⁵:

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do que se compreende por justa causa no processo penal, vale dizer, “o fato ou o conjunto de fatos que justificam determinada situação jurídica, ora para excluir uma responsabilidade, ora

33 THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152.

34 FABBRINI, Renato. Processo penal. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90.

35 COSTA, Aldo de Campos. A TODA PROVA : A justa causa para o exercício da Ação Penal. CONJUR, 29 nov. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/toda-prova-justa-causa-exercicio-acao-penal#_ftn8_7077 acesso 13/05/2023. Acesso em: 13 mai. 2023.

para dar-lhe certo efeito jurídico”. Em um primeiro grupo estão os que a identificam: a) como uma condição autônoma da ação; b) como uma síntese das condições da Ação Penal; c) como uma das condições da ação (interesse de agir); ou, ainda, d) como mais de uma condição da ação (interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido). Em um segundo grupo estão os que a classificam como uma condição de procedibilidade, alheia ao injusto culpável e alusiva à admissibilidade da prossecução penal em relação a determinados comportamentos. A jurisprudência densifica o conceito de justa causa quando procede a um exame da acusação, já formalizada, sob dois pontos de vista distintos: um formal, a partir da existência de elementos típicos (tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva) e outro material, com base na presença de elementos indiciários (autoria e materialidade).

Trata-se não de condição da ação em plano formal, pois na seara formal a ausência de tipicidade por exemplo ensejaria em impossibilidade jurídica do pedido, tendo utilidade o conceito em plano material. A falta de provas concretas e impossíveis de serem produzidas *a posteriori*, por exemplo, é motivação válida para indeferir a petição inicial por falta de justa causa, já em análise de mérito do feito, e impede a propositura da ação sem novos elementos probatórios, tratando-se não de extinção do feito sem resolução do mérito, mas sim com análise concreta das provas apresentadas.

Superados tais pontos básicos, para nosso estudo nos interessa a condição da ação interesse de agir. Tal condição da ação consiste na apresentação de uma pretensão necessária e adequada contida no direito subjetivo de que se diz titular a parte aliada a utilidade da referida prestação.

Usualmente se divide o interesse de agir em três prismas distintos: o da necessidade, o da adequação e o da utilidade³⁶. Se a ação penal não possui mais utilidade no momento da propositura, como no caso do óbito do réu, deve obviamente ser extinto o feito, assim como se já tiver ocorrido a prescrição em abstrato. São situações em que evidentemente a lei já permite a extinção do processo.

As condições da ação não são fixas, imutáveis³⁷. Elas podem ser alteradas ao longo do processo e se a utilidade que antes era existente não mais ser coerente com os fatos narrados no processo, pode ocorrer a perda superveniente do interesse de agir. Se, por exemplo, um benefício previdenciário alvo de ação judicial foi concedido administrativamente, com o pagamento integral das parcelas retroativas,

36 FONSECA FILHO, Otávio Bueno da. Novo Código de Processo Civil quebra paradigma das “condições da ação. CONJUR, 30 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>. Acesso em: 22 ago. 2023.

37 DISTRITO FEDERAL. Tribunal De Justiça Do Distrito Federal. AP 07124313820198070018 DF 0712431-38.2019.8.07.0018, Relator: Sandoval Oliveira, Data de Julgamento: 28/07/2021, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/08/2021 RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região - AC: 00048175020004025001 ES 0004817-50.2000.4.02.5001, Relator: VERA LÚCIA LIMA, Data de Julgamento: 18/02/2020, 8ª Turma Especializada, Data de Publicação: 28/02/2020 TJ-DF 20120020258733 DF 0026667-37.2012.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 16/04/2013, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/04/2013 . Pág.: 250)

ocorre a perda superveniente do interesse de agir³⁸, pois a prestação jurisdicional não mais possui utilidade, pois não pode produzir nenhum resultado prático.

É igualmente possível na esfera criminal, onde é comum se deparar, por exemplo, com *Habeas Corpus* em que ocorre a perda superveniente do interesse de agir por alteração na situação processual, seja com a concessão da liberdade ou modificação da fundamentação da prisão³⁹.

O mesmo ocorre quando existe um processo penal em que, pelos fatos narrados na denúncia ou queixa e pelos elementos probatórios contidos nos autos que não sejam mais validamente produzíveis, como perícia do local que não foi devidamente preservado, mesmo a maior pena aplicável em concreto pelos piores parâmetros possíveis estaria prescrita e as provas a serem produzidas não resultariam em alteração dos fatos narrados, o que permite a decretação de sua impertinência e a condenação concreta do réu já com a prescrição em perspectiva.

2.2 A teoria da asserção no processo penal e no processo civil

A teoria da asserção defende que as questões relacionadas às condições da ação, como a legitimidade passiva, são aferidas à luz do que o autor afirma na petição inicial, mediante exame hipotético, e não do que está efetivamente provado.

A doutrina que é o referencial teórico deste trabalho é a de Alexandre Freitas Câmara⁴⁰, que aduz:

“Divide-se a doutrina, sobre o tema, em duas grandes correntes. Uma primeira, liderada por Liebman, e que conta com a adesão, entre outros, de Dinamarco e de Orestes Nestor de Souza Laspro, considera que a presença das “condições da ação deve ser demonstrada, cabendo, inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que as mesmas estão presentes. De outro lado, uma segunda teoria, chamada “teoria da asserção”, segundo a qual a verificação da presença das “condições da ação” se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in statu assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. Defendem esta teoria, entre outros, Barbosa Moreira e Watanabe. Na mais moderna doutrina estrangeira, encontra-se adesão a esta teoria em Elio Fazzalari.”

38 DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Apelação Criminal: 10198754620204019999, Relator: Desembargador Federal João Luiz De Sousa, Data de Julgamento: 14/07/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: PJe 14/07/2021 PAG PJe 14/07/2021

39 CEARÁ. Tribunal De Justiça Do Ceará. C: 06220278520208060000 CE 0622027-85.2020.8.06.0000, Relator: Mario Parente Teófilo Neto, Data de Julgamento: 14/04/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/04/2020

40 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 121.

Se os fatos narrados são coerentes, são presumidos como verdadeiros para determinar a análise de admissibilidade do feito. No processo civil, o STJ há alguns anos já deixou claro que o direito brasileiro adota a teoria da asserção:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE PROMESSAS DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE IMÓVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. APLICABILIDADE DA TEORIA DA ASSERÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação ao art. 535, II, do CPC se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, afigurando-se dispensável a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados, especialmente no caso em que a análise aprofundada das condições da ação é obstada pela teoria da asserção.

2. As condições da ação, dentre elas o interesse processual e a legitimidade ativa, definem-se da narrativa formulada inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares.

STJ. REsp 1561498/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016)

Igualmente para o processo penal o STJ já pacificou o entendimento que a melhor teoria para analisar as condições da ação é a da asserção:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.838 - MT (2012/0247449-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 60 DA LEI N. 9.605/98. SUPERVENIÊNCIA DE ELEMENTOS ENSEJADORES DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. JUÍZO DE MÉRITO. RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU DE DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...)

4. Isso porque, ao proferir decisão positiva de admissibilidade da denúncia e atestar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, o magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso, sendo **aplicável a teoria da asserção**.

5. Recurso especial improvido.

Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1354838 MT 2012/0247449-2, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 02/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2013)

Considerando o entendimento do STJ que a teoria da asserção pode ser aplicada ao processo penal para as condições da ação e o interesse de agir é

uma condição da ação e a análise de tal interesse pode ser, conforme o Código de Processo Civil vigente, efetuada a qualquer momento do processo, nada impede do magistrado, averiguar com base em tal teoria, **se o interesse de agir persiste durante a tramitação do feito**. Efetuadas tais ponderações, sobre a admissibilidade jurídica da teoria da asserção, segue-se então a distinguir a presente técnica interpretativa da prescrição virtual.

2.3 A distinção hermenêutica da vedação da presunção determinada pelo STJ e do cômputo concreto da pena pela teoria da asserção

Conforme supracitado, a teoria da asserção defende que os pontos referentes às condições da ação, como a competência, são averiguados de acordo com o que o *parquet* afirma na denúncia ou o querelante na queixa, mediante exame de verossimilhança com a realidade, e não do que está efetivamente provado, seja na seara cível ou criminal. Se os eventos alegados são críveis, são presumidos como verídicos para determinar o prosseguimento do feito.

É cediço que **o interesse processual é uma das condições da ação**. Nota-se que o interesse processual é representado pelas ideias de necessidade e utilidade. A necessidade está vinculada à existência de litígio, ou seja, de um conflito de interesses, de uma pretensão resistida pela parte ou cuja resistência é obrigatória pela legislação. A utilidade está presente sempre que a tutela jurisdicional for apta a fornecer ao litigante alguma vantagem, proveito concreto.

A falta de interesse processual é o argumento primordial utilizado pela doutrina para defender a validade da prescrição virtual⁴¹, pois se pela pena provável o feito já está prescrito inexistente interesse processual.

É imperativa a distinção da prescrição virtual da condenação por indeferimentos de prova. A prescrição virtual é realizada com mera previsão do magistrado, que, em análise do feito, aduz que a pena provável seria de até 2 anos, por exemplo, usualmente com o fundamento que os elementos dos autos são favoráveis e o réu é primário.

Na condenação por indeferimento de provas, o magistrado, ao averiguar que está prescrita a pena efetivamente calculada presumindo como verdadeira a prova que se almejava produzir e apenas suprime teoricamente uma etapa do processo

⁴¹ Tribunal de Justiça do Ceará. Prescrição virtual pode ajudar a desafogar Judiciário. [S.l.]. TJCE, 2010. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/prescricao-virtual-pode-ajudar-a-desafogar-judiciario/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

pois aquela prova deixa de ser pertinente ao não possuir mais utilidade concreta, sendo fundamentada a falta de utilidade na análise de prescrição por asserção.

Destarte, a pena calculada pela teoria da asserção é diferente, pois o magistrado, presumindo como verdadeiros todos os fatos narrados na exordial cuja prova seja produzível, não aduz qual seria a pena provável, mas sim efetivamente calcula a pena máxima concreta, acaso presentes todos os elementos de dosimetria, ou a pena máxima concreta-abstrata, presumindo como negativos os elementos sob os quais inexistia prova, sendo a efetivamente a pior pena possível aplicada conforme os parâmetros de dosimetria de pena do direito brasileiro manejados pelo juízo.

Com base em tal argumento, o órgão prolator da decisão pode argumentar, de forma válida, a falta de utilidade de eventuais provas que não alterem em nada a narrativa dos fatos e calcular uma pena concreta, já reconhecendo na própria decisão que a inexistência de oposição sobre a dosimetria da pena resultará em prescrição após o trânsito em julgado.

O magistrado, intuitivamente, faz isso ao declarar a prescrição virtual. Com base na experiência, o órgão jurisdicional realmente sabe que a pena será a mínima ou próximo do mínimo legal e que o caso já está prescrito. Todavia, a falta de demonstração dessa pena é a justificativa mais forte da vedação sumulada do uso da prescrição virtual. Por mais que, no caso seja praticamente certa a prescrição, a falta de fundamentação quanto à dosimetria é realmente um argumento válido para a afirmação que prescrição virtual trata-se de mera estimativa realizada pelo julgador.

Ao efetivamente calcular a pior pena possível em abstrato, diverge o magistrado da mera prescrição virtual, pois o juízo não pode apenas supor a pena em termos prováveis, mas a computa da forma mais gravosa possível dentro dos parâmetros razoáveis de pena média, conforme o relatório GT de dosimetria da pena do CNJ, que será exposto mais adiante.

Ao calcular a pena, pelo parâmetro mais gravoso possível dentro da razoabilidade, presumindo como verdadeira toda a denúncia, tal ponto argumentativo é superado, pois passa a ser a decisão concretamente a pior situação cabível ao réu. Se nessa hipótese, ainda assim o feito estiver prescrito, o processo seria inútil.

Inexiste utilidade, processualmente falando, especificamente na seara penal, a qualquer das partes na tramitação de feito que, acaso julgado procedente, não poderia condenar a parte, pois inequivocamente resultaria em prescrição retroativa, que não gera nenhum efeito penal.

Não possui interesse ao Estado o trâmite do processo, que desprenderá recursos finitos para um feito sem utilidade prática, deixando de redirecionar para processos em que a atividade jurisdicional seria útil. O réu, mesmo que seja inocente, provavelmente passará meses, quiçá anos aguardando o deslinde definitivo do caso com o status de réu, pois mesmo uma audiência criminal marcada com a máxima celeridade, usualmente demora dois meses para acontecer, além dos prazos para memoriais escritos sucessivos, como é de praxe.

Vislumbra-se, é claro, a hipótese em que o réu pleiteia uma absolvição por negativa de autoria ou da materialidade do delito, caso em que seria crucial, acaso possível a existência de repercussão na seara cível, a análise do feito, se assim desejar o acusado, manejando o recurso cabível.

Veja-se ponto a ponto os argumentos do STJ sobre os motivos da vedação da prescrição virtual e como as presentes técnicas se contrapõe aos pontos. A primeira e mais forte afirmação da corte é a falta de previsão legal para a prescrição virtual e violação ao princípio da reserva legal: Para a condenação por indeferimento de provas a decisão para ser válida teria que efetivamente transitar em julgado, sendo uma decisão condenatória que ao mesmo tempo reconhece a prescrição, existindo previsão legal no Código Penal no artigo 110 e no Código de Processo Penal no artigo, 400, §1º e inexistindo proibição que a decisão já antecipe tal evento em caso de ausência de impugnação.

Em contraponto à indisponibilidade da ação penal e o possível interesse do réu em sentença absolutória, o indeferimento de provas não importa em violação à indisponibilidade da ação penal, mas apenas antecipa um provável decreto condenatório acaso tal meio probatório fosse confirmado em juízo.

Com relação à usurpação de competência constitucional do legislador para criar regras de política criminal, que conforme afirmado pelo STJ já são benéficas em excesso, impende ressaltar que não se trata de regra nova, mas apenas ajuste processual para permitir a aplicação direta das regras já vigentes, sem a realização de atos desnecessários e sem violar qualquer norma legal.

Inexiste violação à ausência do requisito trânsito em julgado para a acusação para aplicação da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente aplicada, pois conforme suscitado, para reconhecer a prescrição é condição de validade a decisão transitar em julgado, sem oposição das partes.

Igualmente não se vislumbra a violação ao princípio da individualização da

pena pela falta de efetivo cálculo desta, ante o fato que a pena é calculada tanto pelo máximo cabível quanto concretamente e sendo ineficaz, não subsistem argumento em prosseguir com o processo para buscar elementos favoráveis de dosimetria de pena já prescrita.

É de se ressaltar que dois fundamentos do STJ não são contrapostos com plenitude, pois pode ocorrer violação ao princípio da ampla defesa, na hipótese da decisão que indefere provas da defesa, em que pese sem prejuízo ao réu, pois para todos os fins legais este é absolvido. Nesse caso, é de se ponderar que como inexistente nulidade sem prejuízo, e que nesse caso, ao inexistir decreto condenatório exequível, a defesa do réu é inequivocamente favorecida a violação ao princípio traz mais benefícios dos que malefícios.

O outro ponto que da corte que não é contraposto é a possibilidade de modificação dos fatos narrados, com elevação do prazo prescricional pela alteração do tipo penal. Há de se concordar que sim, efetivamente é possível a modificação, em teoria dos fatos narrados em um processo penal, até a sentença, mas como o réu concretamente se defende dos fatos narrados, para aqueles inexistirá a possibilidade de alteração da decisão. Se fatos novos, não abrangidos pela decisão eventualmente surgem, podem, em abstrato serem litigados novamente, mesmo após o trânsito em julgado.

Ademais, um estudo estatístico, demonstra que a *mutatio libelli* é incomum. Efetuada uma pesquisa nos diários oficiais, vislumbra-se que, por exemplo, no Estado do Ceará, no presente ano, de 02/01/2023 a 11/04/2023, a *mutatio libelli* suscitada pelo *parquet* e acolhida pelo magistrado, ocorreu em um caso apenas, o processo o 0200097-15.2022.8.06.0030⁴², e apenas sobre uma das qualificadoras em um caso de homicídio, para computar o ciúme como motivo torpe.

Durante o ano de 2022, só possível localizar em decisões publicadas a ocorrência de *mutatio libelli* no processo 0011836-73.2017.8.06.0052⁴³ e 0011654-04.2021.8.06.0293⁴⁴, em dois casos apenas. Nota-se que o instituto é raramente aplicado, considerando que usualmente não ocorrem novas investigações após a apresentação da denúncia, que em teoria devem ser um trabalho investigativo já completo.

42 CEARÁ. Tribunal De Justiça Do Ceará (Vara Única da Comarca de Aiuaba). Sentença 0200097-15.2022.8.06.0030. Magistrado: José Gilderlan Lins, 16/03/2023. DJCE.

43 CEARÁ. Tribunal De Justiça Do Ceará. (1ª Vara da Comarca de Brejo Santo). Sentença 0011836-73.2017.8.06.0052. Magistrado: Niwton de Lemos Barbosa, 01/08/2019. DJCE.

44 CEARÁ. Tribunal De Justiça Do Ceará. (Vara Única de Marco). Sentença 0011654-04.2021.8.06.0293. Magistrado: Diego Filipe De Sousa BARROS, 29/09/2022. DJCE.

Pondera-se que o acusado, com a presença da defesa técnica, não seria tendente a confessar fatos novos que o pudessem prejudicar, sendo mais provável suprir as eventuais lacunas existentes no feito com versões mais favoráveis à defesa.

É justamente por isso que, com base na asserção e no Código de Processo Penal é possível indeferir provas impertinentes, para casos que estão pendentes de julgamento por provas que não estão sendo passíveis de produção, já computando também uma pena máxima com base na presunção de veracidade dos fatos narrados, conforme explana-se no capítulo a seguir.

3. A APLICAÇÃO DA PENA PELA TEORIA DA ASSERÇÃO

Neste capítulo do trabalho analisa-se como é possível, dentro do sistema trifásico de dosimetria da pena, efetuar o cálculo do seu valor máximo por asserção, para averiguar a prescritibilidade dos fatos narrados e justificar o indeferimento da produção de provas, com a condenação direta do réu e reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva.

3.1. O cômputo da pena com o emprego da teoria da asserção pelo sistema trifásico

Para cálculo da pena pela teoria da asserção, com o vigente sistema trifásico, ante a inexistência de instrução criminal completa, parte-se da presunção que todos os fatos narrados são verdadeiros, e os fatos sobre os quais não tenham elementos concretos são presumidos como negativos, pois em teoria, assim ainda poderiam ser provados pela acusação.

Inicialmente é crucial ressaltar que a dosimetria da pena possui certa discricionariedade em diversos parâmetros. O Código Penal é aberto nesse quesito, apenas indicando quais devem ser os parâmetros. A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica no sentido que tal flexibilidade não deve ser tolhida:

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal **não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.**” (STF. HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Relatora: Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, principalmente na censurabilidade da conduta. (STF. ARE 1339267/RS - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 30/08/2021 - Publicação: 31/08/2021.)

Apesar de tal latitude do magistrado na dosimetria, não se deve confundir esta com uma absoluta arbitrariedade:

Assim, **embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência** entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados. (STJ. HC 585.731/SC, Relatora: Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) (grifos nossos)

Diante de tal flexibilidade, para a aplicação da presente teoria, será efetuada a análise de um caso real, o processo 0000070-14.2019.8.06.0097, atualmente em trâmite na comarca de Iracema, Ceará, e analisar sob as diversas perspectivas de dosimetria da pena, pontuando como data de análise o dia 22/04/2023. A denúncia, contra Antônio Bezerra Da Silva Filho, narra que este em 03 de outubro de 2018, subtraiu, mediante rompimento de obstáculo, um botijão de gás.

A denúncia foi recebida em 16 de maio de 2019, e até a presente data o caso está pendente de julgamento, estando a instrução suspensa para tentar localizar uma testemunha. O réu nega a autoria do delito, e foi visto pelas testemunhas na região, mas ninguém viu o mesmo com a posse do produto do crime e tampouco realizando a ação. A denúncia descreve o que arrombada a porta dos fundos, mas inexistente exame de corpo de delito nos autos. O réu possui péssimos antecedentes, respondendo diversos processos criminais na comarca por furto, mas é tecnicamente primário

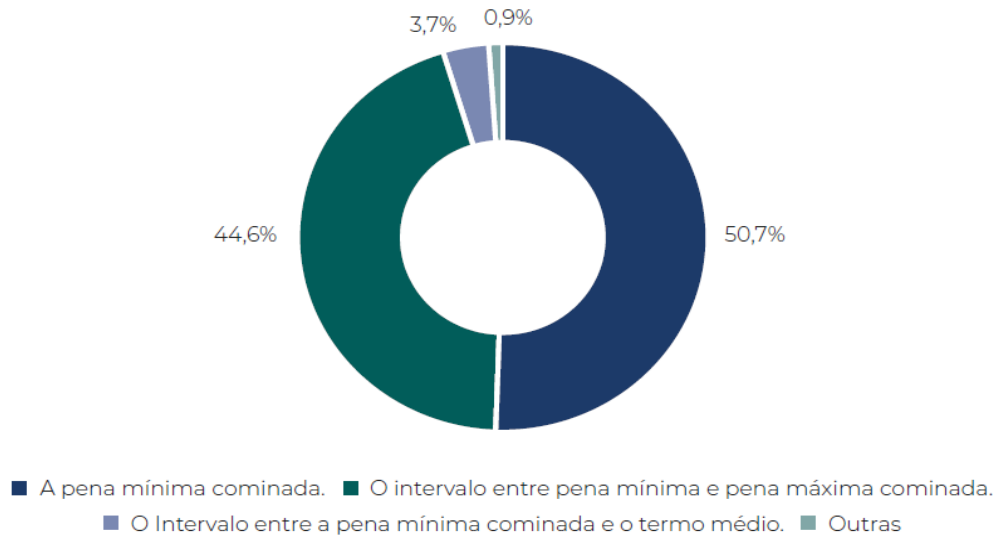
Em que pese a forte tendência de reconhecer a atipicidade por bagatela, pois um vasilhame de gás usado custa em torno de R\$100,00 (cem reais), ou seja, menos de 10% do Salário-Mínimo vigente, ou mesmo a falta de justa causa para a ação penal, por falta de provas, pois ninguém efetivamente vislumbrou o réu cometendo o crime, apenas o viram na localidade transportando um volume coberto de dimensões semelhantes ao do objeto furtado, o ponto de estudo é a análise da prescrição pela teoria da asserção.

Para tal, deve-se presumir que tudo que é narrado na inicial cujo reconhecimento é possível é verdadeiro. Então, é possível reconhecer que ocorreu o furto do botijão de gás, todavia, é impossível reconhecer a qualificadora do rompimento de obstáculo pela falta do exame de corpo de delito, conforme o entendimento do STJ. Ademais, o criminoso é tecnicamente primário e a coisa teoricamente furtada é de pequeno valor, e faz, portanto, jus ao privilégio do §2º do Art. 155 do CP.

Efetua-se então a dosimetria pelo sistema trifásico, com base na metodologia mais severa, conforme o Relatório GT de dosimetria da pena do CNJ de 2022. Utiliza-se, os parâmetros aceitos pela ampla maioria ou que sejam mais severos e não sejam ínfimos em uso. Na primeira etapa, a maioria dos juízes inicia a dosimetria tendo como base a pena mínima do delito (50,7%).

FIGURA 1 - GRÁFICO TERMO INICIAL DE DOSIMETRIA DA PENA

FIGURA 10 – NA HIPÓTESE DE UTILIZAÇÃO DE DETERMINADA FRAÇÃO, ENTENDE ADEQUADA A SUA INCIDÊNCIA SOBRE



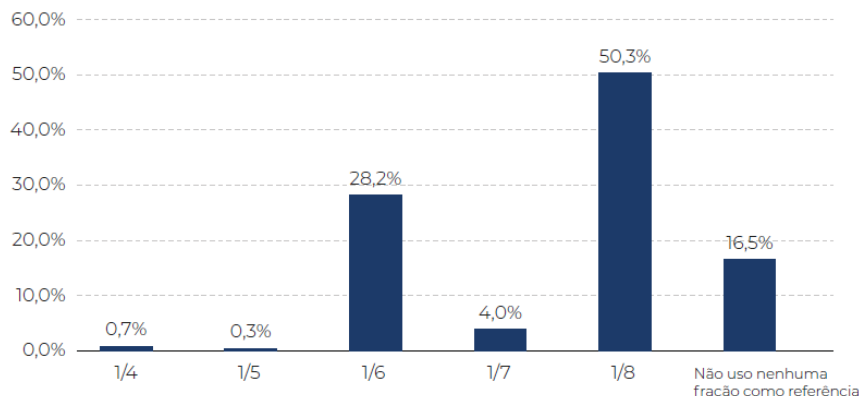
Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 19

Todavia, número substancial de magistrados (44,6%) utiliza como ponto de partida o intervalo entre a pena mínima e máxima cominada, que reputo ser a forma mais gravosa. Em que pese ser hipoteticamente possível iniciar o cálculo da pena máxima, tal forma de cálculo é veementemente rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência por ser desprovida de razoabilidade e de proporcionalidade, parâmetros que devem ser observados pelo magistrado ao efetuar a dosimetria, e sequer consta como ponto computado no estudo.

Sobre as frações das circunstâncias judiciais (art. 59), a maioria dos magistrados utiliza a fração de $\frac{1}{8}$ para cada uma delas, apesar de que número substancial utiliza a fração de $\frac{1}{6}$, conforme é possível ver na p. 17 do relatório:

FIGURA 2 - GRÁFICO FRAÇÃO A SER USADA EM DOSIMETRIA

FIGURA 8 – CRITÉRIO CONSIDERADO MAIS ADEQUADO, EM REGRA, PARA VALORAÇÃO DE CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 17

Tecnicamente, como são 8 circunstâncias, entendo ser essa a fração mais adequada, até porque sendo todas negativas, partindo do meio termo, será alcançada a pena máxima do delito, qualquer que seja a pena máximo ou mínima, e sendo todas positivas, partindo do meio termo, o resultado será geralmente próximo da pena mínima, exceto quando inexistir tal pena. Ressalte-se, ademais, que utiliza-se a metodologia aumentos exponenciais, com a multiplicação sucessiva de fatores.

Matematicamente isso resulta na possibilidade, em todos os crimes, sem exceção da pena chegar ao máximo, pois soma-se a pena máxima com a mínima, divide-se por 2 e multiplica-se por 2,564, que é o resultado de 8 aumentos sucessivos de 1/8, mas nem sempre é possível que a pena seja a mínima, pois nesse caso a maior redução equivale a multiplicar a média por 0,3436.

Todavia, nas situações em que inexistir pena mínima, como alguns crimes eleitorais, ainda assim tal forma de cálculo possui a tendência de poder resultar em pena inferior à mínima, ainda que para crimes com ampla abertura de dosimetria de pena, como a corrupção passiva. Demonstra-se tal argumento com exemplos concretos das possibilidades de variação:

Quadro 1 - Variação da pena base com aplicação da fração de 1/8 com início na média entre a pena mínima e a máxima

CRIME	PENA MÍNIMA	PENA MÁXIMA	PENA MÉDIA	PENA MÍNIMA 1/8	PENA MÁXIMA 1/8
Corrupção Passiva	2 anos.	12 anos.	7 anos.	2,405 anos.	17,948 anos.
Furto Simples	1 ano.	4 anos.	2,5 anos.	0,85 anos.	6,41 anos.
Roubo Simples	4 anos.	10 anos.	7 anos.	2,405 anos.	17,948 anos.
Homicídio Simples	6 anos.	20 anos.	13 anos.	4,468 anos.	33,33 anos.
Tráfico Simples	5 anos.	15 anos.	10 anos.	3,437 anos.	25,64 anos.

Diante de tal demonstração matemática, como regra, tal forma de dosimetria resulta na possibilidade do magistrado sopesar a pena plenamente entre os parâmetros máximos e mínimos logo na primeira fase da dosimetria a pena do condenado.

O uso de outra fração, como 1/6, que é a segunda mais utilizada nas cortes, apesar de ser matematicamente mais fácil, pois 1/6 de um ano são 2 meses, ao contrário de 1/8 que resulta em 1 mês e quinze dias, resulta em distorções que permitem quase zerar a pena mínima, ou elevar a máxima a parâmetros altos, geralmente mais do que o dobro da pena máxima.

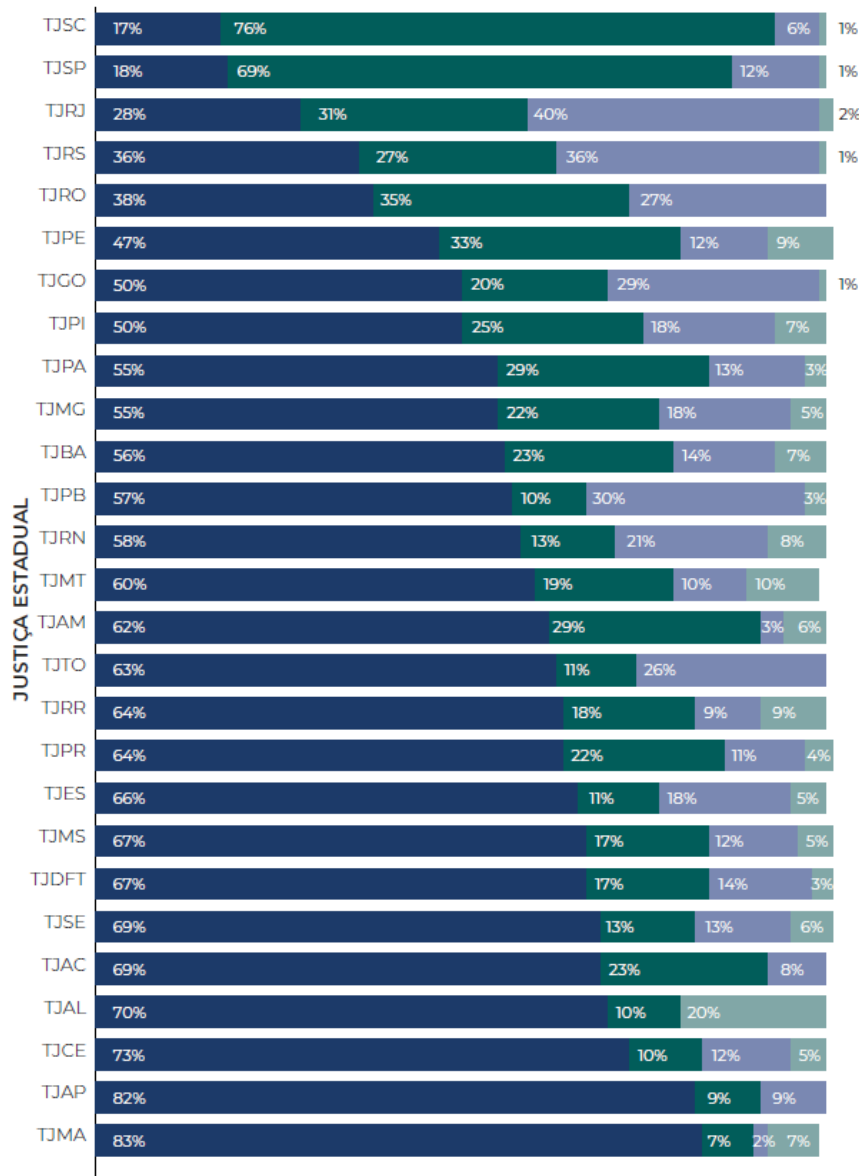
Ao aplicar a redução de 1/6 chega-se à fração de 0,11628 da média das penas máximas e mínimas como pena mínima na primeira fase e 1,7154 da mesma média como pena máxima, resultando nas seguintes possibilidades para os crimes já apreciados:

Quadro 2 - Variação da pena base com aplicação da fração de 1/6 com início na média entre a pena mínima e a máxima

CRIME	PENA MÍNIMA	PENA MÁXIMA	PENA MÉDIA	PENA MÍNIMA 1/6	PENA MÁXIMA 1/6
Corrupção Passiva	2 anos.	12 anos.	7 anos.	1,62 ano.	24,015 anos.
Furto Simples	1 ano.	4 anos.	2,5 anos.	0,58 ano.	8,57 anos.
Roubo Simples	4 anos.	10 anos.	7 anos.	1,62 ano.	24,015 anos.
Homicídio Simples	6 anos.	20 anos.	13 anos.	3,02 anos.	44,60 anos.
Tráfico Simples	5 anos.	15 anos.	10 anos.	2,32 anos.	34,30 anos.

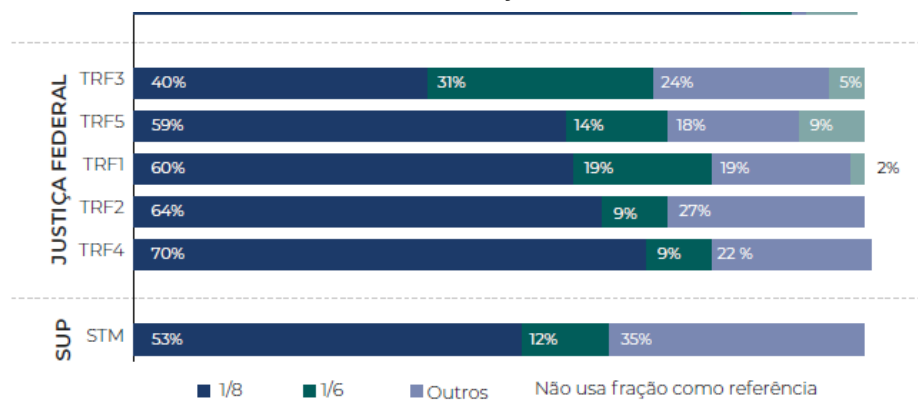
Veja-se que os parâmetros máximos e mínimos logo na primeira fase da dosimetria excedem os parâmetros de pena, com uso da fração de 1/6, enquanto com o uso da fração de 1/8 estes são mais aproximados. É o que empregam a maioria das cortes conforme o estudo do CNJ:

FIGURA 3 - GRÁFICO FRAÇÃO DE DOSIMETRIA POR TRIBUNAL ESTADUAL



Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 18

FIGURA 4 - GRÁFICO FRAÇÃO DE DOSIMETRIA POR TRIBUNAL FEDERAL



Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 18

Portanto, considerando as 8 circunstâncias judiciais e a matemática apresentada, é mais coerente o uso da fração de 1/8 na primeira fase da dosimetria da pena, além de utilizar como ponto de partida o ponto médio. Isso porque utilizando como ponto de partida a pena mínima, e a fração de 1/8, é virtualmente impossível chegar na pena máxima cominada.

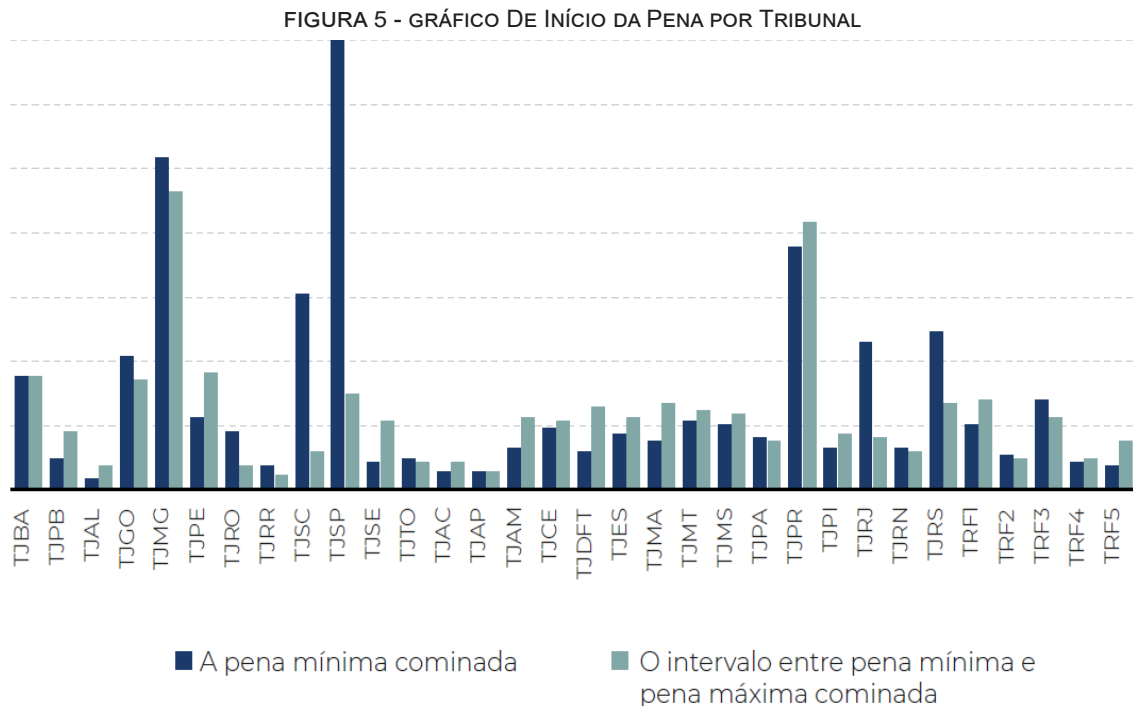
Observa-se tal fato ao refazer a matemática, agora utilizando como ponto de início a pena mínima e observa-se a diferença, ao multiplicar a pena mínima por 2,5657 (equivalente aproximado a oito aumentos sucessivos de 1/8, ou 9/8 elevado à oitava), assim como ao multiplicar a pena mínima por 0,3436 (equivalente aproximado a oito reduções sucessivas de 1/8, ou 7/8 elevado à oitava):

Quadro 3 - Variação da pena base com aplicação da fração de 1/8 com início na pena mínima

CRIME	PENA MÍNIMA	PENA MÁXIMA	PENA MÉDIA	PENA MÍNIMA 1/8	PENA MÁXIMA 1/8
Corrupção Passiva	2 anos.	12 anos.	7 anos.	0,68 ano.	5,1314 anos.
Furto Simples	1 ano.	4 anos.	2,5 anos.	0,3436 ano.	2,5657 anos.
Roubo Simples	4 anos.	10 anos.	7 anos.	1,37 ano.	10,26 anos.
Homicídio Simples	6 anos.	20 anos.	13 anos.	2,06 anos.	15,39 anos.
Tráfico Simples	5 anos.	15 anos.	10 anos.	1,71 ano.	12,82 anos.

Nota-se que partindo da pena mínima, para a maioria dos crimes sequer é possível chegar na pena máxima, na primeira fase da dosimetria da pena para os crimes cuja razão máxima/mínima seja inferior a 2,5657, que são poucos delitos, como o roubo e a extorsão, por exemplo.

Diante de tais cálculos fica claro que o início do cômputo pela pena mínima resulta que os réus sejam condenados a penas bem mais baixas do que o início pela média, violando a devida proporcionalidade da pena e beneficiando indevidamente uma parcela dos condenados com a pena mais baixa possível, que deveria ser reservada ao réu que possui ampla maioria de fatores positivos. Conforme o relatório do CNJ (p.19), a maioria dos magistrados do TJCE utiliza o intervalo entre a pena mínima e a máxima cominada, sendo no sul e sudeste novamente predominante a posição divergente, em que a pena deve iniciar da pena mínima:

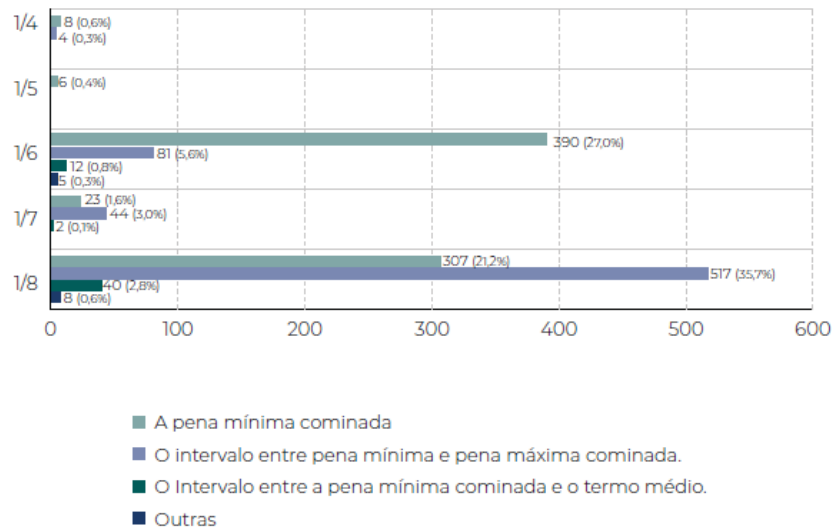


Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 19

Além de ser quase impossível aplicar a pena máxima partindo do mínimo, ainda existe um evidente desvio matemático para aproximar a dosimetria da pena para o valor mínimo. Ressalte-se que existe certo arbítrio do juiz em efetuar a dosimetria, mas que via de regra cada magistrado escolhe um padrão e o mantém. Assim, se a maioria de uma corte estadual inicia por padrão o cálculo do mínimo, reformando magistrados que adotam o termo médio, a tendência é que todos os réus daquele estado recebam penas baixas, ao contrário daqueles que a jurisdição local adota o termo médio.

Ademais, é curiosa a correlação entre o critério inicial e a fração de pena adotada e o termo inicial da fixação da pena, onde os magistrados que optam por 1/8 geralmente iniciam o cômputo da média e o que adotam 1/6 da pena mínima, conforme o Relatório do CNJ, na p.22:

FIGURA 6 - GRÁFICO DE CORRELAÇÃO ENTRE TERMO INICIAL E FRAÇÃO



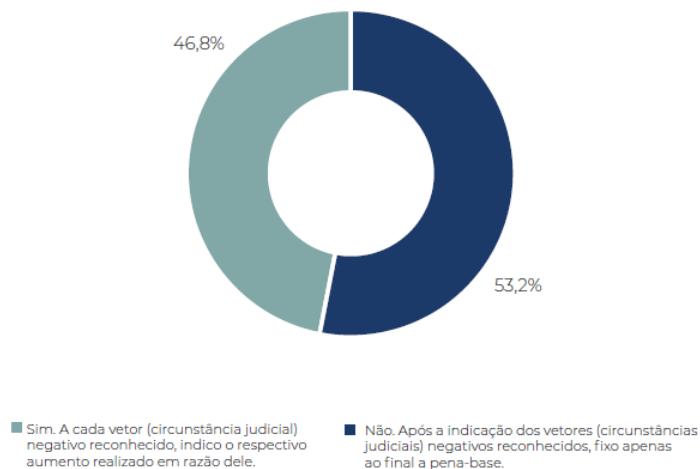
Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 22

Superados tais pontos, prossegue-se na análise do caso em concreto. Pelos elementos nos autos, é possível condenar o réu por furto simples, privilegiado, e deve-se seguir na dosimetria da pena de tal conduta. Ressalte-se que a maioria dos magistrados não discrimina cada vetor, conduta que é embargável por omissão, conforme o Relatório do CNJ, p.23:

FIGURA 7 - GRÁFICO DE ESPECIFICAÇÃO DE AUMENTO

FIGURA 12 – DISCRIMINA O AUMENTO REALIZADO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL?



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

Relatório GT de dosimetria da pena 2022 do CNJ p. 23

Ante tais parâmetros, para evitar embargo por omissão e com o intuito de apontar **precisamente que a sanção cominada é efetivamente a pior possível**, deve-se iniciar do termo médio e analisar cada uma das circunstâncias judiciais presentes nos autos, e presumir como negativas as que não existam nenhuma prova.

- 1) culpabilidade: o agente possui plena ciência da ilegalidade da conduta. Negativa.
- 2) antecedentes: apesar de responder outros processos o réu é tecnicamente primário, sem reincidência decaída, valorado como positiva.
- 3) conduta social: sem elementos concretos, valorada como negativa.
- 4) personalidade do agente: sem elementos concretos, valorada como negativa.
- 5) aos motivos: sem elementos concretos, valorada como negativa.
- 6) circunstâncias: normais ao delito, valorado como neutra.
- 7) consequências do crime: sem maiores prejuízos, ante o pequeno valor do prejuízo causado, valorado como neutra.
- 8) comportamento da vítima: sem influência no delito, valorado como neutra.

Com existem quatro circunstâncias negativas e uma positiva, o resultado são 3 pontos negativos em desfavor do condenado.

Partindo então da pena média, de 2 anos e 6 meses, efetua-se 3 **aumentos sucessivos** de $1/8$, o que resulta na pena de 3,5595 anos, sendo que, em audiência de instrução poderia o réu produzir provas a seu favor sob os pontos valorados de forma negativa e que não seriam computados de tal forma na inexistência de evidências.

Ou seja, com base nos parâmetros expostos, na primeira fase da dosimetria da pena, a pior pena possível, com 3 circunstâncias negativas, valoradas na fração ordinária de $1/8$, seria de 3,5595 anos. Ressalto que partindo da pena mínima, a pior pena possível seria de 1,4238, igualmente com aumentos sucessivos, uma diferença que é substancial.

Ademais é importante ponderar também que se fosse efetuado o cálculo por simples somatório de frações, os resultados seriam mais favoráveis ao condenado, pois três aumentos sucessivos de $1/8$, em exponencial vão sempre resultar em valor maior ou igual do que o simples aumento derivado do somatório das frações.

No caso em apreciação, se elevado de forma direta em $3/8$ a pena média a pior pena possível seria de 3,4375 anos e a pena mínima 1,375 ano, então inequi-

vocamente é utilizada a parametrização da pior pena efetivamente possível. Passemos então à segunda fase da dosimetria da pena.

Na segunda fase da dosimetria da pena, a maioria da jurisprudência aplica a fração de 1/6 para a maioria das atenuantes ou agravantes, com exceção da reincidência, que como regra é majorada com 1/3. Inexiste, todavia, conforme supracitado, parâmetro explícito no Código Penal. Assim sendo, segue-se com a análise dos critérios do Código Penal:

I - a reincidência: O réu é primário.

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe: Incabível.

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Incabível.

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido: Incabível pelos fatos narrados.

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum: Incabível pelos fatos narrados.

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge: Incabível pelos fatos narrados.

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica: Incabível pelos fatos narrados.

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão: Incabível pelos fatos narrados.

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida: A vítima era homem adulto, não idoso, em plenas condições de saúde.

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade: Incabível pelos fatos narrados.

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido: Incabível pelos fatos narrados.

l) em estado de embriaguez preordenada: Incabível pelos fatos narrados.

Deixa-se de apreciar as agravantes em concurso de pessoas, ante o fato que a denúncia narra delito individual. Deve-se prosseguir com a apreciação das atenuantes:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença: a agente na época do fato possuía 33 anos.

II - o desconhecimento da lei: Incabível pelos fatos narrados.

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral: Incabível pelos fatos narrados.

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano: Incabível pelos fatos narrados.

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima: Incabível pelos fatos narrados.

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime: Não houve.

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou: Incabível pelos fatos narrados.

Por tal exposição, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes no caso em análise.

Por último, segue-se na terceira etapa da dosimetria da pena, onde, consoante supracitado, vislumbra-se a causa de redução de pena do §2º do Art. 155 do CP, por ser o condenado tecnicamente primário e ser a coisa de reduzido valor.

Em relação à quantificação da causa de redução de pena, utiliza-se como os parâmetros para determinar os do STJ no julgado recente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VALOR DA RES FURTIVA E CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APENAS POR MULTA. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 171/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “não há parâmetros legais estabelecidos para que se determine o grau de redução a ser dado pelo reconhecimento do furto privilegiado, de modo que sua aferição deve considerar as particularidades do caso concreto, em um exercício de discricionariedade motivada por parte do magistrado”. 2. Na hipótese em apreço, os fundamentos apresentados pela Corte estadual – o valor da res furtiva, equivalente a mais de 50% do salário mínimo vigente à época dos fatos, associado ao fato de **o agravante ostentar outras três ações penais em curso**, todas por crimes patrimoniais – justificam a aplicação da fração de 1/3 (um terço) em razão do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal. (Agrg No Hc 679.065/Sc, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Julgado Em 28/09/2021, Dje 07/10/2021)

No caso em apreço, o condenado furtou um bem de valor bem diminuto, de menos de 10% do salário-mínimo, mas possui várias ações penais em curso por crimes contra o patrimônio, razão pela qual a redução, apesar de não ser

aplicada no máximo legal, não deve ser reduzida ao mínimo legal, sendo razoável a fração de $\frac{1}{2}$, com base na mínima lesividade ao patrimônio da conduta.

Diante de tais fatos, a pena final máxima cabível em abstrato pelos fatos narrados na denúncia é de 1,7797 ano de reclusão, partindo a dosimetria da pena média e 0,7119 ano de reclusão partindo da pena mínima. Considerando que mesmo a pior pena prescreve em quatro anos e o recebimento da denúncia ocorreu em 16/05/2019, a pena prescreveu em 15/05/2023 e partindo da pena mínima a dosimetria, em 15/05/2022.

Alterando a fração de redução pelo privilégio para o mínimo legal, todavia, a prescrição seria em 8 anos, pois a pena máxima seria de 2,373 anos, iniciando a dosimetria da pena média e 0,9492, iniciando a dosimetria da pena mínima o fato já estaria igualmente prescrito em 15/05/2022.

Nota-se que em abstrato, a depender da metodologia e do sopesamento teríamos três prazos prescricionais cabíveis. Então, o principal ponto determinante seria efetivamente o termo inicial da dosimetria da pena, que inequivocamente resulta em prescrição se iniciada a dosimetria da pena mínima.

Se o juízo como regra adota o início pela pena mínima para réus primários, inexistente motivo para desviar de tal parâmetro, razão pela qual o feito estaria prescrito. Se, todavia, o magistrado iniciar a dosimetria da pena média, deve manter o padrão, e ainda assim o processo em análise estaria certamente prescrito pelos parâmetros apresentados.

Todavia, ainda que o juízo inicie sempre o cálculo da pena-base pelo mínimo legal, seria interessante, na operacionalização do cálculo, para evitar impugnação da acusação, buscar também averiguar se, partindo da pena média, o caso também estaria prescrito, hipótese em que descaberia de forma inequívoca oposição recursal da dosimetria da pena por parte da acusação, pois conforme demonstrado nos estudos do CNJ é discutível o termo inicial da dosimetria e sem dúvida o termo médio é mais grave.

Efetuada a demonstração matemática e não apenas um mero juízo de estimativa do magistrado, fica fulminado o argumento de que trata-se de prescrição em perspectiva, em mero juízo de estimativa, pois a dosimetria é concretamente

efetuada seja para condenar a tal pena seja para ser reforçada a impertinência da prova lastreada na prescrição calculada pela pior dosimetria possível. Com base em

tal parâmetro teórico, prossegue-se no estudo da possibilidade de indeferir provas com tal fundamento.

3.2 Do indeferimento de provas pela teoria da asserção

No Código de Processo Civil, existe a previsão expressa do despacho saneador, após a contestação e réplica, onde não sendo caso de extinção ou julgamento antecipado, deve o magistrado delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos e definir a distribuição do ônus da prova, conforme consta no artigo 357, incisos II e III do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Penal não prevê tal instrumento, todavia, prevê no seu artigo 400, §1º a previsão que “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”.

Considerando que o CPP em seu artigo 3º determina o suplemento pelos princípios gerais de direito, dentre os quais existe a teoria da asserção, em nada viola a legislação a decisão que veda, de forma anterior à audiência ou durante esta, ou mesmo posteriormente, a produção de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias com base na presunção de veracidade dos fatos alegados, que resulta na irrelevância da prova e permite desde já sentenciar o feito.

Eis um exemplo concreto para explicar. Suponhamos que tenha um caso em tramitação por um suposto tráfico de drogas em que o acusado, de 22 anos, seja réu primário e de bons antecedentes, não responde outros processos, não existam provas que este se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, e foi apreendido em casa com 15 gramas de maconha.

Imagina-se que consta o depoimento, em sede policial, de um usuário que foi igualmente apreendido com 5 gramas de maconha e indicou o acusado como vendedor do entorpecente, mas que não foi mais localizado pelo oficial de justiça, é a única testemunha do feito que não é integrante da Polícia, estando o feito parado exclusivamente por esse motivo há três anos, e com o recebimento da denúncia há mais de quatro anos.

Com tais fatos, ocorreria a prescrição retroativa de qualquer pena privativa de liberdade de até dois anos. Todavia, a prescrição do tráfico de drogas em abs-

trato, mesmo na forma privilegiada, ocorrerá apenas em vinte anos, pois a menor redução da forma privilegiada de 1/6 aplicada sobre a pena máxima de 15 anos enseja na pena máxima, em abstrato, de 12 anos e 6 meses.

Ressalte-se que é possível que a pena concreta, por um tráfico privilegiado, de um réu primário e de bons antecedentes não seja computada a partir do termo médio, sendo comum a pena mínima, que é de 1 ano e 8 meses.

Diante de tal panorama é improvável a prescrição em abstrato do tráfico, mas é bem mais provável a prescrição retroativa pela pena concretamente aplicada.

Em tais casos, o pedido de prova efetuado pelo Ministério Público, que foi anteriormente deferido poderia ser revisado, sob o fundamento que a prova é atualmente impertinente de ser produzida, inexistindo mais interesse, pois mesmo com a produção desta demonstrando a verdade dos fatos alegados pelo órgão da acusação não resultará em resultado útil, pois ocorrerá a prescrição pela pena concretamente aplicada, em virtude do decurso do tempo.

Evidente que quando inicialmente efetuado o pedido, enquanto inexistia a provável prescrição da pretensão punitiva pela pena concretamente aplicada, haveria interesse em ouvir a testemunha para decidir se realmente estava narrando uma acusação verídica ou mentindo, conforme usualmente alegado pela defesa padrão que tudo impugna.

Ante a impertinência de prova para demonstrar fato prescrito, defende-se que nesses casos seriam aplicáveis, analogicamente, as regras de prova do processo civil quando tal analogia favorece o réu, que permitem ao juízo considerar incontroverso a prova e alegação que não foi especificamente impugnada, mas apenas quando estritamente favorável ao acusado.

Portanto, após o decurso do prazo prescricional de uma pena provável, é possível a título hipotético, presumir que a testemunha estava falando a verdade, averiguar se por asserção, a pena estaria prescrita, razão pela qual a prova deixa de ser pertinente se eventual condenação calculada pelos parâmetros que dependem exclusivamente desta prova resultem em prescrição.

Existe uma evidente diferença entre a presunção de veracidade para calcular a pena por asserção, em que tudo que o *parquet* alega é presumido como verdadeiro, usualmente antes mesmo de qualquer instrução probatória, e a situação em

que uma única prova está emperrando o processo penal sem efeito suspensivo da prescrição, o que permite a revisão de provas, e o indeferimento da sua produção por presunção de veracidade (asserção).

Seria possível nesse caso uma condenação direta, com indeferimento de prova não mais pertinente, ante a consumação da prescrição da pretensão punitiva pela pena concreta, na modalidade retroativa, pela inexistência de prejuízo para quaisquer das partes, na sentença que é ao mesmo tempo condenatória e absolutória.

É crucial ressaltar que a mudança de cultura do Poder Judiciário requer uma postura ativa pelos magistrados, que não podem meramente ficarem inertes e atuarem da mesma forma, enquanto os feitos se acumulam e a sociedade clama por justiça conforme aduz Juliano da Costa Stumpf⁴⁵:

“A mudança de cultura e o reconhecimento de que o juiz é responsável por promover a reforma desse modelo são os primeiros e imprescindíveis passos no sentido de conformação do processo. A criatividade e inovação são caminhos a trilhar. O Poder Judiciário necessita estabelecer e incentivar inovação como forma de alterar rotina em busca da eficiência da prestação jurisdicional. Cabe aos juízes, em especial, assumir este papel e liderar o processo de mudança (STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. 2008).”

3.3 Da sentença condenatória-absolutória pelo indeferimento de provas

Retorna-se à análise do mesmo caso apresentado, processo número 0000070-14.2019.8.06.0097, mas sob outra perspectiva, a do indeferimento de prova, que seria inclusive até mais adequada ao caso em análise, ante o fato que a única prova que impede o caso de ser julgado é a suposta necessidade do depoimento da testemunha Alan Matias Negreiros. O mesmo em sede de inquérito policial aduziu ter visto o réu, no dia do evento, trafegando na estrada próxima à região do furto com um volume na garupa, compatível com o de um botijão de gás, mas coberto com um pano.

Tal prova testemunhal, apesar de pertinente dentro do prazo prescricional do delito, torna-se impertinente ante o fato que em nada alteraria a dosimetria da pena do delito, acaso reiterada em juízo. Diante de tal fato, a prova poderia ser perfeitamente indeferida em sentença condenatória que ao mesmo tempo ao transitar em julgado é absolutória, pois ao mesmo tempo que condena, reconhece a ocorrência

⁴⁵ STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2008.

da prescrição intercorrente.

Considerando que o único parâmetro que o MP poderia recorrer, ante o reconhecimento da acusação, seria a dosimetria da pena, **é prudente demonstrar, no julgado, que mesmo que condenado com os parâmetros de dosimetria mais severos**, o caso estaria prescrito, conforme trabalhado no tópico anterior.

Ressalte-se que, existe **notória diferença entre presumir tudo em que inexistente prova como algo negativo e efetivamente calcular a pena pelos fatos narrados, presumindo como verdadeira a narrativa ou coisa ser provada pela prova indeferida**, que obviamente teria uma tendência a resultar em uma pena menos grave, já que usualmente não constam nos autos provas específicas de todas as circunstâncias judiciais. É patente que, diante da metodologia de cálculo, que seria mais provável o reconhecimento da prescrição com tal ferramenta interpretativa, conforme será demonstrado adiante com a análise do mesmo caso que foi anteriormente apreciado com outra perspectiva.

Considerando todos os argumentos expostos apresentados, montamos um modelo de sentença, que está no Anexo I com o intuito de demonstrar como seria a aplicação concreta da presente técnica interpretativa. Sendo a presente técnica desenhada para aumentar a eficiência do Poder Judiciário, foi construído o modelo de forma a ser facilmente aproveitável com o mínimo de modificações, sendo ressaltados em negrito os pontos que exigem modificação.

Observa-se no modelo, em que na dosimetria da pena apenas é presumido como verdadeiro o depoimento que foi indeferido por não ser mais pertinente, a pena ficou calculada em valor bem menor do que pelo critério de asserção geral, em que tudo que inexistente nos autos é presumido como negativo, mostrando-se como ferramenta útil para reconhecimento da prescrição, com maior probabilidade de apontar a sua existência, ante a falta de obrigação de, para demonstrar a prescrição pela pior pena possível, presumir como obrigatoriamente negativos fatores que usualmente sequer são ponderados pela falta de evidência nos fólios processuais.

Evidente que tal técnica é altamente adequada para processos que estão suspensos aguardando um ou duas provas e já estão praticamente totalmente instruídos. Quando inexistem provas substanciais nos autos ou nem mesmo foi efetuada audiência de instrução, é mais forte a argumentação efetuada com presunção de que os pontos sem prova são negativos, pois fica totalmente demonstrado que

ainda que a prova solicitada pela acusação fosse produzida e totalmente favorável a esta, em que pese improvável, isto não teria resultado útil.

Em tese é viável condenar presumindo que os elementos do inquérito policial são verdadeiros, por falta de oposição específica, e que seria improvável o manejo de recursos por quaisquer das partes quando concretamente demonstrado que o cálculo da pior pena por asserção resulta em prescrição, mesmo sem o início de instrução probatória, mas que o ônus argumentativo é bem maior.

É comum a jurisprudência fazer tal reconhecimento, sendo, conforme supracitado como regra reformada em caso de recurso, mas em casos excepcionais mesmo esta é aceita⁴⁶. A diferença, concretamente efetuada neste estudo, é a devida argumentação quanto à dosimetria da pena pelos fatos narrados e à argumentação legal, que possui previsão tanto no CPP como no CPC.

46 BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. - RSE: 03032228320138050113, Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 15/05/2019

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em questão obteve resposta ao problema encontrado, sobre como sanar a questão em que apesar da vedação do STJ do reconhecimento da prescrição virtual, os juízos continuam decretando tal modalidade de prescrição, permitindo aos julgadores, dentro da lei e sem violar os parâmetros da súmula 438 reconhecer a prescrição do caso seja ao indeferir provas impertinentes pela prescrição superveniente ou ao presumir os fatos como verdadeiros e calcular a pior prescrição cabível por asserção como fundamento da impertinência da prova.

Apesar de tais pontos positivos, e da não violação dos argumentos apresentados pelo STJ para vedar a prescrição virtual, um ponto nevrálgico ainda resta, que é a possibilidade de alteração dos fatos. Justamente por tal ponto é que talvez fosse interessante tanto a acusação quando a defesa serem previamente intimadas para manifestarem-se sobre tal possibilidade, em que pese não ser necessário.

Se nenhuma das partes entendem que os fatos podem ser modificados de forma juridicamente relevante, inexistente razão pela qual a ação deve prosseguir apenas porque em teoria, no plano hipotético isso seria possível. No plano das ideias tudo é cabível em teoria, e é impossível decidir com base no que seria absolutamente possível no plano abstrato.

A falibilidade é inerente às atividades humanas e por mais cautela que tenha o julgador, é praticamente impossível tomar qualquer decisão pensando em tudo que seria possível em teoria. É necessário que o julgador saiba que as decisões são usualmente tomadas com base em probabilidades, derivadas do que se espera dentro das ações normais, do que é mais comum de acontecer.

Isso pode, claro gerar tanto condenações indevidas como absolvições indevidas, seja por análise do próprio mérito probatório ou pela presunção de veracidade dos fatos alegados. Ambas os métodos estão sujeitos à falhas, mas, em verdade, como o juízo penal está vinculado aos fatos narrados pelos acusadores, as técnicas aqui construídas são norteadas pelas investigações já realizadas e que tendem a não ser alvo de alteração.

Possuem tendência estatística a ser mais pontualmente corretas do que incorretas, pois trata-se da pior presunção possível para a acusação, averiguando que o resultado é a falta de utilidade ao processo. Tal lógica aliada aos números quase insignificantes de processos alvos de *mutatio libelli* trazem segurança ao

emprego da técnica. Mais comum é, na verdade, a *emendatio libelli* favorecendo o acusado, em que o magistrado percebe que o promotor denunciou fato com a tipificação mais gravosa do que o adequado.

Já para a extinção por indeferimento de provas, ante a impertinência de prova para demonstrar fato prescrito, averigua-se que nesses casos seria aplicável, analogicamente, as regras de prova do processo civil quando tal analogia favorece o réu, que permitem ao juízo considerar incontroverso a prova e alegação que não foi especificamente impugnada, mas apenas quando estritamente favorável ao acusado, pois de tal ação deriva uma prescrição sem efeitos penais ou civis.

Diante dos fatos expostos, conclui-se que as técnicas apresentadas, que constroem dentro da legislação existente a possibilidade de sentenciar feitos sem utilidade concreta e podem permitir uma redução substancial de acervo em tramitação em uma vara criminal, e o melhor redirecionamento de esforços para feitos que possuam utilidade concreta, são úteis e podem ser aplicadas sem alteração legislativa.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. TJ-AM - RSE: 06150942120188040001 Manaus, Relator: Mirza Telma de Oliveira Cunha, Data de Julgamento: 21/08/2023, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2023

AMAZONAS. TJ-AM - APR: 06016825720178040001 Manaus, Relator: Mirza Telma de Oliveira Cunha, Data de Julgamento: 21/08/2023, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2023

AMAZONAS. TJ-AM - RSE: 00012832220158044601 Iranduba, Relator: Vânia Maria Marques Marinho, Data de Julgamento: 21/08/2023, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2023

BAHIA. VARA CRIMINAL DA COMARCA DE IPIAÚ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. SENTENÇA 0500405-18.2015.8.05.0105. Magistrada: Leandra Leal Lopes, 27/02/2023. DJEBA.

BAHIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (2ª Câmara Criminal). ACÓRDÃO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 0502607-18.2016.8.05.0271. Relatora: Des. Antonio Cunha Cavalcanti, 21/02/2023. DJEBA.

BAHIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA RSE: 03020033720148050004, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 08/11/2021)

BAHIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. RSE: 03032228320138050113, Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 15/05/2019

BRASIL. Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13/05/2023.

BRASIL. Código de processo civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 15/05/2023.

BRASIL. Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso 13/05/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11/05/2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5º Turma). Rec. Extraordinário em HC 12.360/BA. Relator: Min.Felix Fischer, 06/08/2002. Acórdão. Brasília/DF.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1º Turma). Ag. Reg. no Habeas Corpus 107.710/SC. Relator: Min.Roberto Barroso, 09/06/2015. Acórdão. Brasília/DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1561498/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1354838 MT 2012/0247449-2, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 02/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 744.104/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 696.533/SC. Relator: Min. Roberto Barroso, 06/02/2018. Acórdão. Brasília/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ARE: 848107 DF, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 03/07/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 03-08-2023 PUBLIC 04-08-2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 107710 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 09/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 214751 AgR/SP - Relator: Min. Edson Fachin - Julgamento: 13/06/2022 - Publicação: 08/07/2022 - Órgão julgador: Segunda Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 679.065/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 07/10/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 585.731/SC, Relatora: Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 12360 BA 2002/0006042-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/08/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 16/09/2002 p. 203.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 30368 SP 2003/0161693-7, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 10/08/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.12.2004 p. 460.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 200600182080 - (53349 BA) - 5ª T. - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJU 04.09.2006 - p. 302.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 634265 RS 2004/0030441-4, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 04/04/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.05.2006 p. 401.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 21929 PR 2007/0204379-5, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 20/11/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/12/2007 p. 399.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 18569 MG 2005/0180807-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 13/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 69859 MS 2006/0245614-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/12/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.02.2007 p. 292.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 880774 RS 2006/0194960-5, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007 p. 707.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 20554 RJ 2006/0264370-3, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/09/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.10.2007 p. 368)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 85137 PE 2007/0139999-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 11/12/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/02/2008 p. 1)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 991860 RS 2007/0229547-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/09/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 13/10/2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 102292 SP 2008/0059164-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 02/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22.09.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107710 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 09/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1384405/PR - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 24/05/2022 - Publicação: 25/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1339267/RS - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 30/08/2021 - Publicação: 31/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 114.965, Primeira Turma, Relatora: Min. Rosa Weber, DJe de 27/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 114.965, Primeira Turma, Relatora: Min. Rosa Weber, DJe de 27/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1339267/RS - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 30/08/2021 - Publicação: 31/08/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2º Região. AC: 00048175020004025001 ES 0004817-50.2000.4.02.5001, Relator: VERA LÚCIA LIMA, Data de Julgamento: 18/02/2020, 8ª TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 28/02/2020

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. - AC: 10198754620204019999, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO LUIZ DE SOUSA, Data de Julgamento: 14/07/2021, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: PJe 14/07/2021 PAG PJe 14/07/2021

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Vara Única). SENTENÇA 0097021-93.2015.8.06.0070. Estelionato. Ronaldo Freire Ximenes. Relator: Juiz de Direito JAISON STANGHERLIN. 11 de fevereiro de 2022. AÇÃO PENAL. CEARÁ, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1587873155/inteiro-teor-1587873161>. Acesso em: 18 mai. 2023.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Vara Única). SENTENÇA 0000221-102012.806.0037. Crimes do Sistema Nacional de Armas. Antônio Woshington Vieira Farias. Relatora: Juíza de Direito Rafaela Benevides Caracas Pequeno, 07 de setembro de 2020. AÇÃO PENAL. CEARÁ, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1458482089/inteiro-teor-1458482092>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Vara Única). SENTENÇA 0045297-89.2013.8.06.0112. Crimes do Sistema Nacional de Armas. Eujanio Felipe da Silva. Relator: Juiz de Direito Antônio Vandemberg Francelino Freitas, 21 de março de 2022. AÇÃO PENAL. CEARÁ, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1651628842/inteiro-teor-1651628843>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Vara Única). SENTENÇA 0017854-06.2017.8.06.0119. Crimes do Sistema Nacional de Armas. Francisco Reginaldo dos Santos e outro. Relator: Juiz de Direito Davyd Jefferson Pinheiro de Castro, 21 de julho de 2022. AÇÃO PENAL. CEARÁ, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1586186517/inteiro-teor-1586186520>. Acesso em: 25 mai. 2023.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Vara Única). SENTENÇA 0047972-49.2016.8.06.0070. Crimes de Trânsito. Eric Alves Ribeiro. Relator: Juiz de Direito Jaison Stangherlin, 17 de fevereiro de 2022. AÇÃO PENAL. CEARÁ, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1398197795/inteiro-teor-1398197796>. Acesso em: 27 mai. 2023.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ (Vara Única da Comarca de Campos Sales). Sentença 0004572-33.2016.8.06.0054. Fortaleza. Magistrado: Luis Savio de Azevedo Bringel, 01/12/2023. DJCE. Disponível em: <https://www.>

jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1719325164/inteiro-teor-1719325167. Acesso em: 22 ago. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Justiça (1º Vara de Santa Quitéria). Sentença 0008105-70.2016.8.06.0160. Crimes de Trânsito. Antonio Luzardo Lobo Mesquita Filho. Juiz de Direito Isaac de Medeiros Santos, 02 de dezembro de 2021. Ação Penal. Ceará, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1372671227/inteiro-teor-1372671232>. Acesso em: 28 mai. 2023

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0184954-49.2017.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 15/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0003018-09.2008.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 07/10/2019. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0062684-38.2008.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 14/09/2019. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0107915-54.2009.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 31/03/2020. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0108748-57.2018.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 14/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0139053-24.2018.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 09/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0150979-02.2018.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 14/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0189168-49.2018.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda,

14/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 0193882-23.2016.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 09/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 1040175-77.2000.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 31/03/2020. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará (4ª Vara de Delitos de Trafico de Drogas). Sentença 1081116-69.2000.8.06.0001. Magistrado: Jorge Di Ciero Miranda, 16/03/2020. DJCE

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - APR: 00342076920138060117 Maracanaú, Relator: SILVIA SOARES DE SÁ NOBREGA, Data de Julgamento: 01/08/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/08/2023

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ (Vara Única da Comarca de Aiuaba). Sentença 0200097-15.2022.8.06.0030. Magistrado: José Gilderlan Lins, 16/03/2023. DJCE.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ (1ª Vara da Comarca de Brejo Santo). Sentença 0011836-73.2017.8.06.0052. Relatora: Niwton de Lemos Barbosa, 01/08/2019. DJCE.

CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ (Vara Única de Marco). Sentença 0011654-04.2021.8.06.0293. Magistrado: Diego Filipe De Sousa BARROS, 29/09/2022. DJCE.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - APR: 00013003620168060117 Maracanaú, Relator: SILVIA SOARES DE SÁ NOBREGA, Data de Julgamento: 01/08/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/08/2023

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - APR: 00027334520078060035 Aracati, Relator: FRANCISCO CARNEIRO LIMA, Data de Julgamento: 09/05/2023, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/05/2023

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - APR: 00169585820178060055 Canindé, Relator: MARIO PARENTE TEÓFILO NETO, Data de Julgamento: 07/02/2023, 1ª

Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/02/2023

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - APR: 00147298320128060158 CE 0014729-83.2012.8.06.0158, Relator: JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, Data de Julgamento: 10/08/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/08/2021

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - HC: 06220278520208060000 CE 0622027-85.2020.8.06.0000, Relator: MARIO PARENTE TEÓFILO NETO, Data de Julgamento: 14/04/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/04/2020

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. [S.l.]. CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

COSTA, Aldo de Campos. A TODA PROVA: A justa causa para o exercício da Ação Penal. CONJUR, 29 nov. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/toda-prova-justa-causa-exercicio-acao-penal#_ftn8_7077 acesso 13/05/2023. Acesso em: 13 mai. 2023.

DISTRITO FEDERAL. TJ-DF 07124313820198070018 DF 0712431-38.2019.8.07.0018, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/07/2021, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/08/2021

DISTRITO FEDERAL. TJ-DF 20120020258733 DF 0026667-37.2012.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 16/04/2013, CONSELHO ESPECIAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/04/2013 . Pág.: 250

FABBRINI, RENATO. Processo Penal. 18ª Edição. são paulo: atlas, 2008. p. 90.

FONSECA FILHO, Otávio Bueno da. Novo Código de Processo Civil quebra paradigma das “condições da ação. CONJUR, 30 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>. Acesso em: 22 ago. 2023.

GHIRELLO, Mariana. Prescrição virtual pode ajudar a desafogar Judiciário. CONJUR, 25 abr. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-25/prescricao-virtual-ajudar-desafogar-judiciario-professor>. Acesso em: 22 ago. 2023.

HARADA, Kiyoshi. Insegurança jurídica provada pelo STF. MG, 13 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/388064/inseguranca-juridica-pro>

vada-pelo-stf. Acesso em: 22 ago. 2023.

JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA. Courts of California. 2022 Court Statistics Report Statewide Caseload Trends. [S.l.]. Judicial Council of California, 2022. Disponível em: <https://www.courts.ca.gov/documents/2022-Court-Statistics-Report.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões criminais controvertidas. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Questoes-criminais-controvertidas.pdf. Acesso em: 22 ago. 2023.

MINAS GERAIS. TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10701160237320001 Uberaba, Relator: Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 23/02/2022, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/03/2022

PARANÁ. Tribunal de Justiça (7ª Vara Cível de Curitiba). Apelação Cível 0010926-55.2019.8.16.0001/PR. APELAÇÃO CÍVEL. Relatora: Juiz Subst. 2º Grau FÁBIO ANDRÉ SANTOS MUNIZ, 02 de outubro de 2020. Acórdão. Paraná, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1372671227/inteiro-teor-1372671232>. Acesso em: 28 mai. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE (Vara Única da Comarca de São Miguel do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte). SENTENÇA 0101002-83.2017.8.20.0131. Magistrado: Marco Antônio Mendes Ribeiro, 21/08/2023. DJEN. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rn/1937903982/inteiro-teor-1937903983>. Acesso em: 22 ago. 2023.

ROVER, Tadeu. Juíza aplica prescrição virtual e determina trancamento de ação penal. CONJUR, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/juiza-aplica-prescricao-virtual-determina-trancamento-acao-penal>. Acesso em: 22 ago. 2023.

ROVER, Tadeu. INTERPRETAÇÃO LIMITADA: Maioria dos juízes entende que não deve seguir jurisprudência, diz pesquisa. CONJUR, 11 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/juizes-entendem-nao-seguir-jurisprudencia-pesquisa>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SANTOS, Kelvin Wallace Castro dos; JR., Alan Kardec Cabral. Prescrição virtual e possibilidade de rejeição tardia da denúncia. CONJUR, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-11/santose-cabral-possibilidade-rejeicao-tardia-denuncia>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO . TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Comarca de Jaboticabal). Sentença 1501249-14.2020.8.26.0291. Magistrado: Leandro Galluzzi dos Santos, 21/08/2023. DJEN. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1938191854/inteiro-teor-1938191855>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Comarca de Tupã). Sentença 1500336-95.2019.8.26.0637. Magistrado: Jose Augusto Franca Junior, 18/08/2023. DJEN. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1936685199/inteiro-teor-1936685201>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - RSE: 00082556920078260270 SP 0008255-69.2007.8.26.0270, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 22/11/2012, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 22/11/2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Morosidade na Justiça deve ser erradicada, defende novo presidente do STJ. [S.I.]. STJ, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/27082020-Morosidade-na-Justica-deve-ser-erradicada--defende-novo-presidente-do-STJ.aspx>. Acesso em: 22 ago. 2023.

STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2008.

THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152

TJCE. Tribunal de Justiça do Ceará. Prescrição virtual pode ajudar a desafogar Judiciário. [S.I.]. TJCE, 2010. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/prescricao-virtual-pode-ajudar-a-desafogar-judiciario/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

ANEXOS

Modelo de sentença condenatória-absolutória pelo indeferimento de provas

Sentença

Relatório

Tratam-se os autos de **denúncia** apresentada pelo **MPCE** em desfavor de **Antônio Bezerra da Silva Filho**, por suposta infração ao(s) artigo(s) **155**, §4º, I, do Código Penal, furto mediante arrombamento, cometido em **03/10/2018**, com recebimento da denúncia em **16/05/2019**.

Sobre questões probatórias impossíveis de serem produzidas *a posteriori*, não consta **nos autos laudo pericial sobre o suposto arrombamento, nem foi devidamente preservada a cena da infração**.

Atualmente o processo está **suspenso pois em audiência o MP solicitou a concessão de prazo para apresentar informações sobre a testemunha Alan Matias de Negreiros, que não foi localizado pelo meirinho da comarca, por diversas vezes**.

A testemunha em sede de inquérito policial aduziu ter visto o réu, no dia do evento, trafegando na estrada próxima à região do furto com um volume na garupa, compatível com o de um botijão de gás, mas coberto com um pano.

O réu é tecnicamente primário, **possui** outras demandas penais em tramitação, **não** confessou à acusação e **não** apresentou confissão qualificada, e **não** foi preso em flagrante delito. **A coisa furtada foi de pequeno valor**.

São os sucintos fatos relevantes para a presente decisão.

Fundamentação

Em análise do feito, averíguo que entre o recebimento da denúncia e a presente data já transcorreu prazo superior a **quatro anos**. Diante de tal fato, é conveniente averiguar se persiste, na presente data, a pertinência da produção **da prova solicitada, presumindo a veracidade dos fatos narrados pela tes-**

temunha, ou seja, se eventual condenação pelos fatos narrados e que possuam provas válidas e que não provas impossíveis de serem produzidas *a posteriori*, para tanto presumidos como verdadeiros pela teoria da asserção, poderiam ensejar em condenação efetiva em pena privativa de liberdade pena superior a **dois anos**, que não estaria ainda prescrita.

Presumindo a veracidade dos fatos narrados pela testemunha, assim como os demais elementos de prova nos autos, ante a narrativa apresentada, em nada será útil o depoimento ao presente feito, pois não enseja em modificação da capitulação jurídica dos fatos e tampouco altera a dosimetria da pena.

Dentro de juízo hipotético, mesmo presumindo que lá estivesse o botijão de gás visto pela testemunha, inexistiria modificação na pena.

É, portanto, patente a superveniência da impertinência da prova que não possui mais utilidade ao presente feito.

Em que pese a possibilidade teórica de modificação, em tese, dos fatos narrados nestes fólios, entendo que no caso em questão, é improvável a ocorrência de alguma alteração que enseje na alteração da capitulação jurídica dos fatos apta a justificar sanção mais gravosa ou a absolvição por outro motivo do acusado, sendo obrigação das partes, ao serem intimadas desta decisão, acaso possuam oposição motivada em tal argumento, indicar precisamente quais alterações entendem cabíveis e com base em que fundamento probatório.

Referente à questão probatória, **averíguo que inexistente nos autos exame de corpo de delito do suposto arrombamento realizado pelo réu, o que impede, conforme a jurisprudência pacificada do STJ o reconhecimento de tal qualificadora, pois violada a literalidade do artigo 158 do Código de Processo Penal, que aduz: “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Como inexistiu preservação do local do delito, trata-se de prova impossível de ser produzida, pois violados os normativos referentes à cadeia de custódia, constantes nos artigos 158-A a 158-F do mesmo diploma normativo.**

Assim, tomando-se por válidos, e judicializados, todos os elementos de prova trazidos com o inquérito, tudo aquilo que se faria na fase instrutória já o teria

sido na fase investigatória, com oportunidade ampla para o acusador (denúncia) e da defesa (resposta à acusação) se manifestarem.

Da leitura sistemática dos artigos 402 a 404 do CPP pode-se extrair a natureza e função dos debates orais ou memoriais. Eles acontecem depois de produzidas as provas, ao final da audiência, ao promotor e advogado é facultado a elaboração de memorial sobre o percurso probatório do processo, é permitido a eles estabelecer correlação entre suas alegações e os elementos de convicção produzidos sob escólio do contraditório.

Na medida em que essa fase de oitiva no processo não acontece porque são aproveitados dos depoimentos do inquérito, também torna-se desnecessário o debate oral, ou seu equivalente escrito.

Por se tratar de sentença condenatória com efeitos absolutórios fica claro que o recurso da acusação estaria voltado à dosimetria da pena já que os parâmetros utilizados para condenação foram exatamente os mesmos da denúncia. Já a defesa, a sucumbência estaria centrada na privação da oportunidade de produzir outras provas para obter sentença mais ajustada do que a absolutória presente. Para isso, deve indicar vantagem na permanência do status de réu ao defendente e do aguardo até que a audiência de instrução aconteça, conforme disponibilidade de pauta, tudo isso sem esquecer de indicar em que medida a exclusão dos registros do processo ameaça seus interesses.

Em síntese, busca-se otimização dos procedimentos nos processos cuja pena aplicável ao réu no caso concreto importa em prescrição, evita-se adotá-la em perspectiva, mas para isso serve-se dos elementos de convicção trazidos com o inquérito, que se convertem em provas na medida de sua passagem pelo crivo do contraditório sem oposição.

A sentença é condenatória e por esse motivo restringe e exige maior esforço argumentativo da acusação acaso pretenda fundamentar recurso, precisa não apenas transpor a abordagem utilitária do processo, mas principalmente propor alternativa consentânea com a realidade do contingente de acusados e dos prazos disponíveis.

Na mesma esteira, embora condenatória, os efeitos da sentença são absolutórios, ela é alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, deixa registro apenas histórico, sem capacidade de afetar a primariedade e antecedentes do réu, confere-lhe a condição de absolvido, flagrantemente mais vantajosa do que perma-

necer como réu à espera indefinida por audiência e sentença.

Diante de tais fatos, com base na teoria da asserção, sendo presumidos como verdadeiros todos os fatos narrados na denúncia, é possível a condenação do réu pelo delito de **furto simples**, ante a questão probatória supracitada.

Ademais, cabível a aplicação do privilégio presente caso, ante o fato que o réu é tecnicamente primário, conforme o Art. 155, §2º do Código Penal.

Passemos então à dosimetria da pena, para averiguar se a pior pena cabível pelos fatos narrados com a metodologia de dosimetria mais severa possível, pelos elementos de prova constantes nos autos, estaria ou não prescrita.

Inicialmente é crucial ressaltar que a dosimetria da pena possui ampla discricionariedade em diversos parâmetros. O Código Penal é aberto nesse quesito, apenas indicando quais devem ser os parâmetros. A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica no sentido que tal flexibilidade não deve ser tolhida:

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.” (STF. HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Relatora: Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, principalmente na censurabilidade da conduta. (STF. ARE 1339267/RS - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 30/08/2021 - Publicação: 31/08/2021.)

O cálculo da pena-base não se sujeita à aplicação do critério do termo médio, podendo o magistrado, nos limites de sua discricionariedade, estabelecer o peso de cada circunstância consoante as particularidades do caso concreto. (STF. ARE 1384405/PR - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 24/05/2022 - Publicação: 25/05/2022.)

Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. (STF. RHC 114.965, Primeira Turma, Relatora: Min. Rosa Weber, DJe de 27/06/2013.)

O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (STF. HC 214751 AgR/SP - Relator: Min. Edson Fachin - Julgamento: 13/06/2022 - Publicação: 08/07/2022 - Órgão julgador: Segunda Turma.)

A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. (STJ. AgRg no HC 744.104/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.) (grifos nossos)

Apesar de tal latitude do magistrado na dosimetria, não devemos confundir esta com uma absoluta arbitrariedade:

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser procedido caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base. Todavia, é mister diferenciar discricionariedade de arbitrariedade. Esta constitui uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, fundada em meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apoiam em regras ou princípios institucionais. Aquela, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de concepções diversas de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, e de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada juridicamente adequada caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em discricionariedade guiada ou vinculada. Assim, **embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência** entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados. (STJ. HC 585.731/SC, Relatora: Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) (grifos nossos)

Não é possível, portanto, por mero capricho pessoal, que o magistrado, sem fundamentação válida aplique a pena no máximo legal, apenas porque assim o deseja. Tal punição incomum demanda condições pessoais e fáticas incomuns, ante o fato que tanto a pena mínima quanto a pena máxima deveriam ser reservadas para os extremos, para aqueles que detenham alta quantidade de condições positivas ou negativas, respectivamente. A distribuição estatística de penas deveria seguir o padrão normal de curva, com a maioria dos casos dentro da pena média cominada ao delito, o que se observa quando a dosimetria da pena inicia do termo médio das penas máximas e mínimas aplicáveis ao tipo penal.

Diante de tais argumentos, é plenamente possível, com o emprego de parâmetros matemáticas computar qual seria a maior pena aplicável pelos fatos

narrados ao réu em caso de condenação, pelos parâmetros adotados pela jurisprudência majoritária de dosimetria de pena.

Os parâmetros mais adequados de dosimetria de pena consoante entendimento aplicado aos demais casos da comarca são, para a primeira fase da dosimetria o início do cálculo pelo **termo média da pena** e o cômputo de cada circunstância judicial com a fração de **1/8**, de forma **composta (exponencial)**. Para a segunda fase deve ser utilizada para a maioria das circunstâncias a fração de **1/6**, e para a terceira fase o maior aumento possível para as causas de aumento de pena e a menor redução cabível para as redutoras de pena.

Com base nos argumentos supracitados, vamos iniciar da média e analisar cada uma das circunstâncias judiciais presentes nos autos, e presumir como negativas as que não tenhamos nenhuma prova.

- 1) culpabilidade: **o agente possui plena ciência da ilegalidade da conduta. Negativa.**
- 2) antecedentes: **apesar de responder outros processos o réu é tecnicamente primário, sem reincidência decaída, valorado como positiva.**
- 3) conduta social: **conforme a prova testemunhal apontada, o réu é conhecido na região como criminoso, respondendo processos por vários furtos, valorada como negativa.**
- 4) personalidade do agente: **sem elementos concretos, valorada como neutra.**
- 5) aos motivos: **sem elementos concretos, valorada como neutra.**
- 6) circunstâncias: **normais ao delito, valorado como neutra.**
- 7) consequências do crime: **sem maiores prejuízos, ante o pequeno valor do prejuízo causado, valorado como neutra.**
- 8) comportamento da vítima: **sem influência no delito, valorado como neutra.**

Com temos **duas** circunstâncias negativas e **uma** positiva, que se anulam, resultando que ocorrerá **uma** modificação por tais circunstâncias.

Partindo então da pena média, de 2 anos e 6 meses, efetuamos 1 **aumento sucessivo** de 1/8 e chegamos à pena de 2,8125 anos, ou 2 anos, 9 meses e 22 dias, sendo que, em audiência de instrução poderia o réu produzir provas a seu favor sob os pontos valorados de forma negativa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, a maioria da jurisprudência aplica a fração de 1/6 para a maioria das atenuantes ou agravantes, com exceção

da reincidência, que como regra é majorada com 1/3. Inexiste, todavia, conforme supracitado, parâmetro explícito no Código Penal.

Assim sendo, passemos à análise dos critérios do Código Penal:

- I - a reincidência: **O réu é primário.**
- II - ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe: **Incabível.**
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: **Incabível.**
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida: **A vítima era homem adulto, não idoso, em plenas condições de saúde.**
 - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido: **Incabível pelos fatos narrados.**
 - l) em estado de embriaguez preordenada: **Incabível pelos fatos narrados.**

Deixo de apreciar as agravantes em concurso de pessoas, ante o fato que a denúncia narra delito individual.

Passemos à apreciação das atenuantes:

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença: **a agente na época do fato possuía 33 anos.**
- II - o desconhecimento da lei: **Incabível pelos fatos narrados.**
- III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral: **Incabível pelos fatos narrados.**

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano: **Incabível pelos fatos narrados.**

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima: **Incabível pelos fatos narrados.**

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime: **Não houve.**

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou: **Incabível pelos fatos narrados.**

Por tal exposição, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes no caso em análise.

Por último, passemos à terceira etapa da dosimetria da pena, onde, consoante supracitado, vislumbra-se a causa de redução de pena do §2º do Art. 155 do CP, por ser o condenado tecnicamente primário e ser a coisa de reduzido valor.

Em relação à quantificação da causa de redução de pena, vejamos os parâmetros do STJ no julgado recente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VALOR DA RES FURTIVA E CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APENAS POR MULTA. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 171/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “não há parâmetros legais estabelecidos para que se determine o grau de redução a ser dado pelo reconhecimento do furto privilegiado, de modo que sua aferição deve considerar as particularidades do caso concreto, em um exercício de discricionariedade motivada por parte do magistrado”. (AgRg no HC n. 624.257/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 15/3/2021). 2. Na hipótese em apreço, os fundamentos apresentados pela Corte estadual – o valor da res furtiva, equivalente a mais de 50% do salário mínimo vigente à época dos fatos, associado ao fato de **o agravante ostentar outras três ações penais em curso**, todas por crimes patrimoniais – justificam a aplicação da fração de 1/3 (um terço) em razão do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal. 3. Entende este Superior Tribunal de Justiça que “se ao tipo penal incriminador – art. 155, caput, do Código Penal – é cominada pena privativa de liberdade cumulada com multa, não é socialmente recomendável a substituição da prisão por multa (Súmula n. 171 do STJ)” (AgRg no HC n. 623.095/SC, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2021, DJe 7/6/2021). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 679.065/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 07/10/2021)

No caso em apreço, o condenado furtou um bem de valor bem diminuto, de menos de 10% do salário-mínimo, mas possui ações penais em curso por crimes contra o patrimônio, razão pela qual a redução, apesar de não ser aplicada no máximo legal, não deve ser reduzida ao mínimo legal, sendo razoável a fração de $\frac{1}{2}$, com base na mínima lesividade ao patrimônio da conduta.

Diante de tais fatos, condeno o réu a pena final máxima cabível em abstrato pelos fatos narrados na denúncia de **1,40625 ano de reclusão, ou 1 ano, 4 meses e 26 dias**, partindo a dosimetria da pena média e com base nos parâmetros mais graves aplicados por este juízo.

Regime inicial: aberto, a ser cumprido em casa de albergado.

Detração: a cargo do juízo de execução penal em face do tempo de prisão provisória ser insuficiente para ensejar alteração do regime de cumprimento da pena.

Possibilidade de recorrer em liberdade: concedo-lhe o benefício pois a parte já se encontra solta e as circunstâncias do delito não justificam a necessidade de segregação cautelar.

Conversão em pena restritiva de direito (art. 44 do CPB): aplicável em razão do quantum fixado na sanção penal e das condições pessoais da parte acusada. Converto em duas penas restritivas de direito que serão fixadas pelo juízo da execução de penas alternativas.

Suspensão condicional da pena (art. 77 do CPB): não se aplica em razão da conversão em pena restritiva de direito.

Publique-se. Intimem-se.

Transitada em julgado esta sentença, acaso inexista oposição recursal das partes, determino desde já que:

Considerando que a pena aplicada prescreve em **quatro anos** e o recebimento da denúncia ocorreu em **16/05/2019**, a pena aplicada prescreveu em **15/05/2023**. Procedo automaticamente ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, conforme a diretriz do art. 61, do Código de Processo Penal, combinado com os artigos art. 109, do CPB combinado com o art. 119 do Código Penal, e declaro, por sentença, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, EXTINTA A PUNIBILIDADE, com o advento da prescrição, e inviável a pretensão executória estatal.

Após cumpridas todas as determinações com a respectiva certidão, arquivem-se os autos com baixa. Desnecessária a intimação pessoal do acusado, considerando a orientação firmada no Enunciado 105 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), aqui aplicado de forma supletiva e analógica, que dispensa-se a intimação dos autores do fato de todo o teor desta sentença.

Arquivem-se imediatamente os autos.