

Isto posto, reformo parcialmente a decisão atacada, com a retificação de que o lapso prescricional deve ser contado no período de 23.06.2015 (data do OFERECIMENTO da denúncia, fls. 32) a 12.12.2017 (data do recebimento da denúncia), mantida no demais, concluindo-se pela ocorrência de perda superveniente do interesse processual no caso (a chamada prescrição antecipada).

I-se Ministério Público e Defensor.

Registre-se o novo endereço do réu (fl. 130).

Com urgência, remetam-se os autos à Turma de Recursos.

A exposição é plenamente aplicável ao caso, posto também se trata de delito de pequeno potencial ofensivo.

Donde a discussão há de ser a eventual pena a ser aplicada hipoteticamente ao caso em caso de condenação; e não há motivo para que reste descolada do mínimo legal. Os antecedentes fls. 11 e 19 são inócuos, e as ofertadas de transação penal e de suspensão condicional do processo apontam veementemente no sentido de aplicação do mínimo de pena legalmente previsto.

Impõe-se então a indagação, se cabível a aplicação do art. 60 § 2º do CP a delito eleitoral. A resposta deve ser afirmativa.

Contra a aplicação em delitos previstos em lei especial, por todos:

HC 74.248-RJ. RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO (ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76): APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS MÍNIMAS DE 6 MESES DE DETENÇÃO E DE 20 DIAS-MULTA E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA DE MULTA (CP, ART. 60, § 2º).

1. Alegação de que, satisfeitos os requisitos para o benefício da multa vicariante, há direito público subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por sanção pecuniária (CP, art. 60, § 2º), independentemente da natureza da infração que levou à condenação penal.

2. Não cabe a concessão do benefício da substituição da sanção penal quando há aplicação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa.

3. A Lei de Tóxicos, que é lei especial, dispõe diferentemente do Código Penal quanto à aplicação da pena de multa; por esta razão, a regra geral contida no art. 60, § 2º, do Código Penal não se aplica à Lei nº 6.368/76, por força da ressalva contida na parte final do art. 12 do Código ("as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso").

4. Precedente: HC nº 70.445-RJ, in RTJ 152/845.

5. Habeas corpus conhecido, mas indeferido.

Ocorre que da letra da Lei 9.504/97 consta explicitamente:

Art. 90. Aos crimes definidos nesta Lei, aplica-se o disposto nos arts. 287 e 355 a 364 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, respondem penalmente pelos partidos e coligações os seus representantes legais.

§ 2º Nos casos de reincidência, as penas pecuniárias previstas nesta Lei aplicam-se em dobro.

E do Código Eleitoral, Lei 4.737/1965:

Art. 287. Aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal.

Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

In claris non fit interpretatio. Resta que a pena de multa, que eventualmente seria aplicável para a hipótese dos autos, prescreve em 02 anos, a teor do CP 114 I, já vencidos desde a data em que o fluxo prescricional retornou a fluir, ou seja, conforme visto supra e jurisprudência do TJSC, em 12.08.2016, até o presente momento.

Em resumo:

anulado o recebimento da denúncia, e a suspensão do processo que lhe seguiu, por violado o rito da Lei 9099/95, aplicável ao caso, perfectibilizada a prescrição em abstrato.

Anulado o recebimento da denúncia, mas mantida a suspensão do feito - por amor a argumentação - embora não ocorra a prescrição em abstrato nesta hipótese, faltaria apenas 01 (hum) mês para tanto, a apontar pela perda superveniente do interesse processual, pela chamada prescrição antecipada ou em perspectiva.

Afastada a nulidade reconhecida, ainda assim, da data do efetivo descumprimento das condições da suspensão condicional do

processo (conforme tópico discutido acima, e AC 2015.008587-7, de Ituporanga. Relator: Des. Rodrigo Collaço), até o presente momento, pela pena hipoteticamente aplicável ao caso - multa, via CP 60 § 2º - estaria completada a chamada prescrição em perspectiva ou antecipada, ou seja, a perda superveniente do interesse processual.

Isto posto, julgo extinta a punibilidade de ISLEI MOSELA DE SOUZA COELHO, via CP 107 IV c/c 109 V; e art. 39 § 5º II e III, e 90 da Lei 9.504/97; e 287 e 364 da Lei 4.737/1965; e CPP 394 III e 538, este último a contrário senso; e, por fim, mas não menos importante, o art. 81 da Lei 9099/95.

PRI, inclusive o Defensor nomeado fls. 41 e a Defensoria Pública (fls. 60-1).

Transitada, arquivo.

Florianópolis, 01 de abril de 2019.

João Alexandre Dobrowolski Neto

Juiz Eleitoral - 100ª Zona Eleitoral - Florianópolis.

Decisões/Despachos

Juízo da 100ª Zona Eleitoral - Florianópolis

Juiz Eleitoral: João Alexandre Dobrowolski Neto

Chefe de Cartório: Grasiela Gaspar Gonçalves

Ação Penal n. 3-75.2017.6.24.0100

Autor da Ação: Ministério Público Eleitoral

Réu: Sebastião Crispim Simão

Defensor nomeado: Ana Letícia Cechinel Guidi - OAB/SC n. 48.114;

Ricardo Bortolotto Martinello OAB/SC 49.988

Defensoria Pública: Fabiano Schutz Ferraro

Vistos etc.

SEBASTIÃO CRISPIM SIMÃO foi denunciado por infração ao art. 39 § 5º II da Lei 9.504/97, por fato ocorrido em 02.10.2016, conforme denúncia de fls. 02-3, ofertada em 17.10.2016.

Fls. 18 restou prejudicada a transação pela ausência do acusado, sendo nomeada para o ato a Dra Ana Letícia Cechinel Guida. Determinou-se seguir o feito o rito sumário (CPP 531 e seguintes), sendo recebida a denúncia; tudo em 12.06.2018.

Fls. 24 determinou-se renovar a audiência de transação penal, e caso desafortunada, "será oportunizada a apresentação de Defesa Prévia pela Defesa, para posterior análise da denúncia".

Fls. 38 ofertada defesa prévia pela Defensoria Pública da União.

É o relatório, DECIDO:

Da Lei 9.504/97:

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreatas;

II - a distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, ou a prática de aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do eleitor.

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;(Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.(Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - a publicação de novos conteúdos ou o impulsionamento de conteúdos nas aplicações de internet de que trata o art. 57-B desta Lei, podendo ser mantidos em funcionamento as aplicações e os conteúdos publicados anteriormente. (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017)

Os antecedentes fls. 09, 10 e 11 são inócuos, e a denúncia apontou a necessidade de designação de audiência para oferecimento de transação penal, mas nada disse sobre proposta de suspensão condicional do processo. Evidente o vício, a recomendar a anulação do feito. A respeito:

HABEAS CORPUS Nº 599 - CLASSE 16ª - GUARUJÁ - SÃO PAULO.

Relator: Ministro Fernando Gonçalves.

HABEAS CORPUS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PROPOSTA DE APLICAÇÃO DE MEDIDA DESPENALIZADORA. AUSÊNCIA. NULIDADE.

1. Denúncia sem que o Ministério Público faça a proposta de aplicação de medida despenalizadora prevista na Lei 9.099/95.

2. Arguição oportuna. Nulidade do processo a partir da denúncia, inclusive para que a acusação ofereça a proposta ou fundamente as razões de não fazê-lo.

3. Ordem concedida.

Não fora suficiente, o rito a ser seguido demanda cautela. Da internet (<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965#>) apurei sobre o CE:

Art. 359. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado, ordenando a citação deste e a notificação do Ministério Público.

Caput com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 10.732/2003.

Ac.-TSE, de 16.5.2013, no HC nº 84946: a sistemática que a Lei nº 11.719/2008 introduziu no CPP deve ser aplicada a este código por ser mais benéfica ao réu, uma vez que fixa dois momentos para a análise do recebimento da denúncia - um antes e outro após a resposta preliminar à acusação - e torna o interrogatório do acusado o último ato da instrução processual.

(...)

Ac.-TSE, de 27.3.2012, no HC nº 119009: a decisão judicial que recebe a denúncia tem natureza interlocutória e prescinde da fundamentação exigida pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

Parágrafo único. O réu ou seu defensor terá o prazo de 10 (dez) dias para oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Ainda:

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 107.795 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: CRIME ELEITORAL. PROCEDIMENTO PENAL DEFINIDO PELO PRÓPRIO CÓDIGO ELEITORAL ("LEX SPECIALIS"). PRETENDIDA OBSERVÂNCIA DO NOVO "ITER" PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008, QUE INTRODUZIU ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ("LEX GENERALIS"). ANTINOMIA MERAMENTE APARENTE, PORQUE SUPERÁVEL MEDIANTE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE ("LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI"). CONCEPÇÃO ORTODOXA QUE PREVALECE, ORDINARIAMENTE, NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ANTINÔMICOS QUE OPÕEM LEIS DE CARÁTER GERAL ÀQUELAS DE CONTEÚDO ESPECIAL. PRETENDIDA UTILIZAÇÃO DE FATOR DIVERSO DE SUPERAÇÃO DESSA ESPECÍFICA ANTINOMIA DE PRIMEIRO GRAU, MEDIANTE OPÇÃO HERMENÊUTICA QUE SE MOSTRA MAIS COMPATÍVEL COM OS POSTULADOS QUE INFORMAM O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. VALIOSO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 528-AgR/DF, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI). NOVA ORDEM RITUAL QUE, POR REVELAR-SE MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO (CPP, ARTS. 396 E 396-A, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.719/2008), DEVERIA REGER O PROCEDIMENTO PENAL, NÃO OBSTANTE DISCIPLINADO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NOS CASOS DE CRIME ELEITORAL. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DESSA POSTULAÇÃO. OCORRÊNCIA DE "PERICULUM IN MORA". MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Mas considerando o tipo imputado, crime de pequeno potencial ofensivo, a questão não se restringe à aplicação das novas regras do CPP, a ampliar a possibilidade de Defesa; mas à aplicação do próprio rito processual da Lei 9099/95. (Aliás, ver CPP 394 III e 538, este último a contrário senso).

A respeito, alentado artigo de Servidores do TER/SC, Guaraci Pinto Martins e Gilvan de Souza Lobato, publicado na Resenha Eleitoral (nova série, v. 15, 2008), sob o título: Lei do Juizado Especial Criminal: aplicação dos institutos e procedimentos no âmbito da Justiça Eleitoral (https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/lei-do-juizado-especial-criminal-aplicacao-dos-institutos-e-procedimentos-no-ambito-da-justica/index5b39.html?no_cache=1&cHash=3bf7b91ef799bce5f5be33a8cd0daf628);

2.1.2 Aplicação da Lei n. 9.099/1995 na Justiça Eleitoral

A doutrina e a jurisprudência em sua maioria concordam quanto à aplicação dos institutos penais da Lei n. 9.099/1995 na Justiça Eleitoral.

A corroborar, consigna-se orientação da Corte Superior Eleitoral emanada no seguinte julgado:

PROCESSO PENAL ELEITORAL - LEIS n. 9.099/95 e 10.259/2001 - APLICABILIDADE. As Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001, no que versam o processo relativo a infrações penais de menor potencial ofensivo, são, de início, aplicáveis ao processo penal eleitoral. A exceção corre à conta de tipos penais que extravasem, sob o ângulo da apenação, a perda da liberdade e a imposição de multa para alcançarem, relativamente a candidatos, a cassação do registro, conforme é exemplo o crime do artigo 334 do Código Eleitoral. (Ac. n. 25.137.)

No mesmo sentido as lições de Suzana de Camargo Gomes (2000, p. 83-84):

No âmbito da Justiça Eleitoral inexistem juizados especiais criminais, com a estrutura definida pela Lei n. 9.099/95, ou seja providos por juízes togados ou togados e leigos, mas isto não afasta a aplicação das regras estatuídas nesse texto legal pelos juízes eleitorais, até porque a finalidade dessa lei foi a de apresentar alternativas ao confinamento dos infratores no cárcere, afastando, assim, da prisão aquelas pessoas que tenham cometido infrações mais leves, de menor lesividade social.

Joel José Cândido (2004, p. 362), por outro lado, possui entendimento mais restritivo: "Dos principais institutos da Lei n. 9.099/1995, entendemos que só a suspensão condicional do processo (art. 89) se aplica em Direito Eleitoral [...]".

Definida pela jurisprudência a aplicação na seara eleitoral da transação penal (arts. 74 e 76) da representação (art. 88) e da suspensão condicional do processo (art. 89), ainda não se tem a irrestrita adoção do conteúdo das leis dos juizados especiais criminais naquela Justiça Especializada, mormente as matérias de cunho processual.

A respeito, merecem destaque, primeiro, a possibilidade de substituição do inquérito policial pelo termo circunstanciado e, segundo, a aplicação do rito processual da Lei n. 9.099/1995 em desfavor do contido no Código Eleitoral.

2.1.2.1 Termo circunstanciado de ocorrência de infração penal.

O termo circunstanciado vem sendo aceito no âmbito da Justiça Eleitoral em substituição ao flagrante, e ainda, diante do que dispõe o art. 356, do Código Eleitoral: "Todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal deste Código deve comunicá-la ao Juiz Eleitoral da Zona onde a mesma se verificou". Reduzindo-se a termo no caso de comunicação verbal (§ 1º) e a possibilidade de diligências, esclarecimentos e outros elementos de convicção ao Ministério Público Eleitoral.

Contudo, o termo circunstanciado não se confunde com a mera comunicação antes mencionada, mesmo porque a prevalência na seara eleitoral é a de requisição de inquérito policial para a apuração das infrações noticiadas, com amparo no art. 364 do Código Eleitoral, com aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Ademais, as situações legalmente previstas são distintas, acentuando-se aquelas dos procedimentos da Lei 9.099/1995, que afasta a prisão em flagrante (art. 69, parágrafo único). Ou seja, ao adotar-se este rito pré-processual, a prisão constituirá ato lesivo ao cidadão.

Do mesmo modo, quando a investigação policial não culmina com o flagrante, por colidentes as disposições legais, poderá caracterizar-se outra ofensa a direito essencial se instaurado inquérito policial, uma vez que, para a proposta dos institutos despenalizadores, a Lei n. 9.099/1995 determina o imediato encaminhamento ao Juizado do autor do fato e da vítima. Para o STJ, "o juiz pode solicitar à autoridade policial esclarecimentos quanto ao termo circunstanciado, sendo inadmissível, contudo, determinar a elaboração de inquérito policial" (Ac. STJ n. 6.249.)

Esse rigor, todavia, deve ser amenizado na apuração dos delitos eleitorais, tendo em vista a prevalência do interesse social de lisura e regularidade das eleições sobre o alegado direito do infrator de não ser investigado.

Ademais, na seara eleitoral, todos os crimes são de ação pública, sendo o Estado o sujeito passivo da lesão às normas penais.

O Tribunal Superior Eleitoral, respondendo a consulta, afirmou:

[...] II - O termo circunstanciado de ocorrência pode ser utilizado em substituição ao auto de prisão em flagrante, até porque a apuração

de infrações de pequeno potencial ofensivo elimina a prisão em flagrante. [Res. TSE. n. 21.294.]

Limitada à indagação, a resposta não abarcou outras questões que a matéria exigiria, portanto urge uma definição legislativa ou uma orientação precisa do TSE quanto à definição de procedimento uniforme a ser adotado pela polícia judiciária e juízo eleitoral no caso dos delitos de menor porte ofensivo.

Por adequar-se à exigência de celeridade dos feitos eleitorais e visando a reduzir a ocorrência da prescrição e a conseqüente impunidade, a adoção dos dispositivos da Lei n. 9.099/1995 quanto ao termo circunstanciado (art. 69) com a dispensa de inquérito policial (art. 77), constitui medida a ser aceita e plenamente adotada.

2.1.2.2 Rito processual

Inicialmente, registra-se que a aplicação do rito processual na esfera da Justiça Eleitoral não se confunde com a instituição de juizados especiais criminais providos por juízes togados ou togados e leigos, nos termos da Lei n. 9.099/1995. Isso, sem dúvida, depende de lei complementar, de acordo com o que estabelece o art. 121 da Lei Maior.

Não obstante, colhe-se da jurisprudência: "Não se aplica aos crimes eleitorais, que têm procedimento especial e estão sujeitos à Justiça Especializada, o rito dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei n. 9.099, de 1995."

Conforme se vê nos julgados, a vedação imposta resulta do que continha a Lei n. 9.099/1995 na parte final de seu art. 61:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Esse, pois, o entendimento firmado pelos Tribunais Eleitorais, em compasso com parte da doutrina.

Contudo, a Lei n. 10.259/2001, ao redefinir o critério de enquadramento das contravenções penais e dos crimes sujeitos aos Juizados Especiais Criminais, deixou de inserir a exceção antes mencionada.

A confirmação da intenção do legislador em afastar de vez a exceção, ou seja, de permitir a aplicação indistinta das regras legislativas inclusive onde haja previsão do procedimento especial, veio com a Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006.

É certo que os procedimentos especiais contidos noutras legislações diferem, inclusive no que toca aos prazos, daquele descrito na lei que instituiu o Juizado Especial Criminal. É a hipótese, v.g., da Lei de Tóxicos; nunca, porém, se cogitou que seu rito, quando em confronto com o ordinário constante do Código de Processo Penal, seria inconstitucional por configurar cerceamento de defesa.

Assim sendo, também desaparece óbice à adoção do procedimento sumariíssimo da Lei dos Juizados Especiais Criminais na esfera do processo eleitoral.

Outro precedente que sugere a possibilidade de substituição do rito processual previsto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, é a imposição do rito da Lei n. 8.038, de 28.5.1990, aos processos de competência originária dos tribunais eleitorais.

O art. 1º da Lei n. 6.658, de 26.5.1993, definiu a aplicação das normas dos arts. 1º a 12, inclusive, da Lei n. 8.038/1990, às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, tão-somente. Todavia, o TSE, o TRES e também de outros Estados, estão adotando essa norma.

Ora, o rito previsto no Código Eleitoral, consignado nos arts. 355 a 364, é específico ao processo das infrações em toda a Justiça Eleitoral, inclusive nas instâncias superiores. Assim sendo, a adoção das normas processuais da Lei n. 8.038/1990 - não endereçadas à Justiça Eleitoral - apresenta-se inconstitucional, se não, tem-se como precedente à viabilidade de se adotar nessa Justiça os procedimentos da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Outro aspecto a considerar, diz respeito ao que dispõe a Lei n. 9.099/1995, no seu art. 90-A: "As disposições desta lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar", disso se infere a intenção do legislador em afastar a incidência da lei tão-somente naquela esfera de Justiça. Se entendesse pelo não-cabimento de aplicação na Justiça Eleitoral, teria dito - não o fez.

Outro argumento utilizado para afastar-se a incidência das regras processuais da Lei n. 9.099/1995 na Justiça Eleitoral, refere-se ao que emana do art. 121, da Constituição Federal: "Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais".

No caso, a adoção dos ritos processuais previstos no art. 62 e seguintes da mencionada lei não ofende àquele dispositivo constitucional, uma vez que não trata de matéria afeta à organização, tampouco competência dos tribunais ou juízes eleitorais.

Por óbvio, reitere-se, as normas existentes não permitem a criação dos juizados especiais e turmas recursais no âmbito da Justiça Eleitoral; qualquer tentativa nesse sentido, por ato normativo do TSE ou mesmo por lei ordinária, ofenderia o texto constitucional retro citado.

Abriando parênteses, a criação de juizados especiais criminais eleitorais, com turmas recursais, na forma preconizada na Lei n. 9.099/1995, seria medida onerosa aos cofres públicos e absolutamente desnecessária, diante do diminuto volume de processos-crimes eleitorais. Assim, na hipótese, a apreciação de recurso da espécie deve cumprir ao TRE.

Melhor solução - se não adotados os procedimentos da Lei n. 9.099/1995 - seria a alteração legislativa dos dispositivos processuais do Código Eleitoral (arts. 355 a 364), adequando-os aos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, visando a melhoria da prestação jurisdicional e efetiva resposta aos anseios coletivos de alcançar os infratores.

A nosso ver, nada obsta a aplicação plena da lei em comento na seara eleitoral. Por outro lado, também possível o hibridismo dessa norma com os dispositivos do Código Eleitoral, com o termo circunstanciado eleitoral na fase policial e a adoção dos institutos despenalizadores, pois, sempre que possível, deve-se buscar a reparação dos danos e a não-aplicação de pena privativa de liberdade; e, somente depois, esgotadas as ensanchas, a denúncia deve seguir nos termos dos arts. 357 e seguintes do Código Eleitoral.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação pátria evoluiu muito no que diz respeito às infrações administrativas eleitorais, com punições severas àqueles que buscam deturpar o processo eleitoral, a igualdade e a lisura do pleito.

Aos excessos na propaganda, pesquisa, captação de votos e para as demais infrações eleitorais, foram inseridas pesadas multas, sanção de inelegibilidade, cassação do registro, do diploma e do mandato eletivo.

Todavia o processo dos crimes eleitorais e os próprios dispositivos penais permanecem, com raras exceções, os mesmos do Código Eleitoral de 1965. Urge, pois, a adoção de medidas inovadoras.

A instituição dos Juizados Especiais Criminais, salvo raríssimas e específicas críticas endereçadas ao conjunto da legislação, teve repercussão positiva na desobstrução da Justiça Criminal Comum, sem deixar impunes os infratores.

Trata-se da concepção de um padrão processual moderno e ousado, caracterizado pela inovação e originalidade de formas e conteúdos.

Efetivamente, instituiu-se um microsistema processual-penal, com natureza instrumental e obrigatória, que encontrou êxito em transmutar a Justiça punitiva então existente numa Justiça conciliatória, no que diz respeito à resposta do Estado às infrações de menor potencial ofensivo.

A Justiça Eleitoral, marcada pela celeridade em seus procedimentos administrativo-eleitorais, não pode ficar à mercê de um sistema processual-penal retrógrado, uma vez que ainda adota, na apuração dos crimes eleitorais, o inquérito policial e, na ação penal eleitoral, os dispositivos do Código Eleitoral e, subsidiariamente, o Código de Processo Penal.

Em resumo, não vemos óbices intransponíveis à aplicação do rito da Lei n. 9.099/2005 na Justiça Eleitoral, todavia, se assim não for, temos que incumbe ao operador do Direito da esfera eleitoral aproveitar ao máximo os procedimentos e institutos dessa legislação, ao menos conjugando-os de forma híbrida com os dispositivos do Código Eleitoral.

Esta é a reflexão que se pretende com o presente estudo.

Interessante observar da Resolução 23396/2013, do TSE, que Dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais (em LEX ELEITORAL, TRE/SC, atualizado até 22.05.2018, Secretaria Judiciária/Coordenadoria de Gestão da Informação, 2018, p. 299-302). No seu capítulo II, Da notícia-crime eleitoral, estabelece:

Art. 7º As autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem for encontrado em flagrante delito pela prática de infração eleitoral, salvo quando se tratar de crime de menor potencial ofensivo, comunicando imediatamente o fato ao Juiz Eleitoral, ao

Ministério Público Eleitoral e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (Código de Processo Penal, art. 306, caput).

(...)

§ 8º Quando a infração for de menor potencial ofensivo, a autoridade policial elaborará termo circunstanciado de ocorrência e providenciará o encaminhamento ao Juiz Eleitoral.

No seu capítulo III, do Inquérito Policial Eleitoral, arremata:

Art. 12. Aplica-se subsidiariamente ao inquérito policial eleitoral as disposições do Código de Processo Penal, no que não houver sido contemplado nesta resolução.

Art. 13. A ação penal eleitoral observará os procedimentos previstos no Código Eleitoral, com a aplicação obrigatória dos artigos 395, 396, 396-A, 397 e 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.971, de 2008. Após esta fase, aplicar-se-ão os artigos 359 e seguintes do Código Eleitoral.

Embora possa aparentar solucionar a questão do rito na fase judicial para os delitos de pequeno potencial ofensivo, o fato é que destinada (seu foco) a regular a apuração de crimes eleitorais, e não à instrução judicial; tanto que seus capítulos são nominados de acordo com os seus objetos: Da Polícia Judiciária Eleitoral; Da Notícia-Crime Eleitoral, neste capítulo tratado do Termo Circunstanciado; e do Inquérito Policial Eleitoral, neste capítulo tratado da ação penal eleitoral, que para os delitos apurados em Inquérito Policial Eleitoral sim devem seguir o previsto no Código Eleitoral, servindo a norma para salientar a aplicação dos artigos 395, 396, 396-A e 400 do CPP, com a redação da Lei 11.971/2008, e, após esta fase, doas artigos 359 e seguintes do Código Eleitoral.

E da festejada obra Direito Eleitoral Brasileiro, de Joel J. Cândido (ed., 16, revista e atualizada e ampliada - São Paulo, editora Edipro, 2016. Páginas, 345/346 e 349/350):

15.2. RITO DO PROCESSO PENAL ELEITORAL DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - JEC.

Dos três ritos processuais existentes no Processo Penal Eleitoral, o primeiro se destina aos processos por crime eleitoral de menor potencial ofensivo. É um rito sumariíssimo e composto, basicamente, de duas fases. A primeira - que é a fase preliminar - é eminentemente conciliatória, que é o espírito da lei. Ela se inicia com a remessa a juízo do TCE e vai até eventual oferecimento da denúncia. É neste momento processual eu se proporá, ao acusado, os institutos dos arts. 74 e/ou 76 (composição dos danos civis e/ou transação penal) da lei de regência. Havendo conciliação entre o Estado, o autor do fato e a vítima, pela efetivação de um desses institutos jurídicos, encerra-se o rito processual.

O fluxograma abaixo nos mostra como é que, na prática, se opera esta primeira fase do processo.

A segunda fase só existirá se a tentativa de conciliação do momento precedente se mostrar infrutífera, por qualquer razão.

Nesta segunda fase, haverá, ainda, um momento cujo caráter não deixa de ser conciliatório. É aquele em que, preenchendo a acusado os requisitos objetivos e subjetivos da lei, a ele deverá ser apresentada uma proposta de suspensão condicional do processo conforme o art. 89 da Lei nº 9.099/1995. A proposta da suspensão é feita com a denúncia e é apresentada ao denunciado em audiência para esse fim designada. Formalizado eventual suspensão condicional do processo, o que ocorre com a homologação judicial, por sentença, suspende-se o feito. Inocorrendo a suspensão, por qualquer razão, prossegue-se a ação penal até final decisão.

Veja-se, mais uma vez, o fluxograma do procedimento penal eleitoral.

RITO SUMARIÍSSIMO

(Lei nº 9.099, de 26.9.1995, art. 69 a 83; e Lei nº 10.259, de 12.7.2001) (pg. 345-6)

15.3 RITO DO PROCESSO PENAL ELEITORAL DE COMPETÊNCIA DO 1º GRAU DE JURISDIÇÃO

(...)

Este rito processual se destina a todos os processos de competência do primeiro grau de jurisdição e que não sejam relativos a crime de menor potencial ofensivo. Juízes há, todavia, que aplicam este rito, ainda que se trate de crime de menor potencial ofensivo, o que, tecnicamente, não é correto. Se o fizer, deverá propiciar a aplicação de todos os institutos jurídicos previstos na Lei nº 9.099/1995, sob pena de nulidade. Com isso, o prejuízo do acusado ficaria afastado, o que, a princípio, afasta a nulidade. (p. 349-50)

Quanto ao registro de não haver prejuízo, pela aplicação da transação e suspensão, quando o caso, a assertiva deve ser lida com cautela. Prejuízo há também quando se recebe a denúncia sem

prévia oportunidade de Defesa Preliminar, prevista em lei (Lei 9099/95).

Em suma, em se admitindo a aplicação do rito da Lei 9099/95 se teria novamente a questão da nulidade pela não produção de Defesa Preliminar ao recebimento da denúncia. De modelo de minuta usada no JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL do Fórum Des. Eduardo Luz recorde:

Vistos, hoje.

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público às fls. *, com proposta de suspensão condicional do processo.

Para análise do recebimento da peça acusatória necessário seja apresentada DEFESA PRELIMINAR, conforme a dicção do art. 81 da Lei 9099/95 ("ao defensor para responder à acusação"), garantindo-se com esta providência prévia à AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ou à AUDIÊNCIA PARA PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO FEITO (art. 89, da Lei 9099/95) um melhor gerenciamento da pauta, assim bem como se poupando vítimas e testemunhas de vindas ao Fórum para atos fadados à frustração (como por exemplo nas hipóteses de tentativa frustrada de citação ou de aceitação de proposta de suspensão condicional do processo).

A respeito vale citar:

Certa está a Lei dos Juizados, em que o juiz só recebe ou rejeita a denúncia após a resposta do autor da infração, pelo seu defensor. (Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95. Fernando da Costa Tourinho Neto, Joel Dias Figueira Júnior, 7ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 692)

A proposta de suspensão deve ser feita quando do oferecimento da denúncia. Essa é a regra. Todavia, nada impede que possa ser formulada em outro qualquer momento até antes da prolação da sentença, mas sempre depois de recebida a denúncia, quando tem início a relação processual. Não se pode suspender o que não existe. A suspensão é do processo. Se não há processo, não se pode falar em suspensão (Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentário à Lei 9.099/1995. Fernando da Costa Tourinho Neto, Joel Dias Figueira Júnior, 7ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 783). Diante disto, CITAR o Acusado, com a advertência da revelia e seus efeitos, INTIMANDO-O para que, através de Advogado, apresente DEFESA PRELIMINAR (RESPOSTA À ACUSAÇÃO) no prazo de 10 (dez) dias, podendo inclusive arrolar, querendo, suas testemunhas então, ou na forma do art. 78 § 1º da Lei 9099/95:

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

Advertir ainda o Acusado que:

A) Caso não tenha condições (hipossuficiente) para constituir Advogado, deverá comparecer à Defensoria Pública de Santa Catarina (20ª Defensoria Pública da Capital), na Avenida Othon Gama D'Eça, nº 622, Ed. Luiz Carlos Brunet - Centro - CEP 88015-240, Fone: (48) 3665-6370 / (48) 3665-6589, com atendimento externo de segunda a quinta, das 12h às 19h; deverá levar consigo cópia da carteira de trabalho; contracheque; declaração de próprio punho de hipossuficiente; cópia da última declaração de Imposto de Renda, se declarante.

B) Caso não se manifeste, em razão do art. 68 da Lei 9099/95, ser-lhe-á designado Defensor Público (Defensor Dativo).

Escoado o prazo para a apresentação da referida defesa ou pedido de nomeação de defensor dativo, voltem concluso.

Florianópolis,

No caso o recebimento da denúncia prescindiu da oportunidade de produção de Defesa Prévia, o que também recomendaria a anulação do feito, no caso a partir da decisão que recebeu a denúncia, inclusive.

Diante deste quadro, de se avaliar se há interesse processual no prosseguimento de feito relativo a fato de 02.10.2016, em delito de pequeno potencial ofensivo, da Lei 9.504/97, Art. 39, § 5º, com pena máxima de 01 ano de detenção, e mínima de 06 meses de detenção e multa.

Ou na lição da Constelação Familiar, festejada recentemente no mundo Jurídico:

Na Terra, a culpa passa

A respeito da culpa, é preciso ter em vista mais uma coisa: ela passa, e precisa ter o direito de passar. Uma culpa eterna só existe na perspectiva do céu. Na Terra, a culpa é passageira. Como tudo

nela, também passa, depois de algum tempo. (Ordens do Amor, Bert Hellinger, SP, Cultrix, 2007, p. 299)

E relativamente à chamada prescrição antecipada, recentemente decidi no Juizado Especial Criminal do Fórum Des. Eduardo Luz, nos autos 0001093-54.2015.8.24.0090:

Vistos, em decisão.

Trata-se de recurso de apelação de parte do Ministério Público, ante sentença que extinguiu o feito pelo reconhecimento da prescrição. Da Lei 9.099/95:

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 83. Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§ 2º Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso.

§ 2o Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

§ 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

E do CPP:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

(...)

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

(...)

Art. 589. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários.

Parágrafo único. Se o juiz reformar o despacho recorrido, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer da nova decisão, se couber recurso, não sendo mais lícito ao juiz modificá-la. Neste caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado.

A questão que merece cogitação neste caso é a de não haver sentido em não haver possibilidade de juízo de retratação no JECRIM enquanto para a hipótese em apreço haja na Justiça Criminal Comum. Admitir o juízo de retratação prestigia a simplicidade ao se viabilizar o reposicionamento da matéria em debate de plano sem necessidade de encaminhar o feito à Turma de Recursos. Prestigia a celeridade pela possibilidade de abreviamento da tramitação nos casos em que haja efetiva retratação do juízo. A respeito já se decidiu:

No sistema recursal da Lei 9.099/95 há previsão expressas da apelação (arts. 76, § 5º, e 82), de embargos de declaração (art. 83) e, por força da regra insculpida no art. 92, recurso em sentido estrito do art. 581 do CPP" (JECC - 4ª TR-SC - AC 01 - Rel. Jânio de Souza Machado). (apud, Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed., Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, SP, RT, 2001, p. 1926)

Nestes termos, passo a revisar a decisão atacada.

A decisão atacada, no sentido do reconhecimento da prescrição antecipada, não é incomum no Judiciário nacional no âmbito dos JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. Aliás, segue na esteira do Enunciado 75 do FONAJE:

É possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto (XVII Encontro - Curitiba/PR)

Entretanto, é fato a existência da Súmula 438 do STJ:

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. (Súmula 438, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

Nesta senda:

EDcl na AÇÃO PENAL Nº 702 - AP (2011/0011824-7)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA CORTE ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal, cujo antigo nome era "formação de quadrilha ou bando", é de concurso necessário. Quando a associação se protraí por muito tempo, é possível que um ou mais integrantes se agreguem ou deixem o órgão criminoso sem alterar a tipicidade da conduta.

2. A prescrição reconhecida em relação a possível integrante da associação criminosa que atuou no seu início, mas dela se retirou, não se estende aos demais cuja atuação se deu em tempos mais recentes. Incomunicabilidade.

3. Impossibilidade de suspensão condicional do processo em relação à acusação do art. 288 do Código Penal por óbice previsto na Súmula n. 243 do STJ.

4. É inadmissível o julgamento do crime de associação criminosa no juizado especial de réu com prerrogativa de foro. O Superior Tribunal de Justiça é o juiz natural para julgar conselheiros de tribunais de contas dos Estados (art. 105, I, "a", da CF) no tocante a qualquer crime.

5. O art. 103, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é norma destinada interna corporis, e não às partes, no que tange à dúvida entre notas taquigráficas e o teor do voto. Uma vez publicado o acórdão, não há dúvida sobre o conteúdo dos votos para efeito de embargos de declaração.

6. Não cabe, no acórdão que recebe a denúncia, calcular a possível pena em perspectiva para se reconhecer prescrição. Impossibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição de pena hipotética. A Súmula n. 438 do STJ veda cálculo antecipado, especialmente por levar em conta apenas um vetor favorável na segunda fase da dosimetria de pena.

7. Não é obrigatório, no recebimento da denúncia, pronunciamento definitivo sobre o reconhecimento ou não da continuidade delitiva, que pode dar-se até mesmo na fase de execução da pena.

8. Embargos rejeitados in totum.

E do corpo do acórdão:

III - Reconhecimento antecipado de prescrição por MANOEL DIAS

Em relação ao crime de peculato das ajudas de custo fictícias recebidas entre fevereiro e julho de 2001 por MANOEL DIAS, pretende-se a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição pela redução da pena em 2 anos e 8 meses, ante a possível reconhecimento da atenuante de 1/6 a 1/3 pelos antecedentes.

Trata-se de cálculo antecipado de pena que leva em conta apenas um vetor favorável na segunda fase da dosimetria de pena e que poderá ter alguma relevância na hipotética condenação. Tem aplicação aqui a Súmula n. 438 do STJ que impede a prescrição pela perspectiva da pena a ser concretizada.

Inobstante, de recente crítica a esta Súmula:

<https://www.conjur.com.br/2018-mai-07/defensoria-am-critica-sumula-stf-defende-prescricao-virtual>

GASTO DESNECESSÁRIO

Defensoria do Amazonas critica súmula do STJ e defende prescrição virtual

7 de maio de 2018, 19h35

Por Fernando Martines

Reconhecer a prescrição antecipada protege não só o réu da lentidão estatal como também resguarda a sociedade do gasto inútil

de recursos públicos. É o que afirma a Defensoria Pública do Amazonas em processo na 2ª Vara de Manaus, envolvendo um homem acusado de tentativa de homicídio em 2001 e que só em 2015 teve sentença de pronúncia (que reconheceu a necessidade de júri popular).

O defensor Maurílio Casas Maia entrou no processo como custos vulneráveis, quando a Defensoria é chamada para proteger indivíduos vulneráveis, independentemente se outro defensor ou advogado particular seja responsável pela defesa.

Para ele, não faz sentido manter o processo em andamento porque, embora a pena máxima para o delito seja de 20 anos de prisão, o homem tem bons antecedentes, é primário, não foi denunciado por nenhuma causa de aumento de pena e tem direito à redução máxima por tentativa. Na prática, o defensor calcula que a pena seria de dois anos de reclusão em caso de condenação, prescrita já em 2009.

O problema é que a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça considera inadmissível extinguir a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Maia, no entanto, quer que o juízo desconsidere o enunciado. Ele afirma que a prática de continuar com um processo que já durou mais tempo do que o réu pode ser apenado gera custos desnecessários para o Estado.

"A superação do entendimento do STJ e STF que vedam uma análise concreta da ineficácia do processo penal por força da obviedade prescricional é impositiva em tempos de crise econômica que demanda uma administração gerencial da máquina judiciária, desonerando o contribuinte de gastos ineficazes", afirma Maurílio.

Segundo o autor da petição, "é preciso se voltar os olhos à análise econômica do direito (Law and Economics) para se visualizar o custo do Processo Penal - principalmente no caso do procedimento do Júri, o qual tem custo maior que os demais, em razão das duas fases e por força da necessidade de composição de conselho de sentença".

O pedido é para que a corte supere (overruling) a súmula do STJ, decretando-se a prescrição em perspectiva neste caso. A Defensoria pede de forma paralela a prescrição dosimétrica, com base no limite penal objetivamente possível.

Fernando Martinez é repórter da revista Consultor Jurídico.

Revista Consultor Jurídico, 7 de maio de 2018, 19h35

E da petição do Defensor Público Maurílio Casas Maia (consultada a partir do anexo do Consultor Jurídico):

De antemão, é preciso registrar que todo gasto de recurso público ineficiente e ineficaz, constatado de antemão, é contrário aos interesses públicos e sociais na eficiência da administração gerencial do Poder Judiciário, desviando recursos de atividades potencialmente benéficas à sociedade - o enunciado sumular n. 438 do STJ, porém, ofende tais valores racionais e republicanos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a crise econômica do Estado Brasileiro é FATO NOTÓRIO e, por isso, dispensa prova de sua existência.

Dito isso é preciso se voltar os olhos à análise econômica do direito (Law and Economics) para se visualizar o custo do Processo Penal - principalmente no caso do procedimento do Júri, o qual tem custo maior que os demais, em razão das duas fases e por força da necessidade de composição de conselho de sentença - e seus custos peculiares, tais como compra de refeições aos jurados etc.

Em um cenário dramático de escassez de recursos públicos, deve-se considerar a prescrição em perspectiva uma possibilidade normativa implícita do sistema penal é obediente ao princípio da economia processual (CRFB/1988, art. 5º, LXXXVIII) e eficiência judiciária (CRFB/1988, art. 37, caput) para racionalizar os gastos e recursos públicos no Poder Judiciário - uma administração gerencial e realista. Assim sendo, deve-se levar em conta a superveniência da crise na conjuntura econômica brasileira, a recomendar a análise concreta de cada caso de possível prescrição virtual ou em perspectiva, para fins de eficiência processual e economia de recursos públicos - motivo pelo qual o enunciado sumular n.º 438 do STJ deve ser superado.

Ademais, a tramitação de processos inócuos ao fim a que se destinariam, como no caso concreto, é prejudicial não só acusado, como também à sociedade que terá odioso dispêndio ineficaz de recursos públicos, intolerável em tempos de escassez econômica. Ademais, a eventual atividade ineficaz retirará recursos (temporais, materiais e humanos) para processos que poderiam ainda render resultado social útil.

No quadro descrito de superveniente escassez de recursos públicos, o enunciado n. 438 do STJ deve ceder espaço à racionalização responsável da prescrição virtual enquanto mecanismo de mitigar prejuízos sociais na tramitação de processos inócuos, conforme fora aceito outrora na jurisprudência pátria:

A questão da Análise Econômica do Direito nesta seara não é nova. Como exemplo ver "LIMITE PENAL. Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora", ainda em 26 de setembro de 2014, por Alexandre Morais da Rosa (https://www.conjur.com.br/2014-set-26/limite-penal-nao-reconhecer-prescricao-antecipada-crime-jogar-nosso-dinheiro-fora?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)

A referência à AED análise econômica do Direito nos remete aliás ao próprio CNJ, que tem demonstrado estar preocupado com que o orçamento do Judiciário renda frutos. A respeito interessante notícia: <https://www.jota.info/justica/que-tribunal-gasta-mais-dinheiro-para-julgar-um-processo-30062015>

CNJ

Que tribunal gasta mais dinheiro para julgar um processo?

Índice mostra qual o custo judicial de cada corte do país

FELIPE RECONDO

30/06/2015 06:43

Atualizado em 24/01/2018 às 15:05

Quanto custa para o contribuinte brasileiro o julgamento de um processo judicial?

Depende. Quem paga impostos no Piauí arca com R\$ 4.054,15 a cada processo da Justiça estadual. Com o mesmo valor, magistrados em Sergipe julgam quatro vezes mais.

Os dados foram compilados pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Revelam em que tribunais a gestão dos recursos públicos vai bem e onde o dinheiro disponível é mal gasto.

Em 2013, o custo médio do processo era de R\$ 2.369,73. A Justiça Estadual conseguiu os melhores resultados: um custo de R\$ 1.795,71. Na Justiça Federal, os gastos por processo foram de R\$ 2.063,39. A Justiça do Trabalho, apresentou o valor mais elevado: R\$ 3.250,08.

Evolução

A pesquisa mostra que, em termos nacionais, o custo médio por processo julgado caiu 6,8%, passando de R\$ 2.542,29, em 2010, para R\$ 2.369,73, em 2013.

Movimento contrário foi identificado na Justiça Estadual. Em quatro anos, o custo sobiu 8%: passou de R\$ 1.662,44, em 2010, para R\$ 1.795,71, em 2013.

A Justiça do Trabalho, apesar dos dados mais elevados globalmente, conseguiu reduzir seus custos. Os R\$ 3.250,08 gastos por processo são 12% menores que o dado registrado em 2010.

O custo médio por processo é calculado dividindo-se a despesa total da Justiça pelo total de processos baixados. Os dados são coletados em pesquisas oficiais promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - Justiça em Números e o Relatório de Portes dos Tribunais em Tecnologia da Informação e Comunicação.

Abaixo, a evolução dos indicadores dos custos por tribunal estadual:

(...)

TJ - SC

Custo médio do processo

2010 - R\$ 1.437,32

2011 - R\$ 1.380,05

2012 - R\$ 1.462,70

2013 - R\$ 1.539,11

Interessante também o relatório de pesquisa do IPEA/CNJ, de 2011, intitulado Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal, pois permite ver a complexidade e a variedade de abordagens para apuração do custo do processo:

Finalmente, o custo médio da execução fiscal na Justiça Federal de primeiro grau, composto basicamente pelo fator mão de obra, pode ser expresso por dois valores distintos: R\$ 4.368,00 e R\$ 1.854,23. Em linhas gerais, o primeiro valor reflete o custo ponderado da remuneração dos servidores envolvidos no processamento da execução fiscal ao longo do tempo em que a ação tramita; o segundo valor reflete o custo da remuneração destes servidores em face do tempo operacional das atividades efetivamente realizadas no processo, acrescido do custo fixo (despesas de capital e custeio) estimado em R\$ 541,11. A diferença entre os dois valores explica-se pelo fato de que os custos agregados pelo tempo em que o processo

permanece parado e pela mão de obra indireta, embutidos no primeiro valor, são excluídos do segundo.

O objetivo do presente não é aprofundar a discussão do custo médio do processo, mas ilustrar o significativo custo do processo, e seu incremento com o decorrer do tempo, também (um dos) pano de fundo da questão em exame. Cabe anotar que na avaliação primeira acima possivelmente não se contam os custos para o Ministério Público, fase policial (Administração Pública), com Defensoria Dativa ou nomeação de Advogados para Assistência Judiciária.

Entretanto, e na esteira do STJ, há sim doutrina contrária a "prescrição antecipada". Do texto "SEM AMPARO CONSTITUCIONAL, Prescrição retroativa antecipada é ilegal", de 27 de junho de 2012, por Antonio Sergio Cordeiro Piedade (promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso, com atuação no Tribunal do Júri de Cuiabá, professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso e presidente da Confraria do Júri; em <https://www.conjur.com.br/2012-jun-27/antonio-piedade-prescricao-retroativa-antecipada-ilegal>) colho, como roteiro para facilitar o contraponto, trechos/argumentos desfavoráveis àquela:

1 - No entanto, a prescrição retroativa antecipada tem sido rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal[9], Superior Tribunal de Justiça[10], Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso[11], Tribunal de Justiça de São Paulo[12] e Ministério Público do Estado de Mato Grosso[13], os quais sustentam que o reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva contraria a lei, tendo em vista que o requisito básico para a incidência da prescrição penal retroativa é a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação, consoante o disposto no artigo 110, parágrafo 1.º, do Código Penal e não a de uma possível condenação a uma pena em patamar hipotético.

Contraponto - previsão legal de uma "prescrição antecipada" em si enquanto tal não há, mas o uso de expressão corrente e inadequada não afasta a substância do objeto em questão, qual seja, exame da persistência do interesse processual, que cessa quando evidente que eventual reprimenda, apurada de acordo com a técnica, não escapará da prescrição. E a avaliação do interesse processual está de acordo com o sistema jurídico.

2 - O reconhecimento antecipado da prescrição retroativa viola frontalmente os princípios da individualização da pena, da legalidade, da presunção de inocência e do devido processo penal, pois o acusado tem o direito a uma decisão de mérito.

Contraponto - Direito a uma decisão de mérito também não ocorre com a morte do acusado; ou com a prescrição em abstrato; com a perempção... Aliás, o acusado tem direito a que seu processo tenha um fim, que não se eternize. Os Tribunais quando reconhecem a prescrição retroativa ou superveniente julgam extinta a punibilidade de plano, não avançando sobre o mérito, mesmo nos poucos casos em que são instados neste sentido pela Defesa; e a sentença havida resta rescindida, não gerando qualquer efeito. E esta prática faz sentido porque a jurisdição tem fim prático, e não consultivo. Por outro lado, fora este argumento do acusado ter direito a uma decisão de mérito válido apenas a Defesa poderia o invocar.

E nenhum dos princípios referidos resta afrontado:

- o da individualização da pena, que aparenta ser feita em momento precoce em relação a sentença de mérito, não é; pois ao fim e ao cabo não se aplica pena, mas se conclui (ou não) que pelos elementos dos autos a eventual punição ao final da tramitação não poderia atingir patamar impeditivo da prescrição - e não parece razoável que o Julgador possa maquiagem ou manipular a aplicação da pena para evitar a configuração da prescrição - . Amealha-se os elementos pertinentes à aplicação da pena e figura-se o resultado, mas não há condenação.

- O da legalidade tampouco, pois o processo pelo processo (e o processo não deveria ser de per se mecanismo de punição) - ou o prolongamento do processo estéril (a gerar constrangimento?!) - certamente não é regra ou valor constitucional, donde vem a força do que se pretenda seja legal.

- O devido processo legal se consubstancia quando se fulmina processo oco ou destinado ao vazio (o que a avaliação da perda do interesse processual pela inevitável prescrição de eventual pena aplicável garante).

- o da presunção da inocência tampouco, pois não há de fato condenação, apenas exame das circunstâncias atinentes à aplicação da pena, para avaliar se ainda existe fim útil para o processo. E note-se, o in dubio pro societate, aplicável no recebimento da denúncia, também aqui poderia ser aplicado, de sorte que se houver pávida perspectiva de possibilidade de exacerbação da pena o Julgador

pode afastar a antecipação e prosseguir na instrução, tudo, diga-se, no exame do caso concreto.

3 - Nos casos em que se decreta a extinção da punibilidade, sob o argumento de que a pena ficará no mínimo legal, se retira da vítima a possibilidade de ter constituído em seu favor um título executivo judicial. Neste caso a vítima terá que discutir na esfera cível a responsabilidade do acusado, cabendo-lhe o ônus de fazer prova que o réu é o autor do dano.

Contraponto - eventual sentença de mérito resta rescindida com o reconhecimento de prescrição retroativa ou superveniente, não gerando qualquer efeito. Indiferente se isto ocorre após o gasto inútil de recursos públicos para exaurimento da instrução processual ou se o feito é economicamente fulminado quando constatado que não chegará a resultado prático. Não há sentido na assertiva deste tópico. E sempre resta a via do Cível, com pontuado.

4 - Pondere-se ainda, que com a mudança do artigo 387, IV do Código de Processo Penal[17] esta situação se agrava, pois o juiz não deverá somente estabelecer o an debeat, mas também o quantum debeat mínimo para a reparação de danos suportados pela vítima.

Contraponto - eventual sentença de mérito resta rescindida com o reconhecimento de prescrição retroativa ou superveniente, não gerando qualquer efeito. Indiferente se isto ocorre após o gasto inútil de recursos públicos para exaurimento da instrução processual ou se o feito é economicamente fulminado quando constatado que não chegará a resultado prático. Não há sentido na assertiva deste tópico. E sempre resta a via do Cível.

5 - Difícilmente o juiz terá elementos consistentes para formar sua convicção, no tocante à culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as conseqüências do crime e o comportamento da vítima, pois em matéria de sanção penal não há espaço para cognição sumária ou superficial, que se contenta com um juízo de probabilidade e de aparência. Nesta seara deve a cognição ser plena e exauriente, tendente a se aproximar ao máximo da certeza do direito (verdade real). Pensar o contrário é privilegiar a insegurança jurídica e afrontar os princípios do devido processo legal e da individualização da pena.

Contraponto - Assertiva de que dificilmente se terá os elementos para avaliar a aplicação da pena ao começo da instrução, ou de que ao final da instrução mais elementos estarão disponíveis, não pode ser aceita, figurando-se meramente como retórica petição de princípio. O uso normal do processo criminal é permitir a prova da imputação constante na denúncia. A rigor, então, já se deveria saber do que e com quem se trata... Mas de qualquer sorte, se no caso concreto o Julgador entender que os elementos são inadequados pode prosseguir na instrução, ou focá-la no elemento ou elementos que reputar necessários. O exemplo mais simplório, pode mandar atualizar os antecedentes, ou requisitá-los do estado de origem do acusado, antes de efetivamente avaliar do interesse processual. Ou seja, dizer que pode haver ou não elementos não justifica barrar para todos os casos a hipótese da chamada "prescrição antecipada" (avaliação de eventual perda de interesse processual pelo prognóstico da pena possível de ser aplicada se autorizada a condenação). E é preciso também dizer que numa grande maioria dos casos os elementos apurados na instrução sobre as circunstâncias judiciais nada acrescentam ao já disponível quando da denúncia (e parece ser natural que seja assim). Poderia se objetar que às vezes aportam elementos pertinentes durante o interrogatório, mas este é meio de Defesa, e sujeito a recusa pelo acusado, a bem de seus interesses.

De toda a sorte, em cada caso concreto, se a Acusação se vir questionada quanto a perda de interesse processual, ante a pena que se projeta em caso de condenação com base nos elementos de convicção quanto às circunstâncias judiciais disponíveis, poderá ressaltar dos autos os aspectos que julgue pertinente a justificar futura imposição penal mais grave e até apontar quais mais elementos efetivamente pode trazer (um documento, uma certidão, uma testemunha em especial; e estas provas podem ser produzidas de plano, para avaliar se há sentido no prosseguimento da instrução [às vezes com precatórias, com perícias, com mais audiências, com mais custos...]).

E como já dito, o Juiz pode avaliar com o viés do in dubio pro societate este aspecto do interesse processual. Não são poucos os casos em que, oferecida a transação penal e a suspensão condicional do processo, a revelar que a pena não poderá chegar a máxima prevista, apenas esta (a pena máxima) afasta a ocorrência da prescrição...Dizer mais o que?

6 -A partir do momento em que se adota esta nova modalidade de prescrição o julgador se limita a analisar o trabalho realizado na fase inquisitiva e a capitulação apresentada na denúncia ou queixa-crime. Todavia, após a instrução processual, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, poderá o juiz, com base no princípio da correlação, dar nova definição jurídica ao fato (emendatio libelli), podendo aplicar pena mais grave (artigo 383 do Código de Processo Penal). Considere-se ainda a possibilidade de ficar comprovado fato diverso daquele narrado na imputação, dando ensejo a mutatio libelli (artigo 384 do Código de Processo Penal), instituto que poderá ter como consequência uma classificação mais gravosa na sentença condenatória, o que terá reflexos na prescrição.

Contraponto - É verdade que durante a instrução possível a emendatio libelli e a mutatio libelli, mas isto é bastante incomum, especialmente em sede de Juizado Especial Criminal. E mesmo no caso de se configurar a prescrição em abstrato de infração originalmente capitulada menos gravemente se verificará a inviabilidade de reclassificação mais grave do fato descrito na denúncia. Assim:

Classificação da denúncia: Caso a ação penal já esteja iniciada, deve-se tomar por referência a classificação dada ao crime, pela denúncia ou queixa, para verificar qual o máximo da pena que a lei lhe prevê em abstrato. Embora se deva seguir sempre a classificação legal dada, se esta for erroneamente exasperante e desconforme com o fato descrito, deve-se aferir a prescrição pelo prazo mais favorável do crime narrado e não pelo do erradamente classificado. A hipótese de reclassificação mais grave do fato descrito é possível, em tese, desde que realizado antes de ocorrer a prescrição pelo prazo da infração penal originariamente capitulada (DELMANTO, Celso et. al. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 394-395)

Insisto.

No caso do CPP 383:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1o Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2o Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Do que deflui da leitura do texto da lei a instrução nada acrescenta ao caso, apenas se enxerga o que anteriormente estava invisível - como se diz nos dias que correm, apenas "cai a ficha". Nesta hipótese, indiferente quando se julga, apenas que avalie corretamente o descrito na denúncia. Ocorre que qualquer julgamento humano é sujeito a falibilidade própria de nossa condição; mas não decidir não é opção.

Já na hipótese do CPP 384 o quadro é diverso, pois previsto que:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1o Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2o Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3o Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4o Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 5o Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

A respeito colho da doutrina:

Pode ocorrer que o juiz, diante da prova dos autos, deva aplicar pena mais grave do que a resultante da imputação inicial em decorrência de circunstância elementar não contida expressa ou implicitamente na denúncia. Nessa hipótese, o juiz deve baixar o processo a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia (ou a queixa, na ação privada subsidiária). Aditar a denúncia significa, no caso, formular a imputação em novos termos, acrescentando as circunstâncias que agravam a acusação (mutatio libelli ou mutatio actionis). Não se permite, assim, a inclusão de novos fatos criminosos, ainda que exista conexão com o imputado originariamente. Nesta hipótese, se a denúncia for aditada fora dos parâmetros alvitados pelo magistrado (o aditamento pode ocorrer até a sentença), o processo deve ser refeito, citando-se o acusado para novo interrogatório. Aplicando-se o art. 384, não é necessária nova citação do acusado, bastando a vista à defesa (item 384.4). Nada impede que o Ministério Público adite a denúncia por ocasião das alegações finais, nos termos do art. 384, parágrafo único, independentemente da provocação do juiz. Não cabe a providência referida no dispositivo na ação privada exclusiva, vedada a utilização da analogia por que a exclusão desta é a clara intenção a lei. Também não pode o assistente do Ministério Público aditar a denúncia por não lhe deferir a lei tal poder. (Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 2003. Júlio Fabbrini Mirabete. 11. Ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 993)

Este argumento também não deve ser acolhido, por não ser este o fim "natural" do processo. O ponto faz recordar a seguinte lição do texto "Fishing Expedition. A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação", de PHILIPPE BENONI MELO E SILVA (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-21012017>):

Trata-se a fishing expedition de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que "lança" suas redes com a esperança de "pescar" qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional.

A vedação ao procedimento chamado de fishing expedition ganha especial relevo quando o assunto é o limite da atividade probatória requerida pelos órgãos investigatórios e (muitas vezes) deferida indiscriminadamente pelo Poder Judiciário. É que, como modelo de busca de provas amplo que é, o fishing expedition tem largo campo de possível ocorrência: oitiva de testemunhas, interrogatórios, mandados judiciais muito amplos, interceptação telefônica prospectiva, cooperação jurídica internacional, etc.

Conforme aponta AURY LOPES JR.[5], o processo penal é um instrumento de retrospectiva (e não de previsão), ou seja, é o instrumento necessário para se tentar reconstruir processualmente um fato já ocorrido no passado. Se se utilizar o expediente da fishing expedition, corre-se o risco de buscar a prática futura e aleatória de possíveis crimes, fazendo com que o Estado se torne em um eterno vigilante. Seria a cartomancia aplicada ao processo.

Argumentar que o CPP 384 obsta o exame da perda de interesse processual (pela conclusão de que eventual pena não escapará do destino da prescrição) faz inverter a lógica ou a finalidade do processo. O processo criminal serve, para a acusação, para permitir prove o que consta na denúncia. Eventualmente pode acontecer de ser aplicável a hipótese do CPC 384 (e não em caso de ação penal privada), mas esta não é a meta, e, de fato, na prática, é a exceção.

A referência ao "encerrada a instrução probatória" do art. 384 do CPP é decorrente da Lei 11.719, de 2008. Para quem entenda que o argumento da possibilidade de mutatio libelli obsta a avaliação da perda do interesse processual certamente haverá de considerar o grão de sal, de que não podendo a acusação obrigar a Defesa a produzir prova em seu favor, limitará o âmbito desta justificativa a conceder a sobrevida do feito até concluída a oitiva das testemunhas de acusação... Mas como dito ao início, o argumento não deve ser acolhido (supra).

7 - Outro aspecto importante trazido por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, a demonstrar a ausência de fundamento técnico para a aplicação da prescrição retroativa antecipada, é que o Código de Trânsito Brasileiro deu importância especial à sentença penal condenatória, conforme dispõe seu artigo 160, ao impor ao condenado a submissão a novos exames de habilitação, para que

possa voltar a dirigir, nos seguintes termos: "O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo Contran, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença". Nesta situação o Ministério Público deverá buscar uma sentença penal, "mesmo com o prognóstico de uma virtual prescrição retroativa"[21].

Contraponto - O CTB estabelece:

Art. 160. O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

§ 1º Em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos neste artigo, a juízo da autoridade executiva estadual de trânsito, assegurada ampla defesa ao condutor.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, a autoridade executiva estadual de trânsito poderá apreender o documento de habilitação do condutor até a sua aprovação nos exames realizados.

E com base nesta redação já se decidiu:

AC 2005.003575-4, de Timbó. Rel. Des. Maurílio Moreira Leite.

Crime de trânsito. Verificação da prescrição da pretensão punitiva, modalidade retroativa, tendo em conta a pena aplicada, com trânsito em julgado para a acusação. Necessidade, contudo, de análise do mérito recursal, visando a absolvição, tendo em conta o disposto no art. 160 do Código de Trânsito Brasileiro, que impõe ao condutor o ônus de se submeter a novos exames para que possa voltar a dirigir, ainda que reconhecida a extinção da punibilidade.

Art. 306 da Lei nº 9.503/97. Ausência de prova de que o réu, ao conduzir sua motocicleta alcoolizada, de forma irregular, tenha, potencialmente, colocado em risco a incolumidade de outrem. Necessidade de demonstração desse aspecto. Ocorrência de infração administrativa, tão-somente. Apelo defensivo provido para absolver o acusado.

Para a configuração do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito, necessário se faz provar, além da embriaguez do condutor do veículo, que, nessa condição, tenha ele causado risco potencial à incolumidade de outrem, não se podendo, para a condenação, presumir o perigo.

A despeito do respeitável precedente, a primeira ressalva fica para o inusitado de se condicionar a esfera Penal por eventual efeito que a sentença possa produzir na esfera Administrativa, ainda mais que conforme o § 1º, nos casos mais destacados, ou seja, sendo o "acidente grave" a Autoridade Executiva Estadual de Trânsito pode, DE PER SE, submeter o envolvido aos exames "exigidos neste artigo", inclusive com apreensão de documento de habilitação do condutor (§ 2º).

A respeito, aliás, da festejada obra de Arnaldo Rizzardo:

No concernente à aplicação das exigências dos novos exames, sem considerar a prescrição, exorbitou o legislador dos princípios e normas penais. Novamente, e no caso com razão, reproduz-se o pensamento de Geraldo de Faria Lemos Pinheiro: "Parece-nos que tal dispositivo, mesmo considerando a preocupação de manter os níveis dos condutores habilitados, passível de contestação, pois a prescrição extingue a punibilidade, não se podendo considerar como condenado o agente da infração penal.

A respeito, ensina Júlio Fabrin Mirabete: "julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, não se pode mais discutir, em qualquer instância sobre o mérito do processo (RSTJ 25/293, RT 689/332, 700/321, RJDACRIM 19/230, JTAERGS 80/17, 80/82 E 88/198).

Isto porque tem ela amplos efeitos, eliminando toda carta jurídica da sentença, e extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado (...), de modo que o condenado adquire o status de inocente, para todos os efeitos legais. Prepondera, aliás, o interesse social, de ordem pública, sobre a pretensão da inocência expressa procurada pelo acusado (Manual de direito penal, 11. ed. v. 1, Atlas, 1996, p. 415)".

(Código Brasileiro de Trânsito, 8ª ed., Arnaldo Rizzardo, SP., RT, 2010, p. 376, comentário ao art. 160)

O CTB 160 não chegou a tornar imprescritível os delitos de trânsito, mas de certa forma procurou fulminar ou deformar a prescrição retroativa, ao menos com relação ao seu efeito secundário... Embora meritória a preocupação com o trânsito o tema mereceria (mas o

caso em exame nestes autos não é vinculado ao CTB) uma boa discussão (ver Arnaldo Rizzardo, supra).

Em suma. Eventual sentença de mérito resta rescindida com o reconhecimento de prescrição retroativa ou superveniente, não gerando qualquer efeito. É a regra. Não há sentido na assertiva deste tópico. Caso se entenda pelo cabimento/constitucionalidade da previsão em pauta, o argumento poderia ser aplicado apenas para os delitos do CTB, e não para os demais.

Revistos os argumentos contrários ao exame da saúde do processo, necessário, na esteira do último tópico acima, pontuar que do Roteiro de Atuação Dosimetria da Pena (Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação. Dosimetria da Pena. Série Roteiros de Atuação. Volume nº 8. MPF. Brasília - DF. 2016) se pode ler:

Acerca dos efeitos de prescrição do crime que motivou a reincidência, há controvérsia. Se foi declarada prescrita a pretensão punitiva da condenação anterior, esta não gera reincidência (TJSP, RJTJSP95/458).

Gera reincidência se a prescrição foi da pretensão executória (TACrSP, Julgados 90/131). Contra tal posicionamento, já decidiu o STJ no sentido de que, para os efeitos do art. 110, caput, in fine, do CP, não há distinguir entre a prescrição da pretensão executória e a da pretensão punitiva (STJ, REsp 46, DJU21.8.89, p. 13331).

O STF manifestou-se no sentido de que "a admissibilidade da consideração, a título de maus antecedentes, de sentença condenatória, malgrado a conseqüente declaração da extinção da punibilidade, por força de prescrição retroativa segundo a pena concretizada" 77.

Já para o TRF da 4ª Região, "não subsiste a sentença condenatória para fins de reincidência, conquanto declarada a prescrição da pretensão punitiva; entretanto, perduram os antecedentes no exame das circunstâncias judiciais" 78. (p. 77-78)

Notas de rodapé:

77 Habeas Corpus nº 70752-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 06.05.94, p. 10.470.

78 Apelação-Crime nº 940451142-0/RS, TRF da 4ª Região, Rel. Juíza Tania Escobar, j. 05.10.95, un.

Em que pese, este não é nem de longe o entendimento majoritário. Por todos, de Celso Delmanto:

Efeitos da prescrição retroativa: Com a prescrição se verifica antes de transitar em julgado a sentença final condenatória e o art. 109 lhe faz ressalva e remissão expressas, trata-se da prescrição da pretensão punitiva (ou "da ação penal"). Por isso, fica extinta a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime. Não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência: o réu não responde pelas custas do processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só por via ordinária. (DELMANTO, Celso et. al. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406).

E farta a jurisprudência neste viés:

RECURSO ESPECIAL Nº 678.143 - MG (2004/0087312-8)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PENAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMUNICABILIDADE NO JUÍZO CÍVEL DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO, ANTE O RECONHECIMENTO SUPERVENIENTE, NO JUÍZO CRIMINAL, DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AFASTAMENTO DOS EFEITOS PRINCIPAIS E SECUNDÁRIOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A executoriedade da sentença penal condenatória (CPP, art. 63) ou seu aproveitamento em ação civil ex delicto (CPP, art. 64; CPC, arts. 110 e 265, IV) depende da definitividade da condenação, ou seja, da formação da coisa julgada criminal, até mesmo pela máxima constitucional de que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

2. Na hipótese em exame, a sentença penal condenatória não transitou em julgado para a defesa, pois foi, supervenientemente, substituída por acórdão em apelação criminal que extinguiu a punibilidade, em decorrência do reconhecimento da prescrição retroativa.

3. A sentença penal condenatória, não transitada em julgado, não possibilita a excepcional comunicabilidade entre o juízo cível e o criminal, prevista no art. 1.525 do Código Civil de 1916 (atual art. 935

do Código Civil de 2002) e nos arts. 63 e 65 do Código de Processo Penal.

4. Segundo delinea a doutrina de direito penal, a prescrição retroativa, da maneira como disciplinada pela reforma de 1984 (CP, art. 110, §§ 1º e 2º), constitui forma de prescrição da pretensão punitiva, e não apenas da pretensão executória. Por isso, quando reconhecida, extingue o jus puniendi, e não apenas o poder-dever do Estado de impor concretamente a sanção penal (jus executionis).

5. O reconhecimento da prescrição retroativa, por se referir à forma de prescrição da pretensão punitiva, extingue a punibilidade afastando todos os efeitos principais (aqueles concernentes à imposição das penas ou medidas de segurança) e secundários da sentença penal condenatória (custas, reincidência, confisco, etc.), incluindo-se nesses últimos o efeito civil de que trata o art. 91, I, do Código Penal.

6. Afastado o obrigatório aproveitamento da sentença penal condenatória que não transitou em julgado, deve o juízo cível, no âmbito de sua livre convicção, pautar-se nos elementos de prova apresentados no âmbito de todo o processo, inclusive em eventual prova emprestada do processo criminal do qual tenha participado o réu (garantia do contraditório), a fim de aferir a responsabilidade da parte ré pela reparação do dano.

7. Recurso especial parcialmente provido, com retorno dos autos ao colendo Tribunal a quo, para novo julgamento da apelação cível.

AÇÃO PENAL Nº 688 - RO (2011/0281809-0)

RELATOR : MINISTRO MASSAMI YUEDA

REVISOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

PROCESSO PENAL. CRIME LICITATÓRIO. EX-PREFEITO E ATUAL GOVERNADOR DE ESTADO. SENTENÇA. APELO ENCAMINHADO PARA JULGAMENTO DESTA CORTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. PENA IN CONCRETO. APELAÇÃO COM A FINALIDADE DE BUSCAR A ABSOLVIÇÃO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE APAGA TODOS OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO.

Segundo reiterado entendimento jurisprudencial, tanto desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva apaga todos os efeitos da condenação, devendo-se, por isso, considerar a apelação do réu inadmissível por falta de interesse recursal, mesmo que a defesa objetive a absolvição pela atipicidade da conduta a ele imputada.

Apelação não conhecida.

Antes de avançar no exame do caso concreto, de se reconhecer que a aplicação da pena não é operação simples e matemática, mas temática controvertida.

Do robusto roteiro de atuação do Ministério Público Federal sobre aplicação de pena (Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação. Dosimetria da Pena. Série Roteiros de Atuação. Volume nº 8. MPF. Brasília - DF. 2016):

Imprescindível, além disso, conforme jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, que o magistrado aponte elementos do caso concreto que fundamentem o reconhecimento de quaisquer circunstâncias judiciais em desfavor do réu, não se devendo limitar a referências, vagas, genéricas ou abstratas: (p. 13)

Mais uma observação se faz necessária. São premissas comumente aceitas:

1ª) a de que para a fixação da pena-base deve o magistrado partir da pena mínima do delito cominada em abstrato pelo legislador, exasperando-a para cada circunstância judicial que se reconheça como desfavorável ao apenado "2"; e

2ª) a de que, diversamente das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis não se compensam, razão pela qual a pena-base deverá ser fixada acima do mínimo legal ainda que o magistrado venha a reconhecer uma única circunstância judicial como desfavorável e todas as demais como favoráveis. Trata-se de entendimento explicitado, por exemplo, na ementa de julgado do STF adiante parcialmente transcrita:

Nota de rodapé 2 p. 14: Vide a seguir tópico em que o GT é contrário a esse entendimento.

No intuito de trazer subsídios ao Judiciário para a avaliação da personalidade do agente, é recomendável que o Ministério Público, assim como o faz a defesa ao apresentar testemunhas abonatórias, apresente em seu rol testemunhas que porventura também possam revelar ao Juízo atitudes negativas do réu, as quais serão, nesses

casos, devidamente confrontadas com o perfil apontado pelas testemunhas indicadas pela defesa. (p. 38)

A jurisprudência ora admite a possibilidade de reconhecimento das agravantes não descritas na denúncia, ora a recusa. Como versam sobre matéria de fato, para Boschi, o reconhecimento da agravante deveria sempre pressupor prévia descrição na denúncia ou na queixa 49.

Segundo o STJ,

o reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385 do CPP (Precedentes). No caso concreto, inclusive, a agravante consistente na organização e direção da conduta dos demais agentes (art. 62, I, do CP) aparece implicitamente na exordial acusatória 50. (p. 64)

Nota de rodapé 49: BOSCHI, op. cit., p. 200. Vide julgados mencionados pelo citado autor às fls. 200: As circunstâncias agravantes podem ser reconhecidas pelo Juiz, na sentença, embora não tenham sido apontadas na denúncia, porque a reincidência não é elementar do delito. Não incidência do art. 384 do CPP (Apelação-Crime nº 696059021, 3ª Câmara Criminal TJRS, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 29.08.96, un.). E em sentido contrário, Apelação-Crime nº 950432056-2/PR, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Edgard Antônio Lippmann Jr. (convocado), j. 12.09.96.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DO AUMENTO NO PATAMAR DE 1/4, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA, SEM MOTIVAÇÃO. [...] 3. É possível o aumento da reprimenda-base pelos maus antecedentes, bem como a aplicação da reincidência, se houver mais de uma condenação com trânsito em julgado, por fatos pretéritos. 4. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime, o incremento da pena em fração superior a 1/6 pela aplicação da agravante genérica em questão deve ser devida e concretamente fundamentado, o que não se observa na espécie. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a fração de aumento de pena decorrente da agravante da reincidência ao patamar de 1/6. (STJ, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, T6 - SEXTA TURMA) (p. 75-6)

A doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias entendem que se deve partir da pena mínima. Essa pena-base se aumenta se houver circunstâncias judiciais desfavoráveis. Argumenta-se, sobretudo, que partir de outro ponto implicaria adotar pena tarifada 131 e que essa solução deriva do in dubio pro reo.

Todavia, a adoção do termo médio permite a melhor individualização da pena. Não há motivo para se entender que partir do termo médio levaria a aceitar pena tarifada e não assim com a pena mínima.132 Há de se adotar algum ponto de partida.

Ademais, o in dubio pro reo é princípio processual de aplicação em matéria probatória, até porque decorrente da chamada presunção de inocência.133 Assim, nada influi na questão do ponto de partida da pena-base. (p. 117-8. Ver também registro da Ação Penal 470, do STF, p. 121-2)

Assim, a conclusão mais acertada é a de que as circunstâncias que sejam influentes devem ter o quantum calculado proporcionalmente às penas de cada tipo de crime. Nessa esteira, a lição da melhor doutrina:

[...] o valor de cada circunstância a ser analisada deve corresponder à divisão entre a escala da pena e o número de circunstâncias a analisar. Exemplificando mais uma vez com a hipótese de furto simples, em que a escala da pena, como vimos, é de três anos, sendo passíveis de análise todas as oito circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, o quantum de cada circunstância judicial equivalerá a quatro meses e quinze dias, que corresponde à divisão de três anos (trinta e seis meses) por oito.140 (p. 123)

Uma conclusão de tudo quanto se disse é a de que, ao contrário de certo setor doutrinário, inexistente óbice ao aumento da pena até o máximo legal inclusive. Por óbvio, tanto o máximo como o mínimo, limites que são, aplicam-se a situações extremas, como consta do voto, acima transcrito, do relator da ação penal nº 470. (p. 124)

Ao contrário das causas de aumento e de diminuição da pena em que há critérios determinados a serem observados (os quais serão

aplicados na terceira e derradeira fase de cálculo da pena), para fixação do quanto de aumento ou diminuição de pena em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes deixou o Código Penal a sua determinação para valoração a ser efetivada pelo julgador.

Essa definição pelo julgador, contudo, deve estar de acordo com os elementos presentes no processo, devendo ocorrer fundamentação adequada para a compreensão dos elementos que levaram à determinação do quantum de elevação ou de diminuição.

Nesse sentido as decisões judiciais:

5. Verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando a existência de dois antecedentes negativos e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais. (HC 281662/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

O quantum de acréscimo e de redução pelas circunstâncias agravantes e atenuantes deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena. (HC 220392/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do quantum a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exige o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa. (HC 275072/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014) (p. 127-8)

Considerando que o Código Penal entendeu por não indicar tarificação específica, faixas ou frações de quantitativos para incidência das agravantes e atenuantes, optando por deixar os limites valorativos ao critério judicial, pensar em limitar a aplicação de fração única no patamar de 1/6, sem apreciação da intensidade e relevância, no caso concreto, das agravantes e atenuantes parece violar não somente a disposição legal específica, mas também os critérios de isonomia e proporcionalidade. (p. 129-30)

A determinação da preponderância toma relevo uma vez que, nesta fase, a aplicação do aumento ou diminuição realizar-se em incidência única. Assim, deve o julgador, fundamentadamente, determinar as circunstâncias agravantes e atenuantes presentes no fato, bem como indicar aquelas que sejam preponderantes nos termos legais, para somente então definir a fração única de aumento ou diminuição, fração essa que incidirá sobre a pena-base antes fixada. (p. 131)

Neste tópico, trazem-se considerações gerais a respeito de medidas a serem tomadas no processo para fomentar a aplicação justa das penas. É obviamente impossível encerrar todas as medidas processuais úteis à dosimetria em um catálogo fechado. Nada obstante, pode ser útil a adoção de alguma das indicadas a seguir. O caso concreto pode recomendar que nenhuma delas ou outras sejam tomadas.

Já na denúncia, é imprescindível narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias (art. 41 do Código de Processo Penal). Embora o pedido de condenação seja ilíquido, ou seja, sem a indicação do quantum de pena pretendido, a narrativa precisa das circunstâncias, além de se tratar de requisito da denúncia, tende a auxiliar a dosimetria das penas. Por exemplo, no valor do dano de um estelionato ou peculato, é importante atualizar o valor do débito, o que pode ser feito gratuita e facilmente em sites como o do Banco Central (calculadora do cidadão).

Também é importante mencionar as agravantes, atenuantes, e imprescindível narrar as causas especiais de aumento ou diminuição da pena. Primeiramente, porque se evitam discussões a respeito da constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. (p. 326-7)

E arremato com trecho da apresentação do material citado (Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação. Dosimetria da Pena. Série Roteiros de Atuação. Volume nº 8. MPF. Brasília - DF. 2016):

Diante do vasto conteúdo disponível neste roteiro, não restam dúvidas de que a obra servirá para aperfeiçoar a atuação dos

membros do Ministério Público Federal para a justa, adequada e uniforme fixação das penas, evitando-se tratamentos inadequados e dispares, o que dará cumprimento à missão constitucional do MPF de promotores dos direitos humanos e de defensores da sociedade. (Apresentação, ao final)

A aplicação da pena não é um exercício com fórmulas matemáticas, mas defluiu da própria ideia de Direito, e de um roteiro de dosimetria da pena, e do teor desta invocação por último citada, a de que a coisa é minimamente racional e controlável. Não fosse, seria obrigação da Defesa recorrer sempre cada vez que a pena não fosse a mínima...

Assim, a manutenção do processo apenas para cumprir o rito, ou por um wishfull thinking de que a despeito de toda a atividade da Autoridade Policial e do Ministério Público (com acesso a bancos de dados) futuramente novos elementos se revelarão a determinar a via do CPP 384 ou mesmo surpreender quanto as circunstâncias judiciais (ver acima, no Roteiro, os trechos citados de p. 38 e p. 326-7, sublinhados) não convence. Tampouco se invoque nos casos em que a avaliação do interesse (prescrição antecipada) ocorrer antes do interrogatório judicial que com isto se obsta o benefício da Súmula 545 do STJ, porquanto a punibilidade estará extinta. Quando os autos revelam que a não se chegará a uma pena que sobreviva ao instituto da prescrição faz se lembrar o princípio da razoável duração do processo (CF 5º LXXVIII).

Mas cada caso é um caso, e deve ser julgado no limite dos seus fatos. A lesão ainda não se consolidou? Então no caso concreto a avaliação pode ser inoportuna ... Mas há limite do que se pode extrapolar desta hipótese.

O processo e sua manutenção custam caro, e no momento em que se prioriza um processo todos os outros estão em compasso de espera.

Em suma, não há falar que não seja necessário, nem muito menos possível, avaliar um processo, a data altura de sua tramitação, e com base nos elementos disponíveis e no que se anunciou se provará, se concluir que naquele momento é viável um prognóstico razoável, pressupondo-se para fins de cálculo mental a condenação, quanto a pena aplicável. Ou se concluir, menos exatamente, quanto ao possível patamar da pena; ou que esta será passível de substituição por pecuniária ou restritiva de direitos; ou que nunca atingirá o teto legalmente previsto. Em caso de dúvida, na falta de clareza, prossegue-se na instrução. E este cálculo mental dos elementos disponíveis para definição da pena é controlável, como a própria aplicação efetiva da pena em sentença. A isto se chama correntemente exame da prescrição antecipada, na verdade, exame da permanência do interesse processual.

Mas convém aproximar a discussão do caso concreto, e para tanto avançar da discussão genérica das posições contra ou a favor da prescrição antecipada/avaliação de perda de interesse processual para avaliar o cabimento desta NO ÂMBITO DO SISTEMA ESPECÍFICO DA LEI 9099/95, que conceituou e deu tratamento as INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.

A Lei 9099/95 estabeleceu os JUZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS para a competência da conciliação, do julgamento e da execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 60); e definiu estas como:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Verdade que as infrações penais de menor potencial ofensivo são julgadas às vezes na Justiça Comum, v.g. por falta de endereço para citação do autor do fato (embora seja absolutamente comum a devolução dos autos após apuração de endereço ou mesmo citação pessoal) ou complexidade; mas mesmo nestes casos não se dirá que não seja possível o benefício da transação penal ... a infração permanece ontologicamente de pequeno potencial ofensivo. Assim, não se afigura quebra da isonomia para tais casos por se defender aqui que no âmbito do JECRIM (para as infrações penais de menor potencial ofensivo) seja possível a aplicação da chamada "prescrição antecipada" (a verificação da perda de interesse processual...).

Quanto aos casos em que haja necessidade de exame de insanidade mental, com declinação da competência para a Justiça Comum, enquanto não resolvido o incidente o Julgador deverá poder avaliar no caso o descabimento desta discussão (de avaliar da prescrição antecipada) ante a possibilidade de aplicação de medida de segurança.

E a Lei 9099/95 contempla, distintamente do sistema de Justiça Criminal Comum, para as infrações de menor potencial ofensivo e os Juizados Especiais Criminais:

1 - critérios para os processos (economia processual e celeridade, inclusive também agora o da "simplicidade");

2 - objetivos para os processos (sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade);

3 - objetivo este (sempre que possível, [a reparação dos danos sofridos pela vítima e a] aplicação de pena não privativa de liberdade) do art. 62 que se reveste como critério de aplicação da pena; posto lógico que o objetivo apontado é apontado como desejável - mesmo na Justiça Comum se aplicam penas não privativas quando possível, de sorte que imaginar a menção como inerte ou inócua, sem potencial de orientar o viés interpretativo a ser adotado seria algo curioso - e a ser perseguido (parece lógico, e benigna amplianda, odiosa restringenda). O ponto nodal é ler o "sempre que possível" como comando de otimização da interpretação em tal sentido;

4 - a possibilidade de avaliação de diversos (a maioria, em verdade) elementos inerentes a aplicação da pena previamente a fase da sentença, inclusive antes do início do feito (para fins de transação penal). Assim, o art. 76 da Lei 9099/95 determina a avaliação dos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias para apurar ser necessária e suficiente a adoção da medida da transação penal. Já o art. 89 da Lei 9099/95 ao estabelecer a suspensão condicional do processo se remete ao art. 77 do CP, de sorte que o exame deste benefício, para além dos elementos já referidos no exame da transação penal, pontua também a culpabilidade. Desta sorte, além das circunstâncias judiciais já referidas para avaliação quando do exame das benesses da transação penal, antes ainda da denúncia, e da suspensão condicional do processo, o art. 59 do CP registra ainda as consequências do crime bem como ao comportamento da vítima. As consequências "Sinteticamente, então, poderão ser aí valorados em desfavor do apenado os resultados do crime naquilo que excedam ao resultado típico" (Roteiro de Atuação, MPF, p. 48), podem vir a ser sopesadas na medida em que o art. 89 § 1º I da Lei 9099/95 permite a condição de "reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo" (à despeito desta previsão, a reparação dos danos sofridos pela vítima, ainda que seja um objetivo do processo no JECRIM, não é condicionante do benefício da transação, apto este a excluir o próprio processo).

Em suma, estas regras, critérios, objetivos, em seu conjunto apontam para uma sistemática diversa da Justiça Criminal Comum para as infrações de menor potencial ofensivo, nada mais justo que se avalie especificamente o tema.

Quanto aos dispositivos legais referidos. Da Lei 9099/95:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Capítulo III

Dos Juizados Especiais Criminais

Disposições Gerais

(...)

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 13.603, de 2018)

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

E do CP:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Indaga-se: O que há de surpreendente em se permitir a avaliação da persistência do interesse processual em dado processo por infração de menor potencial ofensivo, mediante avaliação da hipotética pena aplicável, à luz dos elementos disponíveis nos autos, anteriormente à própria sentença, para se apreciar se eventual reprimenda não estará fadada à sua rescisão pela prescrição, e então se extinguir o feito, quando a Lei 9099/95, para este tipo de infração, permite, inclusive em juízo anterior ao da formulação da denúncia, obstar, mediante acordo, a própria instauração da via judicial criminal por denúncia (ou queixa).

A transação penal fulmina a via judicial, a emendatio libelli e a mutatio libelli, a apuração mais aprofundada das circunstâncias judiciais, das agravantes e atenuantes... Isto tudo pode no Juizado Especial Criminal... simples, informal, célere e sob a primazia da economia processual...

Se em dado processo foi oferecida a transação penal o Ministério Público teve de avaliar as circunstâncias judiciais, salvo as consequências e o comportamento da vítima. E fica afastada a obrigatoriedade da ação penal.

Ao examinar da suspensão condicional do processo apenas o comportamento da vítima não resta examinado.

Mas havendo denúncia, certamente via CPP 41 as circunstâncias judiciais objetivas (consequência e comportamento da vítima) restariam expostas. Vale insistir, mesmo possivelmente as agravantes:

Já na denúncia, é imprescindível narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias (art. 41 do Código de Processo Penal). Embora o pedido de condenação seja ilíquido, ou seja, sem a indicação do quantum de pena pretendido, a narrativa precisa das circunstâncias, além de se tratar de requisito da denúncia, tende a auxiliar a dosimetria das penas. Por exemplo, no valor do dano de um estelionato ou peculato, é importante atualizar o valor do débito, o que pode ser feito gratuita e facilmente em sites como o do Banco Central (calculadora do cidadão).

Também é importante mencionar as agravantes, atenuantes, e imprescindível narrar as causas especiais de aumento ou diminuição da pena. Primeiramente, porque se evitam discussões a respeito da constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. (Roteiro de Atuação, MPF, p. 326-7 - sobre peculiaridade da prescrição, ver citação do mesmo roteiro, acima)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. EMENDATIO LIBELLI. FALTA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA PENA BASE. MÉTODO TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA. 1. Se as elementares descritas na denúncia correspondiam ao delito de posse sexual mediante fraude e não ao estupro, nada impedia que o juiz, ao proferir a sentença, condenasse o Réu por aquele crime e não por este delito. Não há controvérsia que no processo penal o réu defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação dada pelo Ministério Público. O Código Processual Penal contempla a possibilidade da emendatio libelli, que não se confunde com a mutatio libelli. A jurisprudência deste Tribunal é tranqüila quanto à possibilidade do juiz dar, na sentença, definição jurídica diversa da que consta na denúncia. Só não seria possível tal procedimento se, para caracterização do novo delito, faltasse alguma circunstância elementar que não estivesse descrita implícita ou explicitamente na denúncia. Hipótese em que ocorreria a mutatio libelli (CPP, art. 384).

No caso, a sentença fez uma emendatio libelli. Analisou os fatos descritos na denúncia e os capitulou adequadamente como crime de posse sexual mediante fraude. 2. Não se tranca ação penal por falta de justa causa, salvo se o fato for evidentemente atípico ou não houver qualquer indicio de autoria. Precedentes. No caso, a denúncia descreve fatos que configuram ilícito penal, posse sexual mediante fraude. Não se tranca a ação penal quando a denúncia atender aos requisitos do CPP, art. 41. Ademais, o HABEAS não é meio idôneo para verificar a existência ou não de justa causa, quando implicar em profundo exame do conjunto probatório. 3. MÉTODO TRIFÁSICO: Para fixação da pena privativa de liberdade, o sistema adotado pelo Código Penal é o método de HUNGRIA (CP, art. 68). Ou seja, o sistema de três fases. Por ele, primeiro, o julgador fixa a pena-base, atendendo às circunstâncias judiciais. Elas classificam-se em dois grupos: (a) circunstâncias subjetivas. Tratam da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta, da personalidade e dos motivos do crime. (b) circunstâncias objetivas. São as circunstâncias do crime, suas conseqüências e o comportamento da vítima. Na sentença, o juiz, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, levando em consideração os antecedentes desabonadores do recorrente, agiu dentro dos estritos parâmetros legais. O TJ/BA fez as necessárias correções no cálculo da pena. Reduziu a pena definitiva em relação aos crimes de posse sexual mediante fraude, de 7 anos e 6 meses para dois anos de reclusão. E, ainda, extinguiu a punibilidade pelo crime de resistência. A jurisprudência admite a possibilidade de a pena-base ser fixada acima do mínimo legal, em decorrência dos maus antecedentes. Não há nulidade a ser sanada. Conheço do recurso e nego provimento. (RHC 82589, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 11/03/2003, DJ 20-02-2004 PP-00024 EMENT VOL-02140-03 PP-00516)

O Ministério Público para afastar a obrigatoriedade da ação penal e oferecimento da benesse da transação penal, e também do benefício da suspensão condicional do processo, avalia e sopesa as circunstâncias da infração penal, as mesmas consideradas para aplicação da pena (salvo comportamento da vítima). Há previsão legal. E havendo necessidade pode obter mais elementos baixando os autos para diligências.

Embora o pedido de condenação seja ilíquido, não haveria sentido em se oferecer transação penal ou suspensão condicional do processo se não julgasse estes benefícios suficientes para o caso e o autor do fato/réu, inclusive apesar de não implicarem em admissão de culpa nem ensejarem reincidência (art. 76 ... ser necessária e suficiente a adoção da medida).

Casos que demandam punição severa e exemplar não combinam com tais benefícios.

Casos que demandam punição severa e exemplar podem ter pena máxima ou próximo ao máximo estabelecido na lei.

Cabe ao Julgador avaliar estas circunstâncias todas, e o comportamento da vítima se cabível, para determinar do interesse processual, e a hipotética reprimenda possível para o caso.

Mesmo que o comportamento da vítima não esteja dentre as circunstâncias apontadas para critério quanto a transação penal e suspensão condicional do processo não deflui daí que seja peculiaríssima e bizarra aponto de somente ela ser impossível de ser compreendida e sopesada antes da sentença. A situação significa que o legislador entendeu que ela não era relevante para estes benefícios; mas a própria estrutura destes revela que, ao menos do JECRIM, indiscutível o cabimento do exame das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas antes mesmo do oferecimento da denúncia, e a cada momento a partir de então.

E por fim, não há porque se presumir sempre será equivocada esta avaliação. Examine-se-a no caso concreto. E nada obsta que o Magistrado avance na instrução até sentir segurança em deter os elementos necessários para avaliação.

A prática diária revela que mesmo com andamento normal, do modo como estruturado o processo, este pode demorar (com possibilidade de reiteração de audiências para transação penal e avaliação de seu descumprimento ou adequação da prestação; necessidade de diligências para precisar elementos de convicção para a denúncia; dificuldades localização do réu para citação; de audiências para suspensão do processo e de justificação de eventual divergência quanto ao cumprimento da medida; de precatórias para instrução). E fatos que frescos cintilavam na memória de partes e testemunhas depois de um par de anos revelam-se apagados. Mesmo as testemunhas Policiais Militares que muitas vezes sinceramente admitem que sequer se recordam do caso, diante das inúmeras ocorrências diárias e semelhantes que atendem em suas carreiras.

Como anotado acima, o processo e sua manutenção custam caro, e no momento em que se prioriza um processo todos os outros estão em compasso de espera.

Mesmo aqui não escapa a indagação:

Verificando a ocorrência da "prescrição antecipada", o Magistrado, proibido de reconhecer a perda de interesse processual e fulminar o feito, deveria priorizá-lo em detrimento mesmo dos ainda não prescritos (nem antecipadamente), com o risco de fomentar mais prescrições?

Ou deveria pô-lo no fim da fila, pois não haveria consequência pior com o transformar-se a prescrição antecipada em prescrição em abstrato...Salvo a manutenção artificial do processo, como que em coma mantido sob aparelhos, espinho a aguilhoar o réu...

Em suma, não há falar que não seja necessário, nem muito menos possível, especialmente em sede de JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, tratando-se especificamente de INFRAÇÕES DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO, avaliar um TERMO CIRCUNSTANCIADO ou um PROCESSO, a data altura de sua tramitação, e com base nos elementos disponíveis (e no que se anunciou se provará), se concluir que naquele momento é viável um prognóstico racional razoável, pressupondo-se para fins de cálculo mental a condenação, quanto a pena possível de vir a ser aplicada (pena aplicável). Ou se concluir, menos exatamente mais ainda suficientemente aproximado a ponto de permitir extrair consequências práticas, quanto ao possível patamar da pena (não superará a pena média, não superará tantos meses, não poderá descolar da proximidades da mínima); ou que esta será passível de substituição por pecuniária ou restritiva de direitos; ou que nunca atingirá o teto legalmente previsto. Em caso de dúvida, na falta de clareza, prossegue-se na instrução. E este cálculo mental dos elementos disponíveis para definição da pena é controlável, como a própria aplicação efetiva da pena em sentença. A isto se chama correntemente exame da prescrição antecipada, na verdade, exame da permanência do interesse processual.

Nestes termos, o primeiro argumento recursal, focado na Súmula 438 do STJ, está examinado acima, e respeitosamente o afastado.

Ao início se alinhavou argumentos pelo afastamento da Súmula mesmo quanto a Justiça Criminal Comum.

Arrematou-se com argumentos específicos, à luz do subsistema criado pela Lei 9099/95, para o afastamento da SÚMULA 438 do STJ em favor do ENUNCIADO 75 do FONAJE, quanto ao foco deste caso, ou seja, o cabimento da avaliação da ("prescrição antecipada", ou seja da) permanência ou não do interesse processual em processos atinentes a Infrações de Menor Potencial Ofensivo em que se conclua que eventual reprimenda fatalmente estará acobertada pelos efeitos da prescrição (referindo-se assim as Infrações de Menor Potencial Ofensivo de forma mais exata do que apenas no âmbito do Juizado Especial Criminal, pois algumas daquelas podem vir a ser tratadas na Justiça Comum).

Tangenciou-se o argumento específico dos delitos de trânsito porquanto o caso dos autos dito não trata.

A esta altura, e como insistido que o tema deve ter avaliado seu cabimento sempre à luz do caso concreto, vale destacar dos autos:

(...)

Este o caso concreto. A decisão atacada foi sucinta:

Considerando a inexistência de antecedentes, tanto que ofertada a transação penal e a suspensão condicional do processo, não há como a pena descolar do mínimo legal, circunscrevendo-se a pena pecuniária de multa, que é a pena alternativa prevista no próprio tipo. Não fosse este o caso, novamente se recairia em pena pecuniária, via art. 60 § 2º do CP.

Além da transação penal e da suspensão condicional do processo oferecidas, o que é compatível com a avaliação da reprimenda aplicável em caso de condenação, à luz dos elementos dos autos, para o delito imputado o § 5º do art. 180 ainda estabelece inclusive a possibilidade de se deixar de aplicar a pena. Assim:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Receptação qualificada (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício

de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.531, de 2017)

Neste sentido, não vejo elemento que determine a alteração da avaliação da pena aplicável efetuada, nem da consequência de que esta fatalmente restará rescindida por sentença aonde se reconhecerá a prescrição retroativa. Teria sido caso de furto, e a alegada compra mera desculpa. Passados mais de 03 anos a respeito, já ouvido na fase policial, é plausível se pressupor uma confissão, ainda mais que sequer é obrigado a ser interrogado... E mesmo diante de uma situação assim incomum o que afastaria a aplicação do § 2º do art. 155 do CP? Comportamento da vítima nada a destacar (fls. 06 o seu relato), a res era portão de alumínio para pedestre (fls. 03) e estava dentro de uma serralheira exposto (fls. 02). Auto de exibição e apreensão fls. 04 e termo de reconhecimento e entrega fls. 05, de sorte que as consequências foram pífias. Quanto a dependência química, o acusado está sob tratamento, e nada foi questionado quanto a imputabilidade.

Entretanto, necessário reconhecer, três pontos merecem sim correção.

1 - O paradeiro do réu é sabido, fls. 130.

2 - O Ministério Público corretamente apontou inexistência quanto ao termo inicial a ser considerado no caso para fins de apuração do lapso de 02 (dois) anos:

Se não bastasse, a alteração promovida pela Lei n. 12.234/2010, no parágrafo primeiro do artigo 110 do Código Penal, impediu que seja utilizada como termo inicial data anterior à da denúncia, no caso da aplicação da prescrição superveniente que tem como base a pena aplicada como no caso da decisão objurgada que está aplicando a prescrição a partir de uma pena hipotética a ser aplicada na sentença condenatória. (p. 126)

E da decisão atacada realmente constou:

Destaca-se que no recebimento da denúncia às fls. 112 o feito já encontrava-se prescrito, posto que a pena de multa prescreve em 02 (dois) anos, que se completou considerado da data do fato até o recebimento da denúncia.

Não se discutiu nos autos os novos parâmetros da Lei 12.234/2010, mas retificada a sentença no específico, o que agora se faz, ainda assim permanecerá a conclusão de que a prescrição é inafastável, pois entre a data de oferecimento da denúncia de fls. 32, datada de 23.06.2015, e a data do despacho de recebimento da denúncia de fls. 112, de 12.12.2017, passaram-se mais de 02 (dois) anos.

3 - a inexistência da expressão "prescrição antecipada" ou "prescrição em perspectiva", sendo caso sim de avaliação de perda superveniente de interesse processual, ocorrendo esta perda caso se conclua que, à luz dos elementos dos autos, eventual reprimenda aplicada no futuro fatalmente estará fulminada pelas regras da prescrição, a não gerar qualquer efeito.

Isto posto, reformo parcialmente a decisão atacada, com a retificação de que o lapso prescricional deve ser contado no período de 23.06.2015 (data o OFERECIMENTO da denúncia, fls. 32) a 12.12.2017 (data do recebimento da denúncia), mantida no demais,

concluindo-se pela ocorrência de perda superveniente do interesse processual no caso (a chamada prescrição antecipada).

I-se Ministério Público e Defensor.

Registre-se o novo endereço do réu (fl. 130).

Com urgência, remetam-se os autos à Turma de Recursos.

A exposição é plenamente aplicável ao caso, posto também se trata de delito de pequeno potencial ofensivo.

Donde a discussão há de ser a eventual pena a ser aplicada hipoteticamente ao caso em caso de condenação; e não há motivo para que reste descolada do mínimo legal. Aliás, a própria proposta de transação penal aponta veementemente neste sentido.

Impõe-se então a indagação, se cabível a aplicação do art. 60 § 2º do CP a delito eleitoral. A resposta deve ser afirmativa.

Contra a aplicação em delitos previstos em lei especial, por todos:

HC 74.248-RJ. RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO (ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76): APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS MÍNIMAS DE 6 MESES DE DETENÇÃO E DE 20 DIAS-MULTA E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA DE MULTA (CP, ART. 60, § 2º).

1. Alegação de que, satisfeitos os requisitos para o benefício da multa vicariante, há direito público subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por sanção pecuniária (CP, art. 60, § 2º), independentemente da natureza da infração que levou à condenação penal.

2. Não cabe a concessão do benefício da substituição da sanção penal quando há aplicação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa.

3. A Lei de Tóxicos, que é lei especial, dispõe diferentemente do Código Penal quanto à aplicação da pena de multa; por esta razão, a regra geral contida no art. 60, § 2º, do Código Penal não se aplica à Lei nº 6.368/76, por força da ressalva contida na parte final do art. 12 do Código ("as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso").

4. Precedente: HC nº 70.445-RJ, in RTJ 152/845.

5. Habeas corpus conhecido, mas indeferido.

Ocorre que da letra da Lei 9.504/97 consta explicitamente:

Art. 90. Aos crimes definidos nesta Lei, aplica-se o disposto nos arts. 287 e 355 a 364 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, respondem penalmente pelos partidos e coligações os seus representantes legais.

§ 2º Nos casos de reincidência, as penas pecuniárias previstas nesta Lei aplicam-se em dobro.

E do Código Eleitoral, Lei 4.737/1965:

Art. 287. Aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal.

Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

In claris non fit interpretativo. Resta que a pena de multa prescreve em 02 anos, a teor do CP 114 I, já vencidos desde a data do fato em 02.10.2016, sendo que a causa interruptiva do curso da prescrição, o recebimento da denúncia fls. 18 no dia 12.06.2018, restou anulada pela presente decisão, pelos dois motivos já examinados ao início.

Isto posto, julgo extinta a punibilidade de SEBASTIÃO CRISPIM SIMÃO, via CP 107 IV c/c 114 I, e art. 39 § 5º II e 90 da Lei 9.504/97, e 287 da Lei 4.737/1965 c/c 60 § 2º do CP.

PRI, inclusive a Defensora nomeada fls. 18 e a Defensoria Pública (fls. 37-8).

Transitada, arquivo.

Florianópolis, 01 de abril de 2019.

João Alexandre Dobrowolski Neto

Juiz Eleitoral - 100º Zona Eleitoral - Florianópolis.