

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EXCELSO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Os Juízes Federais Drs. LUIS
EDUARDO BIANCHI CERQUEIRA, CARLOS ALBERTO ANTONIO
JUNIOR, HAMILTON DE SÁ DANTAS, CLÁUDIO ROBERTO
CANATA, EDUARDO LUIZ ROCHA CUBAS, HAROLDO NADER,
MARILAINE ALMEIDA SANTOS, ROBERTO WANDERLEY
NOGUEIRA, SELMAR SARANA DA SILVA FILHO e ALI
MAZLOUM, e o advogado Dr. AMÉRICO LOURENÇO MASSET
LACOMBE, qualificados nos anexos instrumentos de mandato¹,
vêm, por seus advogados infra-assinados², com o respeito
devido, a Vossa Excelência para, com fundamento no artigo 5º,
inciso LXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil,

¹ Docs. inclusos.

² Idem.

nos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, nos cânones de incidência do Regimento Interno dessa Excelsa Corte de Justiça e nos demais dispositivos que regulamentam a matéria, impetrar, em favor do Dr. **SALEM JORGE CURY**, brasileiro, casado, juiz federal vinculado ao TRF3, portador da cédula de identidade – RG/SSP/SP – nº 15.869.710-8, devidamente inscrito no CPF/MF sob nº 091.850.288-86, a presente **ORDEM DE HABEAS CORPUS, COM PLEITO DE MEDIDA LIMINAR**, em razão dos motivos fáticos e jurídicos fundamentos articulados às folhas 3 e seguintes desta impetração.

Apontando como autoridade coatora o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.177.612-SP), requerem digno-se Vossa Excelência receber o presente *mandamus* e ordenar o seu processamento, nas formas da lei.

Nestes termos,

P.P.Deferimento.

SP/Brasília, 2 de abril, 2014.

José Roberto Batochio, advogado.

OAB/SP nº 20.685

Guilherme Octávio Batochio, advogado.

OAB/SP nº 123.000

1. BREVE HISTÓRICO DOS FATOS.

O Paciente se viu denunciado perante o Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região por suposta realização da conduta abstrata versada no preceito primário dos artigos 297, §1º, c.c. art. 71 e 29, e 344, em referência ao art. 61, inciso II, letra "g" (por quatro vezes), c.c. os artigos 69 e 70, todos do Código Penal.

Ao final, saiu-se condenado às penas de 5 anos e 3 meses de reclusão e ao pagamento de 210 dias-multa, pela primeira imputação, e mais 4 anos e 1 mês de reclusão e ao pagamento de 204 dias-multa, por suposta incursão ao artigo 344, cc. art. 61, inciso II, alínea "g", 70 e 71, todos do Estatuto Repressivo (cf. doc. anexa).

Vislumbrando omissões no v. acórdão, opôs Embargos Declaratórios, que restaram desacolhidos.

Inconformado, interpôs Recurso Especial, no qual deduziu os seguintes argumentos: **i)** violação à regra do art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, uma vez que os Desembargadores Federais que julgaram a causa penal também haviam exercido jurisdição no Procedimento Administrativo correlato, em que previamente

se pronunciaram sobre o *meritum causae*; ii) não caracterização (atipicidade) dos delitos previstos no art. 297, § 1º, e 344 do Código Penal.

O Apelo Especial veio de ser conhecido e provido pela Egrégia 6ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em decisão ementada como segue:

RECURSO ESPECIAL. CAUSAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. HIPÓTESES TAXATIVAS PREVISTAS. ART. 252, III, DO CPP. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE REGIMENTO INTERNO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 399 DO STF. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. DESPACHOS E DECISÕES JUDICIAIS. ASSINATURA DO JUIZ FALSIFICADA PELO DIRETOR DA VARA FEDERAL. CONHECIMENTO DO TITULAR DA ASSINATURA. TIPICIDADE MATERIAL – DESVALOR DO RESULTADO – INEXISTENTE.

ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – NÃO CONFIGURAÇÃO NO CASO CONCRETO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. GRAVE AMEAÇA PARA IMPEDIR A INCRIMINAÇÃO DOS ACUSADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA QUANTO AO PRIMEIRO FATO NARRADO NA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO POR ATIPICIDADE QUANTO À SEGUNDA COAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. As causas de impedimento e suspeição de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliativa.

2. O disposto no art. 252, III, do CPP aplica-se somente aos casos em que o juiz atuou no feito em outro grau de jurisdição como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau. Não há

6.

impedimento quando o magistrado exerce, na mesma instância, jurisdição criminal após ter atuado em processo administrativo disciplinar.

3. Quanto à alegada afronta a artigos do Regimento Interno do Tribunal de origem, cumpre asseverar que essas normas não se enquadram no conceito de lei federal, não sendo capazes de ensejar a abertura da via especial, conforme já cristalizado na Súmula nº 399 do Supremo Tribunal Federal.

4. Apesar de os crimes de perigo abstrato serem punidos independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado, já existem posicionamentos doutrinário e jurisprudencial de que não se poder criminalizar a conduta desprovida de ofensividade.

5. Sob esse prisma, apesar de o tipo previsto no art. 297 do Código Penal ser de perigo abstrato, impõe-se verificar, no caso *sub*

7.

judice, não só o desvalor da ação, sendo imprescindível, também, que fique demonstrado que as condutas dos recorrentes eram, desde o primeiro momento, capazes de gerar perigo ao bem jurídico-penal tutelado.

6. Dessa forma, ainda que se afirme ter havido a perfeita subsunção do fato ao tipo previsto abstratamente no art. 297 do Código Penal (tipicidade formal), não se vislumbra, no caso em comento, a tipicidade material (desvalor do resultado), mesmo que em potencial.

7. A uma, porque os atos meramente ordinatórios, normalmente praticados por meio de despachos, não possuem a potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas nos processos, tanto que podem ser delegados, nos termos do art. 93, XIV, da Constituição Federal.

8. A duas, dos documentos discriminados na denúncia, apenas dois teriam cunho

8.

verdadeiramente decisório, tendo os demais caráter eminentemente cartorário. O primeiro exame a ser feito é a respeito da existência desses atos decisórios.

9. Com efeito, sob o aspecto material, eles existem, visto que as declarações de vontade nele produzidas são verdadeiras, pois o seu conteúdo era de conhecimento do Juiz, expressando, assim, o seu pensamento acerca da matéria nele versada.

10. Quanto ao vício formal, cumpre ressaltar, primeiramente, que o exame pericial não trouxe elementos seguros a respeito da falsidade das assinaturas. Embora o Tribunal de origem não tenha se restringido às conclusões do laudo pericial, o defeito de formação apontado não pode sobrepor à vontade real manifestada pelo julgador nas suas decisões judiciais, a ponto dele merecer a repressão do Direito Penal.

11. De mais a mais, a prática de novo ato em substituição do anterior, com o objetivo de regularizar a assinatura do Juiz, geraria para com os terceiros de boa-fé (sujeito passivo mediato do delito em questão) as mesmas consequências jurídicas advindas do primeiro, já que as declarações constantes nesses documentos, como dito antes, são ideologicamente verdadeiras.

12. Por essa razão, o fato praticado pelos acusados deve ser coibido por outros meios de atuação do órgão estatal, mormente na esfera administrativa, visto que a tipicidade penal exige uma ofensa relevante aos bens jurídicos penalmente protegidos para que possa caracterizar suficientemente o injusto penal, o que não se vislumbra na espécie.

13. Outrossim, as provas colhidas nos autos não comprovaram, de forma inequívoca, a presença do elemento subjetivo do tipo, ou

seja, o dolo para a configuração do crime em tela. Pela leitura da denúncia e do acórdão hostilizado, sem que haja a necessidade de se incursionar no conjunto probatório dos autos, não é possível aferir que os réus agiram de má-fé, ou seja, com o espírito de criar situação diversa da realidade factual.

14. Por não encontrar conduta penalmente relevante, em razão da existência de outros meios eficazes de punir os acusados, imprescindível se torna o afastamento da condenação do crime do art. 297, § 1º, do CP, com a consequente absolvição dos mesmos, ficando prejudicada as demais alegações quanto a esse delito.

15. Quanto ao crime de coação no curso do processo, ao contrário do alegado pelo primeiro recorrente, a possibilidade concreta de as vítimas serem colocadas “à disposição da Diretoria do Foro” e “mal recomendadas pelo acusado

a qualquer magistrado onde fossem lotadas” constitui ameaça grave o bastante para intimidar qualquer servidor do judiciário.

16. Entretanto, em relação à segunda coação, ocorrida no início do ano de 2004, é possível a constatação, de plano, da atipicidade da conduta. No caso, o mal injusto foi deduzido pelas vítimas, sendo certo que a suposta ameaça lançada não se mostrou grave o suficiente a ponto de incutir justificável receio a um *homo medius*, ou seja, factível e considerável.

17. A dinâmica dos acontecimentos é bem delineada pelo acórdão recorrido, possibilitando valoração de fatos incontroversos para o reconhecimento da atipicidade da conduta atribuída ao aludido, conclusão que se faz, portanto, sem esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Sendo assim, deve ser mantida apenas a condenação do

12.

recorrente S. J. C. quanto a coação praticada em abril de 2003.

18. Recursos especiais parcialmente providos para, de um lado, absolver os réus do crime descrito no art. 297, § 1º, do CP, e, de outro, reconhecer a atipicidade da conduta do primeiro recorrente em relação a um dos crimes de coação no curso do processo.

19. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir a pena do primeiro recorrente, quanto ao delito previsto no art. 344 do CP – praticado em abril de 2003 –, a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa. Suspensão condicional da pena deferida pelo prazo de dois anos. Perda do cargo público mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no

juízo, após o voto-vista do Sr. Ministro Vasco Della Giustina, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, expedindo, ainda, ordem de ofício em relação ao primeiro recorrente, vencidos os Srs. Ministros Celso Limongi e Haroldo Rodrigues, e, por maioria, deliberou, ainda, não aplicar a pena de perda de cargo, vencidos, no ponto, o Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 1º de setembro de 2011
(data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

(cf. doc. incluso)

Restou o Paciente, como se percebe, absolvido da imputação do delito descrito no art. 297, § 1º, do Código Penal; teve reconhecida a atipicidade de sua conduta em relação a um dos crimes de coação no curso do processo, remanescendo mantida, contudo, sua condenação pela prática do outro delito do art. 344, supostamente ocorrido em abril de 2003. *Ex officio*, concedeu-se, ainda, ordem de *habeas corpus em seu favor* para reduzir a única reprimenda privativa de liberdade sobeja (relativa à condenação por este último delito) para o montante final de 1 ano e 9 meses de reclusão, infligidos 23 dias-multa e deferida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos.

Com vistas ao prequestionamento explícito da matéria constitucional que pretendia discutir perante esse Excelso Pretório, opôs, tempestivamente, Embargos Declaratórios, os quais se acham pendentes de julgamento até esta data.

Sucedem, todavia, que, decorreram mais de quatro (4) anos desde a última causa interruptiva do lapso prescricional, qual seja a publicação do acórdão do TRF3 (datada de março de 2009) até esta parte, e, observada a pena finalmente encontrada de 1 ano e 9 meses de reclusão, resta clara e inequivocamente extinta sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão

punitiva, como adiante se demonstrará. Nada obstante, recalitra a autoridade coatora em reconhecê-lo, como devera.

2. DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Acha-se o Paciente sob indisfarçável constrangimento ilegal, materializado na subsistência e no prosseguimento da indicada ação penal contra sua pessoa, ora em fase recursal, quando já operada a extinção de sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

A matéria aqui versada configura arquetípica coação ilegal, a teor do que dispõe o artigo 648, inciso VII, do Código de Processo Penal:

Art. 648: A coação considerar-se-á ilegal:

...

VII – quando extinta a punibilidade.

ilegalidade.

Passemos a demonstrar a

**3. DO FUNDAMENTO DA
IMPETRAÇÃO: INEQUÍVOCA
OCORRÊNCIA DA
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
PUNITIVA E CONSEQUENTE
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE
DO PACIENTE.**

Determina o artigo 61 do Código de Processo Penal que o juiz criminal tem o **dever** de decretar – mesmo *ex officio* – a extinção da punibilidade (no caso pela prescrição da pretensão punitiva), uma vez verificada ela, qualquer que seja o momento processual:

Art. 61 Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, *in* Prescrição Penal, Ed. Saraiva, 1987, pág. 30, em minucioso trabalho sobre o tema, doutrina que:

A prescrição da pretensão punitiva, matéria de ordem pública, deve ser reconhecida em qualquer fase da ação penal, de ofício, nos termos do art. 61, *caput*, do CPP, pelo Juiz ou pelo Tribunal.

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO

não discrepa desse sentir:

Não sendo, por qualquer dos modos examinados, interrompido o curso do prazo prescricional, nem se verificando a sua definitiva cessação, pelo cumprimento da pena, a circunstância de alcançar ele o seu termo final, *ad quem*, é a causa determinante da extinção da punibilidade, o que cumpre ao juiz declarar, de ofício, como lhe

18.

impõe o art. 61 do Código de Processo Penal.

(Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Editor Borsoi, 1960, pág. 512)

Nossa melhor fonte pretoriana, em casos que tais, tem deixado patente que:

O juiz, em qualquer fase do processo, deve reconhecer de ofício a prescrição. Há que se considerar que esta é de ordem pública e não pode ser sequer renunciada pelo acusado. Por isso o seu reconhecimento independe da sua vontade.

(RT 510/303)

Impecável, nesse sentido, lição do eminente Magistrado paulista Des. GONZAGA FRANCESCHINI:

Há que se dizer, preliminarmente, que a prescrição retroativa da pretensão punitiva pode ser reconhecida ainda que nenhuma das partes tenha recorrido. **Trata-se de matéria de ordem pública, e, como tal, declarável de ofício por qualquer Juiz ou Tribunal, bastando para isso que a sentença não mais possa ser modificada para a Acusação. É o que se extrai do referido artigo 61 do Código de Processo Penal.**

Se o Ministério Público não recorre da sentença condenatória ou se seu recurso é improvido pelo Tribunal, verificando-se, pela pena concretizada, a ocorrência da prescrição entre a data do crime e a do recebimento da denúncia, ou entre este ato e a publicação da decisão, opera-se a extinção da punibilidade, o que será objeto de mera declaração pelo Magistrado, resultando disso a rescisão do próprio julgado.

Para arrematar:

Por consequência, tornando-se irrecorrível a sentença para a Acusação, a prescrição retroativa da pretensão punitiva pode ser declarada em qualquer momento, por qualquer Juiz e em qualquer grau de jurisdição.

Nada impede, pois, possa o Magistrado prolator da decisão pronunciar-se, através de mera declaração, sobre a causa extintiva da punibilidade, solução, ademais, mais simples, rápida e que nenhum prejuízo traz às partes.

(RT – 633/313 e 314)

Consistindo **matéria de ordem pública**, a extinção da punibilidade punitiva **deve** ser decretada por qualquer Juízo ou Tribunal, em qualquer grau de jurisdição, mesmo *ex officio*, enquanto não passar em julgado a decisão condenatória (cf. Lei de Execução Penal), ainda que seja **nos estreitos limites do habeas corpus**, segundo a reiterada orientação desse Excelso Pretório:

Habeas Corpus. Prescrição.
Extinção da punibilidade dos
Pacientes decretada de ofício.

1. A única causa interruptiva do lapso prescricional, na hipótese, foi a sentença condenatória, proferida em outubro de 2002.

2. Os pacientes foram condenados ao cumprimento de pena de dois anos de reclusão, por fatos praticados quando ambos eram menores de vinte e um anos de idade. O prazo prescricional aplicável, na hipótese, é de dois anos.

4. Transcorridos mais de cinco anos desde a última causa interruptiva, sem que a execução da pena tenha sido iniciada, verifica-se a prescrição.

5. **Ordem concedida de ofício,**
para decretar extinta a
punibilidade dos pacientes.

(STF – HC nº 93.271-1/RS, Min. Rel. JOAQUIM BARBOSA, 09/09/2008, grifamos)

**HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL.
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
PUNITIVA. OCORRÊNCIA. WRIT
CONCEDIDO.**

1. **A matéria versada no presente habeas corpus diz respeito à ocorrência ou não da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a consequente extinção da punibilidade da paciente.**

2. O lapso temporal entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado da condenação foi superior a seis anos e meio.

3. Restabelecida a pena inicial de dois anos de reclusão, sua prescrição, com base no art. 109, inciso V, do Código Penal, verifica-se em quatro anos.

4. **Forçoso se faz o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, consistente na prescrição superveniente à sentença condenatória.**

5. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade da

paciente, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal.

(STF – HC nº 102.072/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 28/09/2010, grifamos)

Habeas Corpus. É cabível, fazendo as vezes de revisão criminal, ainda quando a condenação haja transitado em julgado, e, inclusive, para a obtenção, se cabível, da declaração de prescrição ou nulidade processual.

(STF – RTJ 106/94– Rel. Min. MOREIRA ALVES)

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDICAM A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: OCORRÊNCIA. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA

**RECONHECER A EXTINÇÃO DA
PUNIBILIDADE.**

(STF – HC nº 93.337-8/RS, Rel.
Min. CARMEN LÚCIA, j.
19/02/2008, grifamos)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME
DE FURTO SIMPLES.
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL
GRAU DE REPROVABILIDADE DA
CONDUTA. FURTO
INSIGNIFICANTE. FURTO
PRIVILEGIADO. DISTINÇÃO.
PRESCRIÇÃO. MATÉRIA NÃO
EXAMINADA NO ACÓRDÃO
QUESTIONADO. SUPRESSÃO DE
INSTÂNCIA. *WRIT* PARCIALMENTE
CONHECIDO E DENEGADO.
**ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO
PARA DECLARAR A PRESCRIÇÃO.**

(STF – HC nº 104.117/MG, Rel.
Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j.
26/10/2010, grifamos)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL MILITAR. CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA (ART. 210 DO C.P.M.). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. RECURSO DESPROVIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. ALEGADA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE: PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. CONFIGURAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

(STF – HC nº 92.574-0/CE, Rel. Min. CARLOS BRITTO, j. 18/03/2008, grifamos)

1. Não se conhece do recurso extraordinário que suscita a violação de dispositivos constitucionais não prequestionados. Incidência das Súmulas nºs. 282 e 356/STF.

2. A prescrição de direito penal é matéria de ordem pública e pode ser arguida e reconhecida a

qualquer tempo, independentemente de prequestionamento.

3. Recurso extraordinário não conhecido. **Extinção da punibilidade declarada, no entanto, no habeas corpus, de ofício concedido, com base na prescrição da pretensão punitiva do Estado.**

(STF – RE nº 505.369-5/BA, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 02/09/2008, grifamos)

Bem fixadas essas premissas, cabe agora chamar à colação os preceitos normativos dos artigos 109, inciso V, e 110, § 1º, do Código Penal, que dispõem:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena

privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

...

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

Art. 110...

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

Na espécie, consoante se demonstrou, o Paciente foi (indevidamente, *data maxima venia*) condenado pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **por decisão prolatada em 10/12/2008 e publicada em 17/3/2009**, à elevada pena de 5 anos e 3 meses de reclusão e ao pagamento de 210 dias-multa pela alegada falsificação de documento público (art. 297, § 1º do Código Penal), em continuidade delitiva (art. 71, Código Penal) e em concurso de agentes com outro denunciado (art. 29, Código Penal), e mais à igualmente excrecente pena de 4

anos e 1 mês de reclusão e pagamento de 204 dias-multa pela alegada violação ao art. 344 do Código Penal, combinado com a agravante de abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, inciso III, alínea “g” do Código Penal).

Dessa draconiana decisão, interpôs Recurso Especial, que foi parcialmente provido pela Colenda Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para o fim de absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 297, § 1º, do Código Penal e de **um** dos dois delitos de coação no curso do processo (reconhecida nesse passo a atipicidade de sua conduta), e para reduzir a pena que lhe foi imposta na condenação remanescente para **1 ano e 9 meses de reclusão, e 23 dias-multa**, deferida sua suspensão condicional pelo prazo de 2 anos. Referido Acórdão do STJ foi publicado em **17/10/2011**.

Impende sublinhar que esse decisório, embora dotado de relevância jurídica e efeitos outros, não se mostra apto a interromper o fluxo do lapso prescricional.

É que esse segundo *decisum* (do gênero “sentença”, espécie “acórdão”) da C. Sexta Turma do E. STJ se reveste de natureza meramente declaratória no que toca ao apenamento remanescente contido no Aresto de origem, do TRF3.

É como doutrinam ALBERTO

SILVA FRANCO e RUI STOCO:

O acórdão que confirma a sentença condenatória não tem [o efeito de interromper a prescrição], nem mesmo quando altera para mais ou para menos a reprimenda imposta na decisão anterior, ou ainda que promova desclassificação. E não tem o efeito porque não possui carga condenatória, mas simplesmente declaratória. Manter a condenação constante da sentença. A modificação na dosimetria não implica em nova condenação, mas apenas em corrigir a resposta penal.

(Código Penal e sua Interpretação, 8ª edição – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 612)

No mesmo e preciso sentido, aliás, está a decidir, recorrentemente, esse Excelso Pretório,

consoante se deduz do v. acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 751.394/MG, julgado por sua Colenda Primeira Turma:

Recurso Extraordinário. Matéria criminal. Prequestionamento. Ofensa indireta ou reflexa. Inadmissibilidade. Precedentes. Pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa. Matéria de ordem pública que pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo. Artigo 61 do Código de Processo Penal. Ocorrência. Acórdão que reduz a pena fixada em primeiro grau. Não interrupção da prescrição. Natureza declaratória. Precedentes. Ordem concedida de ofício.

Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados.

Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.

O Tribunal de origem, ao decidir a questão, se ateve ao exame da legislação infraconstitucional. Portanto, a violação, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em direito penal é matéria de ordem pública e, por isso, pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo (art. 61 do Código de Processo Penal), independentemente, inclusive, de prequestionamento.

Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial da Corte, o acórdão que confirma condenação ou diminui a reprimenda imposta na sentença não interrompe a contagem da prescrição, pois sua natureza é declaratória.

Recurso extraordinário do qual não se conhece.

Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para declarar

extinta a punibilidade do
recorrente, em razão da
consumação da prescrição da
pretensão punitiva estatal.

(STF – RE nº 751.394/MG, Rel.
Min. Dias Toffoli, STF, Primeira
Turma, 28.5.2013)

Resta claro que, conforme os
entendimentos doutrinário e jurisprudencial antes
mencionados, decisão de natureza declaratória não tem o
condão de se constituir em marco interruptivo do prazo
prescricional.

Há muito mais, porém.

**Não fora isso bastante, e
ponha-se em destaque que sendo a causa extintiva da
punibilidade, modalidade prescrição da pretensão punitiva,
instituto de direito material, como ressabido, sequer se
poderia cogitar, na espécie, da incidência do inciso IV do
artigo 117 da Lei Penal, com a redação introduzida no
ordenamento jurídico pela promulgação da Lei nº 11.596, de
29 de novembro de 2007.**

**É que os fatos imputados ao
Paciente datam do período compreendido entre maio e**

outubro do ano de 2002, abril de 2003 e “início de 2004”³, tempo em que vigorava a antiga dicção do citado artigo 117 do Código Penal – vedada a interrupção do fluxo prescricional por decisão confirmatória de segundo grau – exibindo-se impensável a retroatividade da *lex gravior* (cf. artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal).

Eis o ensinamento da nossa melhor doutrina:

A lei da época do crime é a que rege a prescrição, e lhe regula o prazo.

(NELSON HUNGRIA “Comentários” Vol. IV, pg 242, Edição Forense, 1955)

E mais:

A prescrição tem natureza material. Não só por ter sido disciplinada no C.P., mas porque a contagem do prazo

³ Cf. fls. 15 e 18/22 da denúncia anexa – doc. 13.

prescricional se faz segundo a regra do art. 10 (se a prescrição tivesse natureza processual, far-se-ia a contagem de acordo com o art. 798, § 1º, do CPP, sem incluir o dia do começo).

(PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, Direito Penal, pg. 228, 5ª Edição.)

A prescrição penal pertence ao direito material, ou substantivo, e não ao direito formal, ou adjetivo, embora algumas de suas consequências imediatas (sobre a ação penal e a condenação) pertençam ao direito processual.

(Rodrigues Porto, “Da Prescrição Penal”, RT 5ª Edição, página 22).

Entendemos que a prescrição constitui matéria de direito penal, não de direito processual penal.

Esse é o sistema de nossa legislação, que a inclui entre as causas extintivas da punibilidade,

disciplinando-a em várias disposições do CP (arts. 107, IV, 1ª figura, e 108 a 118). Os efeitos processuais que gera, como explica Oscar Vera Barros, “não são mais que uma consequência da extinção do poder punitivo do Estado no caso concreto”. **E se a pretensão punitiva, entendida em sentido amplo, constitui matéria de direito penal, arremata o autor, “o cancelamento dessa pretensão deve participar da mesma natureza”.**

Em suma, a prescrição constitui causa extintiva da punibilidade, de natureza penal e não processual penal.

(DAMÁSIO DE JESUS, Prescrição Penal, Ed. Saraiva, 1987, pág. 21)

Na espécie, pois, os marcos interruptivos do lapso prescricional são aqueles elencados, *numerus clausus*, no artigo 117 da Lei Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.209, **de 11 de julho de 1984, vigente à época dos fatos, verbis:**

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela sentença condenatória recorrível;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

Aqui, portanto, o último marco interruptivo do lapso prescricional foi a publicação da decisão de natureza condenatória proferida pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (e não qualquer outra), **que data de 17.3.2009.**

Não tendo ocorrido qualquer outra causa interruptiva desde então⁴, tem-se, pela aritmética, que mais de quatro (4) anos transcorreram desde a data daquela decisão até esta parte. Consequentemente, a inexorável conclusão é a de que extinta se acha a punibilidade do Paciente.

⁴ Cf. enumeração TAXATIVA do artigo 117 do Código Penal com a dicção aplicável à espécie.

O mesmo se diga com referência à sanção pecuniária que lhe foi imposta. Nesse contexto, é de ser observado previsto no art. 114, inciso II, do Código Penal, que preceitua que a prescrição da pena de multa ocorrerá no mesmo prazo estabelecido para a pena privativa de liberdade, quando for cumulativamente aplicada.

Por tudo isso, é manifesto o constrangimento ilegal imposto ao Paciente, eis que contra sua pessoa prossegue dita ação penal, agora em fase recursal, quando já extinta sua punibilidade, em face da prescrição da pretensão punitiva. A matéria, como antes assealhado, é de ordem pública e deve ser enfrentada e decidida em qualquer instância ou Tribunal, mesmo *ex officio*. Daí a adequada eleição desta via sumária para a conjuração da violência, desde que não declarada a causa extintiva da punibilidade pleiteada junto à autoridade apontada como coatora.

A concessão da presente ordem de *habeas corpus*, pois, para que seja declarada extinta a punibilidade do Paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal é o que se deixa requerido.

4. DA MEDIDA LIMINAR.

Acha-se o Paciente provisoriamente condenado em ação penal já alcançada por causa extintiva de punibilidade e ainda não declarada.

Sem a concessão do presente *mandamus*, nada obstante a pendência dos inconformismos ainda não julgados que tramitam perante Corte Superior, certo é que os efeitos provisórios da decisão gravosa estão a projetar reflexos danosos e injustos constrangimentos ao Paciente, juiz federal que é, **e que se acha afastado de suas funções, causando-lhe sérios danos na esfera pessoal, profissional, social e familiar.**

Sem dúvida que tal cenário traduz evidente e concreta ameaça ao seu *status libertatis*, e clara vulneração do seu *status dignitatis*, à absoluta falta de justa causa.

Presentes se fazem, então, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* (a ação penal está prescrita, circunstância que é auferível *ictu oculi*), requisitos autorizadores da concessão de provisão jurisdicional de urgência.

Eis porque se postula aqui a concessão de **MEDIDA LIMINAR** para o efeito de se determinar **o imediato sobrestamento da tramitação dos Embargos de Declaração opostos nos autos do Recurso Especial nº 1.177.612-SP, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, e a**

consequente e imediata reintegração do Paciente, como Juiz Federal, aos quadros da Magistratura Federal da 3ª Região, até o julgamento final desta ordem de *habeas corpus*, tudo para que, nesse interregno, não perdue situação de ilegal constrangimento que, a final, será afastada com a concessão definitiva do presente *writ*, ISTO NÃO SEJA O CASO DE SE DISPENSAREM AS INFORMAÇÕES DO ESTILO, POR COMPROVADA DOCUMENTALMENTE A COAÇÃO ILEGAL, E DIRETAMENTE CONCEDIDO O MANDAMUS.

5. DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO .

Ex positis, versando questão de ordem pública, após concedida a medida liminar e regularmente processado o *writ*, requer-se seja declarada, nos exatos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, a prescrição da pretensão punitiva estatal na espécie – com fundamento nos artigos 107, inciso IV (com a redação antiga), e 109, inciso V, 110, § 1º, ambos do Código Penal –, com a consequente decretação da extinção da punibilidade do Paciente e a sua imediata reintegração, como Juiz Federal, aos quadros da Magistratura Federal da 3ª Região, ou, se não,

ao menos a declaração formal de que da ação penal ora hostilizada nenhum óbice existe no sentido de se determinar seu retorno às atividades jurisdicionais, eis prescrita a pretensão punitiva estatal nesta ação penal, causa de seu afastamento funcional.

É o que, ao cabo, fica postulado.

Nestes termos,

P.P.Deferimento.

SP/Brasília, 2 de abril, 2014.

José Roberto Batochio, advogado.

OAB/SP nº 20.685

Guilherme Octávio Batochio, advogado.

OAB/SP nº 123.000