

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**Lívia Martins Salomão Brodbeck**

**Prescrição, inércia estatal e controle da sociedade sobre o  
Poder Judiciário**

**Juiz de Fora, 26 de novembro de 2010**

**Livia Martins Salomão Brodbeck**

**Prescrição, inércia estatal e controle da sociedade sobre o Poder  
Judiciário**

Trabalho de Conclusão do Curso de  
Direito para obtenção do título de  
Bacharel em Direito da Universidade  
Federal de Juiz de Fora

**Orientador: Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes**

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**Lívia Martins Salomão Brodbeck**

**Prescrição, inércia estatal e controle da sociedade sobre o Poder  
Judiciário**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes ( Orientador)

---

Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago

---

Dr. Frederico Augusto D'Avila Riani

Juiz de Fora, 26 de novembro de 2010

*A todos que compreendem a impossibilidade de se  
fazer vista grossa diante de problemas sérios.*

## AGRADECIMENTOS

*A Deus, por todas as graças a mim concedidas.*

*À minha mãe, por todo o amor, dedicação intensa, preocupação, e por ser meu pilar, sem o qual não me sustento.*

*Ao meu pai, por sempre acreditar em mim, torcer por mim e me mostrar que não se deve acreditar em limites ao sucesso.*

*À minha irmã Sarah, companheira fiel e permanente, um presente na minha vida*

*À minha irmã Nica e ao Guilherme que, mesmo antes de eu pensar em pedir, estão sempre por perto, sempre me apoiando.*

*À minha avó Célia, cujo sorriso orgulhoso espero um dia alcançar.*

*À Zezé, Zitinha e Margarida, por todas as preces e fé nas minhas empreitadas, desde sempre.*

*A toda minha família, pelo carinho, acompanhamento e torcida.*

*Ao Nicholas, por me acalmar sempre, dizer as palavras certas na hora certa, e me mostrar o lado leve da vida.*

*A todos os meus amigos, em especial à Amanda, à Isabela, e à Débora, que nunca hesitaram em botar fé no meu caminho.*

*Ao Clevinho, pela orientação e incentivo constantes, desde o início da faculdade.*

*Ao Dr.Marcelo e ao Dr.Carlos, por me ensinarem a questionar a Justiça com a qual nos deparamos na prática*

*“Naturalmente pretendo falar não do medo pessoal, mas do temor de que por causa de nossos erros, pelo mau uso que os poderosos fizeram de seu poder, e os não-poderosos de sua liberdade, o ordenamento civil que tantas lágrimas e sangue custou seja destruído. Mesmo que pareça chocante, direi que o homem da razão tem o dever de ser pessimista. De boa vontade deixo para os fanáticos, ou seja, para aqueles que desejam a catástrofe, e para os insensatos, ou seja, para aqueles que pensam que no fim tudo se acomoda, o prazer de serem otimistas. O pessimismo hoje, seja-me permitida mais essa expressão impolítica, é um dever civil. Um dever civil porque só um pessimismo radical da razão pode despertar com uma sacudidela aqueles que, de um lado ou de outro, mostram que ainda não se deram conta de que o sono da razão gera monstros.”* (Norberto Bobbio- **O dever de sermos pessimistas**- 15 de maio de 1977)

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar uma das justificativas da existência da prescrição penal, qual seja, a referente à concepção de o acusado não poder ser prejudicado pela inércia estatal. A partir da análise dessa fundamentação, busca-se efetuar-la do outro ponto de vista, o da sociedade, que assiste à impunidade de delitos por conta da mesma inércia estatal. Esse estudo defende que, para que a omissão do Estado possa, legitimamente, acarretar a perda do direito de o Estado punir indivíduos, pela configuração da prescrição, é importante que haja instrumentos que possibilitem, satisfatoriamente, a fiscalização e acompanhamento da atividade jurisdicional pela sociedade.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**CNJ**- Conselho Nacional de Justiça

**RICNJ**- Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça

**CF**- Constituição da República Federativa do Brasil

**CP**- Código Penal

**CPP**- Código de Processo Penal

**CPC**- Código de Processo Civil

**EC**- Emenda Constitucional

**PL**- Projeto de Lei

**ADIn**- Ação direta de inconstitucionalidade

**STF**- Supremo Tribunal Federal

**STJ**- Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

1 . Introdução	1
2. Prescrição em matéria penal	2
2.1. Conceituação e natureza jurídica	2
2.2. Fundamentos	3
2.3. A prescrição fundamentada na inércia estatal	5
2.4. As opções político-criminais brasileiras	7
3. O controle de atividade do Poder Judiciário	11
3.1. A “divisão” dos poderes	11
3.2. O Conselho Nacional de Justiça	13
3.3 A participação da sociedade	16
4. A necessidade de fiscalização da sociedade quanto à inércia estatal	19
4.1. O mandado de injunção como instrumento de controle da inércia legislativa e a ação de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de controle da inércia legislativa e administrativa	19
4.1.1. O mandado de injunção	19
4.1.2. A ação de inconstitucionalidade por omissão	20
4.2. Os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro quanto à inércia jurisdicional	22
4.2.1. O problema	22
4.2.2. Mecanismos existentes	25
4.2.3. Os prazos no Processo Penal	27
4.2.4. O controle da prescrição pelos Juízes	28
5. Considerações finais	30
6. Referências Bibliográficas	32

## 1. Introdução

A prescrição penal é algo que está no cotidiano dos operadores do Direito, e que, atualmente, no Brasil, ocorre com uma frequência extremamente alta. E tudo aquilo que ocorre 'sempre' acaba se tornando comum, normal, esperado, indigno de maiores reflexões e problematizações a respeito. O presente trabalho tem como escopo trazer à tona a questão referente aos prejuízos causados por tal resultado, ou seja, pela operação banalizada de prescrição de feitos penais. Atualmente, a prescrição é um dos desfechos mais prováveis para um processo penal, sendo ansiosamente aguardada pelos réus e seus defensores, e tratada, normalmente, com desídia e normalidade pelos órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e a Polícia Judiciária.

A questão colocada diz respeito à ausência, ou escassez, do controle da sociedade sobre o Poder Judiciário, o que acaba tornando todas suas práticas, especialmente a omissão que resulta na prescrição, algo que não necessita de justificativa, e impassível de ser controlada, e, logo, evitada. O objetivo dessa dissertação consiste na determinação de alternativas para resolução desse problema, o que se passa pela análise dos mecanismos existentes no sistema brasileiro, bem como na proposição de novos caminhos.

Para tanto, desenvolveu-se uma metodologia, a saber, inicialmente, realização de uma análise do instituto da prescrição, com ênfase em seus fundamentos políticos, seguida de um histórico da previsão desse instituto no Brasil, bem como das alterações realizadas no sistema a partir da última reforma. Logo em seguida, anotações a respeito do tema referente ao controle do Poder Judiciário pela sociedade, passando pelas teses desenvolvidas na Teoria Política, bem como pelo estudo da estrutura do Conselho Nacional de Justiça e dos institutos de participação social na atividade jurisdicional. Por fim, realizou-se uma pesquisa acerca dos instrumentos existentes de controle da sociedade sobre o Estado, com notas a respeito do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, para, posteriormente, analisar os instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro de controle social do Poder Judiciário. À guisa de conclusão, analisou-se a eficácia desses instrumentos e os obstáculos a serem transpostos.

## 2. Prescrição em matéria penal

### 2.1. Conceituação e natureza jurídica

A prescrição penal, regulada nos arts.109 e seguintes do Código Penal, constitui causa de extinção da punibilidade, e refere-se à perda do direito de o Estado apurar e punir determinada infração penal, pelo decurso de certo lapso temporal. Nos dizeres de Galvão :

*“a perda do poder-dever de punir do Estado pela não-satisfação da pretensão punitiva ou da pretensão executória, durante certo tempo. O instituto impede a realização do direito de punir do Estado, tendo em vista o decurso de determinado tempo. Os efeitos da prescrição operam-se quando a pretensão (punitiva) deixa de ser deduzida em juízo ou quando é deduzida, mas não é satisfeita (executória), durante os prazos estabelecidos no Código Penal” ( GALVÃO 2004:956)*

A prescrição penal pode ser de duas espécies, a saber, a punitiva, quando incide sobre o direito de o Estado apurar a infração e punir o autor desta, e que compreende o lapso temporal que decorre entre o fato delituoso e o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória; e a executória, referente ao direito de o Estado executar o decreto condenatório por ele proferido. A prescrição é calculada segundo prazos estabelecidos em lei, sobre os quais recaem causas interruptivas e prescritivas, também previstas em rol legal.

Há discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica da prescrição, se material ou processual, discussão que se revela praticamente importante, por exemplo, na determinação da aplicação temporal de lei que a regula. Atualmente, a posição mais adotada é a que concebe a prescrição como um instituto típico de direito material, já que consiste em uma “renúncia” estatal, ditada por razões de política criminal, de aplicação da lei penal. Conforme leciona Fábio Guedes de Paula Machado (2000; 45), tal posição é a “mais coesa com o sistema-jurídico penal atual”.

A prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício, pelo Juiz, ou mediante suscitação das partes, conforme preceitua o art.61 do CPP. Matérias de ordem pública são aquelas que se referem às condições da ação e aos pressupostos processuais, e, desse modo, não precluem, podendo ser alegadas a qualquer tempo. A prescrição está

relacionada com o interesse de agir, uma das condições da ação, que estabelece que a prestação jurisdicional só deve ocorrer quando a mesma for necessária e adequada. Em havendo a prescrição de determinado direito, a tutela jurisdicional que tenha por objeto sua obtenção será inútil, isto é, desnecessária.

Em matéria criminal, muitos doutrinadores e aplicadores do Direito também situam a ocorrência da prescrição, notadamente a prescrição virtual, como ausência de justa causa para a ação penal, que constitui uma das causas de rejeição da denúncia ou da queixa, conforme estabelece o inciso III do art.397 do CPP. Nesse sentido, como aponta Nucci:

*“Quanto ao interesse-utilidade, significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado. Quando se vislumbra a prescrição virtual ou antecipada, por exemplo, de nada adianta ingressar com a ação penal, pois inexistente objetivo concreto e eficaz para o Estado.” (NUCCI 2009: 718)*

## **2.2. Fundamentos**

A existência desse instituto no ordenamento jurídico, ou seja, a possibilidade de determinada infração penal não ser apurada, punida, ou, até, de determinada prolação jurisdicional não ser executada, revela alguns fundamentos políticos. Isso porque a determinação de quais infrações penais são passíveis de prescreverem ou não, o estabelecimento dos prazos prescricionais, das causas interruptivas e até das modalidades de prescrição são deixadas a cargo do legislador, que os fixará de acordo com determinada concepção de política criminal. De fato, a prescrição revela, em sua essência, uma série de fundamentos políticos.

Há várias teorias a respeito dos fundamentos da prescrição. Fábio Guedes de Paula Machado, em sua obra *Prescrição penal- Prescrição funcionalista* (2000), elenca doze diversas concepções a esse respeito, algumas delas clássicas, com fundo psicológico, ou de piedade, e, outras, positivistas, baseadas na relação entre o Estado e o delito.

Cezar Roberto Bittencourt (2007), dentre as teorias existentes, elenca quatro possíveis fundamentos políticos que justifiquem, ou demandem, a existência da prescrição. O primeiro

deles refere-se ao fato de que o decurso do tempo levaria ao esquecimento do fato. Desse modo, por esse entendimento, uma vez que o delito representa uma lesão a bem jurídico tutelado pela sociedade, o “alarmas” social decorrente da violação da norma desapareceria com o tempo, que se incumbiria de atenuar ou enfraquecer, da memória humana, os acontecimentos dos fatos. O segundo fundamento citado por Bittencourt é o do fato de que o decurso do tempo levaria à recuperação do criminoso. O ordenamento jurídico brasileiro acaba, de certo modo, abarcando tal fundamento, entendendo que o transcurso de lapso temporal sem cometimento de novo delito indica a realização de um dos fins da pena, já que estabelece, como causa interruptiva da prescrição da pretensão executória, a reincidência (art.117, VI, do CP). O terceiro fundamento político da prescrição consiste na exigência de que o Estado deve arcar com a sua inércia, sendo que não é razoável que alguém fique sujeito, *ad infinitum*, aos mecanismos punitivos do Estado. Segundo Bittencourt:

*“Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não-observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A prestação jurisdicional tardia, salvo em crimes de maior gravidade, não atinge o fim da jurisdição: a justiça. Não há interesse social nem legitimidade política em deixar o criminoso indefinidamente sujeito a um processo ou a uma pena.”* ((BITTENCOURT: 2007, p.717)

Para Fábio Guedes de Paula Machado (2000), essa concepção, na verdade, se baseia em uma *presunção* de negligência estatal, cuja noção teria sido importada do Direito Civil:

*“Essa teoria advém do Direito Civil e de seus institutos, mormente para a prescrição aquisitiva da propriedade, utilizando-se uma analogia civilista, entendendo haver negligência por parte do Estado em fazer cumprir a norma, especificamente quanto à persecução penal e ao cumprimento da condenação. Preconiza que, em razão da má-fé ou negligência das autoridades constituídas pelo Estado, permite-se que o infrator não seja punido após o decurso de certo período de tempo. Deste percurso temporal, surge a presunção de negligência por parte do Estado no exercício do jus puniendi.”* (obra citada- p.98)

Há quem critique esse fundamento, como é o caso de Eduardo Reale Ferrari, para quem não se é possível “atribuir culpa ao Estado quando é sabido que inúmeros crimes sequer chegam ao conhecimento dos órgãos estatais, especificamente da polícia, não se podendo, por isso, atribuir culpa aos agentes, se nem ao menos tiveram conhecimento do fato” (*apud* Machado, p.98). Em que pese as críticas tecidas a esse fundamento, notadamente devido à constatação de que, de fato, a infra-estrutura dos órgãos da persecução penal, por vezes, obsta a real punição da infração penal, a maioria dos autores fundamentam a prescrição penal na

concepção de que o autor do delito não pode ficar indefinidamente à mercê do Estado, e nem prejudicado por sua inércia, ainda que, em determinados casos, essa seja escusável.

O último fundamento elencado por Bitencourt é o de que o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório. Desse modo, prejudicada estaria a certeza na apuração do fato criminoso, dificultando a defesa do acusado.

No presente estudo, nos interessa a análise mais detida do terceiro fundamento acima citado, referente à inércia estatal.

### ***2.3 A prescrição fundamentada na inércia estatal***

É papel do Direito Penal estabelecer mecanismos de controle do poder punitivo, de modo a garantir a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, conforme demonstra E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2010), para quem é necessário se construir uma teoria de responsabilização punitiva das agências que detêm o poder coercitivo:

*“Observada a funcionalidade redutora de toda a construção teórica, é muito mais claro separar o pressuposto da possibilidade de resposta punitiva (delito) da própria possibilidade de resposta (responsabilidade punitiva). A agência judiciária deve responder pela habilitação do poder punitivo, fazendo-se responsável pela formal criminalização do agente. Neste sentido, constrói-se uma responsabilidade penal (ou punitiva) conceitualmente distinta daquela usualmente referida, que sedesloca do sujeito criminalizado para a agência criminalizante. Não é o sujeito criminalizado que deve responder, e sim a agência criminalizante- evitando, com sua resposta, que sobre ele se exerça um poder punitivo ilegal, inconstitucional ou irracional. Portanto, é mais correto construir uma teoria da responsabilidade penal (ou punitiva), compreendida como possibilidade de resposta (responsabilidade) punitiva da agência judiciária, que, dado seu pressuposto (delito), ocupe-se do complexo de condições que resultam na forma e medida do exercício concreto de poder punitivo.”*  
(ZAFFARONI e BATISTA 2010: 64) (grifo meu)

Desse modo, a prescrição é concebida como instrumento de racionalização da intervenção punitiva do Estado, evitando que ela ocorra livremente, a qualquer tempo, e que submeta o indivíduo, infinitamente, ao poder coercitivo estatal. Nesse diapasão, há quem sustente a natureza constitucional, de direito fundamental, do instituto da prescrição, contida na garantia do devido processo legal (art, 5º, LIV, CF), na garantia do curso razoável do processo (art.5º, LXXXVIII, CF), e, ainda, no fato de que o rol do art.5º da CF estabelece

alguns crimes imprescritíveis, o que levaria , *a contrario sensu*, à interpretação de que os demais crimes são passíveis de prescrição.

Fábio Guedes de Paula Machado(2000), ao apresentar uma concepção funcionalista da prescrição, estabelece tal instituto como necessário e integrante dos princípios do Estado democrático de Direito, na medida em que compõe a concepção garantista de direito penal, que estabelece mecanismos contra o abuso estatal o que, *in casu*, seria a aplicação de uma pena desnecessária, pelo decurso de tempo. Vale transcrever sua constatação:

*“Posicionando-se a prescrição penal na conjuntura deste trabalho, sofrendo as influências de Claus Roxin e seus discípulos, guardando similitude com o sistema adotado, pode-se dizer que o fundamento primário da prescrição está inserido na Constituição Federal, orientada pelos postulados do Estado Democrático de Direito, notadamente no que se refere à dignidade da pessoa humana, inserindo-se no sistema penal como instituto de política criminal. Quando se reconhece essa base constitucional à prescrição, tem-se em consideração que o Estado garantista tutela o ius libertatis do cidadão, em desprestígio do exercício da ação penal ou da aplicação de uma pena contra aquele, denominado pela doutrina clássica como ius puniendi, em razão da ausência dos motivos ensejadores da prevenção geral positiva que acarretassem ao final na aplicação da pena. Com isso se quer dizer que, ainda que violada a norma penal, não se consubstancia por parte do Estado e da sociedade qualquer dúvida o conflito in abstracto, ou de que deve a norma ser cumprida pelos demais, até mesmo pelo convencimento da sua qualidade e propriedades, mantendo-se reforçada essa convicção e a solidariedade social. Aplicando-se a contrario sensu uma pena ao arrepio dos postulados preventivos gerais positivos, implica em dizer que essa pena é desnecessária, e, assim sendo reconhecida, a mesma atenta contra a dignidade da pessoa humana e à ordem democrática, servindo então a prescrição como instituto garantista contra o abuso do próprio Estado em manejar uma pena na situação descrita.” (MACHADO, obra citada p.189-190 ; grifos meus)*

Há, inclusive, forte entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a regra esculpida no art.366 do CPP, referente à suspensão do processo, e, também, do prazo prescricional quando de ausência do réu após citação por edital, seria inconstitucional, dado que poderia levar ao decurso de longos prazos sem a incidência da prescrição, ou, até, à imprescritibilidade. Para ilustrar, importa citar um julgado proferido pelo STJ:

**“HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. ART.366 DO CPP. LEI Nº 9.271/96. LIMITE DA SUSPENSÃO. MÁXIMO DA PENA. REGRA DO ART.109 DO CP. ORDEM CONCEDIDA.**

**A necessidade de manter a congruência com os princípios constitucionais relativos à seara penal, além de se evitar a odiosa idéia de imprescritibilidade de condutas conhecidamente incluídas no rol de menor potencial ofensivo, tem levado esta Corte a impor limites ao prazo de suspensão da prescrição, a partir**

do que determina o art.109 do Código Penal, impedindo a consecução eterna da pretensão punitiva.

*In casu*, tomando-se por base a natureza delitiva, e reiniciado o prazo após cumprida a fluência do prescricional do art.109, vê-se que a pretensão punitiva ultrapassou e muito a exigência legal.

Ordem concedida para extinguir a pretensão punitiva em face da prescrição” (HC 25734/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Armando da Fonseca, DJU de 09/12/2003).

Desse modo, é fácil inferir que o instituto de prescrição é concebido como um direito do autor do fato delituoso, que o protege de uma intervenção tardia e irracional dos órgãos estatais. Nesse sentido, há a idéia de que a inércia estatal não pode prejudicar o indivíduo. A questão que se coloca, no presente trabalho, é a de saber se é legítimo que a inércia estatal, quando injustificada, possa prejudicar a sociedade, que é, de fato, a titular dos bens jurídicos, cuja lesão ou perigo de lesão praticada pelo autor é tipificada pelas normas penais. Insta averiguar se a sociedade detém instrumentos para fiscalizar a atividade do Estado, de modo a garantir que a inércia estatal, e, logo, a ausência de resposta a um delito, a uma lesão à ordem jurídica, seja algo inevitável, e não freqüente e banalizado.

Antes de adentrar a discussão acima referida, faremos uma breve análise a respeito da opção política do legislador brasileiro quanto à prescrição.

#### ***2.4. As opções político-criminais brasileiras***

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível se identificar uma evolução no sentido de ampliação das modalidades de prescrição, o que é justificado pela introdução de todos os fundamentos elencados acima, notadamente a referente ao entendimento consolidado de que o indivíduo não pode ser prejudicado pela inércia estatal. Desse modo, poucos crimes foram considerados imprescritíveis pelo Constituinte de 1988, e o atual Código Penal prevê amplas modalidades de prescrição, de maneira razoável, com estabelecimento de prazos interruptivos e suspensivos do prazo prescricional. A tendência legislativa sofreu, no entanto, um pequeno desvio, com as recentes mudanças advindas da Lei 12.234, de 05 de maio de 2010. Vejamos um breve histórico a seguir.

A prescrição foi adotada, no Brasil, a partir do Código Criminal de 1830, com a

prescrição da ação penal. Nessa legislação, eram estabelecidos prazos maiores para os crimes inafiançáveis, e menores para os afiançáveis, além de haver de se levar em conta a presença ou não do réu para sua fixação, se fundamentando na presunção de negligência do poder público no exercício de punir. Já a prescrição da condenação passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro no Código Penal de 1890. Em relação à prescrição retroativa, essa só foi prevista no atual diploma legal em vigor, o Código Penal de 1940, sob o entendimento, conforme explicitado por Damásio de Jesus (1992, v.1, p.734) de que a sanção concretizada na sentença, sem possibilidade de ser agravada, com o trânsito em julgado para a acusação, era sanção *ab initio* justa para o fato praticado pelo agente, sendo que a pena abstrata era muito severa e injusta para regular o prazo prescricional.

O atual Código Penal vigente, de 1940, prevê duas modalidades básicas de prescrição, como mencionado anteriormente, a saber, a da pretensão punitiva, e a da pretensão executória. Em relação à prescrição da pretensão punitiva, há, ainda, três subespécies, quais sejam, a propriamente dita (regulada pela pena abstratamente cominada ao delito), a retroativa (regulada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, e com marco inicial data anterior à prolação dessa sentença) e a intercorrente (também regulada pela pena em concreto, com marco inicial a data da sentença prolatada). Tais modalidades foram aperfeiçoadas pela reforma do Código Penal, operada em 1984.

Os prazos prescricionais são estabelecidos no rol do art.109 do Código Penal, variando entre 02 (antes da reforma advinda da Lei 12.234/10, abordada a seguir) e 20 anos, independentemente de quaisquer outras condições, sendo apenas co-respectivo à pena (abstrata ou concreta). As causas interruptivas e suspensivas do prazo prescricional também estão previstas no Código Penal, em que pese também haver estabelecimento de outras causas fora desse diploma legal, como é o caso do art.366 do CPP, já comentado acima, e o do benefício referente à suspensão condicional do processo, previsto no art.89 da Lei 9.099/95.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, estabeleceu, no rol de direitos fundamentais, em seu art.5º, os crimes que são imprescritíveis, quais sejam, o racismo (inciso XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

Atualmente, com o advento da Lei 12.234, de 05 de maio de 2010, houve a revogação

da prescrição da pretensão punitiva retroativa que tenha como marco inicial data anterior ao recebimento da denúncia, isto é, não mais subsiste a prescrição da pena concretamente aplicada na sentença que tenha ocorrido entre o fato e o recebimento da denúncia, logo, na fase de investigação do fato delituoso. Ademais, tal lei aumentou o menor prazo prescricional, referente às penas inferiores a um ano, de 02 para 03 anos.

A justificativa para a propositura dessa lei, cujo projeto original era a extinção da modalidade da prescrição retroativa por inteiro, mas que apenas saiu vitoriosa no tocante a determinado período, como dito acima, foi, nos dizeres do Deputado Antônio Carlos Biscaia (retirado do website <http://www.direitointegral.com/2010/05/lei-12234-2010-prescricao-retroativa.html>):

“A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um **competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.**

É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma **infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexo exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual.**

Pior, os grandes ataques ao patrimônio público, como temos visto ultimamente, dificilmente são apurados na gestão do mandatário envolvido, mas quase sempre acabam descortinados por seus sucessores. Assim, nesse tipo de crime específico, quando apurada a ocorrência de desfalque do erário, até quatro anos já se passaram, quando, então, tem início uma intrincada investigação tendente a identificar os protagonistas do ilícito penal, o que pode consumir mais alguns anos, conforme a experiência tem demonstrado.

Outrossim, o instituto em liça é potencial causa geradora de corrupção, podendo incitar autoridades a retardar as investigações, providências, ou decisões, a fim de viabilizar a causa extintiva da punibilidade.

Por último, a pena diminuta de vários crimes, aliado ao grande número de feitos que se acumulam no Poder Judiciário - considerando-se, inclusive, a possibilidade de recursos até os Tribunais Superiores, bem como o entendimento de que as suas decisões confirmatórias da condenação não interrompem o curso do prazo prescricional, tornando tais crimes, na prática, não sujeitos a qualquer punição, o que seguramente ofende o espírito da lei penal.

Desse modo, o dispositivo de lei mencionado tem beneficiário determinado: o grande fraudador ou o criminoso de alto poder aquisitivo, capaz de manipular autoridades e normas processuais, por meio de infundáveis recursos.

Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, cômicos de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.” (grifos meus)

Durante a tramitação desse projeto de lei, houve proposta de emenda, no sentido de duplicação de todos os prazos prescricionais previstos no rol do art.109 do CP, também justificada na necessidade de se garantir a punição dos delitos, evitando a sensação de impunidade. A emenda foi rejeitada, apenas tendo sido aprovado o aumento do mínimo prazo, que, atualmente, é de 03 anos.

No tocante às justificativas apresentadas para a formulação do PL aqui apreciado, a nosso ver, o diagnóstico realizado é eminentemente correto, isto é, atualmente, há na sociedade uma sensação de impunidade, devido à lentidão da Justiça e da Polícia Judiciária, sendo que uma grande quantidade de feitos prescreve, e o autor do delito permanece incólume. Ademais, de fato, a corrupção, um dos maiores males da sociedade brasileira, também aqui aparece, sendo que qualquer indução à lentidão, ou à omissão nos atos investigatórios ou judiciais são benéficos ao autor do fato criminoso.

No entanto, em que pese o acerto realizado quanto ao diagnóstico, há um problema quanto ao raciocínio, isto é, quanto à adequabilidade da solução encontrada e efetivada pelo Poder Legislativo. A lentidão do órgãos estatais não pode ser corrigida pela exclusão de modalidades de prescrição e nem por aumentos de prazos, uma vez que tal implicará violar um dos fundamentos da prescrição, deixando que alguém se prejudique pela injustificada inércia e negligência estatal. De fato, a solução deve alcançar “raiz” do problema, de modo a garantir que a inércia estatal só ocorra quando inevitável, e quando seja absolutamente justificável, na situação concreta. Aumentar prazos, ou impedir a prescrição que incide sobre a lentidão das investigações, por exemplo, não acelerará a atividade investigatória, pelo contrário, apenas possibilitará que esta se arraste por mais tempo, dado que não há qualquer tipo de perigo de prescrição, ou qualquer imputação de sanção em relação a tal mora. Nesse sentido, é necessário criar mecanismos que possibilitem uma maior fiscalização e rigor quanto às atividades aqui mencionadas, o que será abordado a seguir, notadamente no tocante à fiscalização da sociedade, através do Conselho Nacional de Justiça.

### 3. O controle da atividade do Poder Judiciário

#### 3.1. A “divisão” de poderes

A clássica lição de Montesquieu, exposta em sua obra “*O espírito das leis*”, aponta para a necessidade de haver, em uma República, o estabelecimento de formas descentralizadas de exteriorização do poder estatal, de modo a garantir um equilíbrio desejável, em que não haja concentração de atividades estatais em um mesmo órgão, assegurando um sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos). De acordo com o referido autor, cada um desses poderes está incumbido de determinadas funções, a saber, incumbe ao Executivo estabelecer a segurança da nação, prevenindo invasões; ao Legislativo, a função de fazer leis, por certo tempo ou para sempre, e corrigir, ou ab-rogar as que já estão feitas; por fim, ao Judiciário caberia a função de punir os crimes ou de julgar as querelas dos indivíduos.

Conforme demonstra Dallari:

*“Em sua obra “De L’Esprit des Lois”, aparecida em 1748, MONTESQUIEU afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois ‘Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes.’” (DALLARI 2005:219)*

De fato, a existência dessa desconcentração teria como escopo a garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos, os livrando de arbitrariedades por parte do Estado. Nesse sentido, novamente, Dallari:

*“Qual a importância prática dessa polêmica na atualidade? Existe, na verdade, uma grande importância, pois aquela diferenciação está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será um risco de um governo ditatorial” (DALLARI 2005:217)*

O poder de julgar deve, necessariamente, estar separado dos demais poderes, para se

garantir a necessária imparcialidade e correição no julgamento. Novamente, citaremos Montesquieu:

*“Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”* (Montesquieu **apud** Min. Cezar Peluzo em 3 ADIn.367-1/DF, p.3).

Também Garcia Enterría e Tomás-Ramón Fernandes (1987), citando o *case of the prohibitions del Roy*, de 1612, explicitam que (**apud** Alexandre de Moraes 2006: 487):

*“(...) a idéia essencial da independência da Magistratura não é mais do que uma implicação natural da independência do Direito em relação ao príncipe, pois expressa que o juiz deve ser visto como um órgão próprio, não do Estado, nem da Coroa, mas sim da lex terrae, como viva vox legis, tendo em conta que para essa conclusão, lex não expressa a vontade de um governante, mas sim o direito estabelecido na comunidade e por ela mesmo aceito e vivido. Se o Juiz não pode receber ordens do Rei é porque o Rei não tem a disponibilidade sobre o direito, porque o juiz não atua segundo a vontade do Rei”.* (ENTERRÍA e FERNANDEZ 1987: 59)

Embora ciente da necessidade de desconcentração das funções referentes aos três poderes, Montesquieu não propõe uma efetiva separação entre eles, mas um sistema harmônico e equilibrado, no qual haja verdadeira moderação entre eles, no tocante às “pretensões de uma potência pelo poder das outras” (ADIn.367-1/DF ). Há vários exemplos que podem ser extraídos de nossa Legislação que demonstram a existência de mecanismos de interferência existente entre Poderes, como ocorre, por exemplo, com a prerrogativa de o Poder Executivo vetar projetos de lei, e de deixar de aplicar leis que entende serem inconstitucionais.

A grande discussão, no tocante à criação desses controles, recai sobre o Poder Judiciário. De fato, o estabelecimento de órgãos externos, isto é, do Poder Legislativo ou Executivo que o controlem é temerário, uma vez ser necessário se garantir a independência funcional do Juiz, princípio constitucionalmente estabelecido, bem como a imparcialidade dos mesmos, de modo a efetivamente prolatar decisões justas.

Essa discussão, na verdade, é realizada de duas maneiras distintas. A primeira delas diz

respeito à existência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que foi introduzido à ordem jurídica brasileira pela Emenda Constitucional 45, em 2004. Já a segunda discussão refere-se à participação da sociedade quanto à fiscalização e controle da atividade judiciária, tema que é problematizado essencialmente pelo fato de que os membros do Judiciário não foram eleitos pela sociedade. A seguir, abordaremos esses dois temas.

### **3.2. O Conselho Nacional de Justiça**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, em 2004, tendo sido alvo de várias polêmicas, inclusive a referente à constitucionalidade do instituto.

Conforme explicitado por José Afonso da Silva (2006: 567), a função do referido Conselho não é a de exercer um controle externo propriamente dito sobre o Poder Judiciário, dado que tal seria inconcebível, uma vez que “este órgão externo é que seria o Poder”. De fato, incumbe ao CNJ funções de controle administrativo, disciplinar, e de desvios de condutas da magistratura. O doutrinador cita, em sua obra, exemplos de órgãos semelhantes em diversos outros países, como é o caso do Conselho Superior da Magistratura na Itália, França, Portugal, Espanha, Turquia, Colômbia e Venezuela.

Para José Afonso da Silva, há várias vantagens na existência de tal órgão:

*“Esse tipo de órgão externo é benéfico à eficácia das funções judiciais, não só por sua colaboração na formulação de uma verdadeira política judicial, como também porque impede que os integrantes do Poder Judiciário se convertam num corpo fechado e estratificado. Sob outro aspecto, não é desprezível a idéia de que esse tipo de órgão contribua para dar legitimidade democrática aos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura não nasce da fonte primária da democracia, que é o povo.” (2006: 567)*

O CNJ é composto por nove membros do Judiciário, quatro membros das funções essenciais à Justiça (Ministério Público e Advocacia) e dois membros da sociedade escolhidos pelo Legislativo, conforme explicita o art.103-B da CF. Insta salientar que as decisões tomadas pelo CNJ são impugnáveis por ações, cuja competência para processamento e julgamento é do STF, nos termos do art.102, I, r, da CF.

A constitucionalidade do CNJ foi colocada a prova, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.367-1 DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), com a relatoria do Ministro Cezar Peluso, cuja principal fundamentação foi a inadequação da existência de membros indicados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, além dos indicados pelo Ministério Público e pelo Conselho Federal da OAB, logo, externos ao Poder Judiciário.

A referida ADIn foi julgada improcedente pelo STF. Primeiramente, a Suprema Corte não vislumbrou efetivo controle externo nas atribuições do CNJ:

“De resto- e este ponto é de fundamental importância- ao Conselho Nacional de Justiça não é atribuída competência nenhuma que permita a sua interferência na independência funcional do magistrado. Cabe a ele exclusivamente o 'controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes', nada mais do que isso. Sua presença, como órgão do Poder Judiciário, no modelo brasileiro de harmonia e equilíbrio entre os poderes, não conformará nem informará- nem mesmo afetará- o dever-poder de decidir conforme a Constituição e as leis que vincula os membros da magistratura. O controle que exercerá está adstrito ao plano 'da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes'. Embora órgão integrante do Poder Judiciário- razão pela qual desempenha autêntico controle interno- não exerce função jurisdicional.” (ADIn.367-1/DF voto do Min. Eros Grau- p.13 e 14)

Ademais, o STF alegou não encontrar qualquer razão de ordem constitucional para fundamentar a inadequação da composição do CNJ, essencialmente na questão atinente à separação dos poderes:

“A esta Corte- não havendo razão constitucional definitiva a justificá-lo (e, no caso, não há mesmo)- não é dado o poder de, interpretando-a de modo a privilegiar a particularidade dos interesses da magistratura, produzir uma Constituição escrita adversa às expectativas da sociedade e ao interesse geral. Fazendo-o, isso não apenas comprometeria a força normativa da Constituição, mas também a efetividade da atuação do Poder Judiciário, que sairia desse episódio bastante machucado.” (idem, ibidem)

Após o julgamento dessa ADIn, a constitucionalidade do CNJ restou pacificada. Dentre as funções desse Conselho, a que mais interessa, para os fins do presente trabalho, os explicitados nos incisos II e III do §4º do art.103-B da CF, quais sejam, “zelar pela

observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”; “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou então oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa”.

Desse modo, é fácil inferir que o CNJ tem como uma de suas principais funções a fiscalização da regularidade e probidade dos atos realizados pelos membros do Poder Judiciário, sendo certo que há, inclusive, uma Corregedoria Nacional de Justiça, destinada a julgar quaisquer atos que possam importar em desvio funcional, prevaricação, ou que, de qualquer modo, lesem os princípios de que trata o art. 37 da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), presidida por um Ministro-Corregedor, cujas funções serão exercidas por um Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ), há uma inteira seção destinada a descrever e normatizar o processo administrativo disciplinar contra qualquer servidor do Poder Judiciário que tenha praticado algum dos atos acima elencados.

Importa ressaltar que o CNJ dispõe de Ouvidorias, criadas pela União, disciplinadas pela Resolução nº67, de 3 de março de 2009, que criou o RICNJ, e que têm o propósito de estabelecer um canal de comunicação entre a sociedade e o CNJ, de modo a receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário.

A atuação do CNJ especificamente no tocante à inércia estatal será analisada detidamente mais à frente, no próximo capítulo.

### ***3.3. A participação da sociedade***

A participação da sociedade na atividade jurisdicional também é algo nebuloso para os doutrinadores de Direito e de Ciências Políticas. A bem da verdade, atualmente, tem-se identificado um fenômeno, denominado de “judicialização da política e das relações sociais”, fruto da evolução da democracia representativa à participativa, no qual se observa, cada vez mais, o ativismo Judiciário, que tem regulado questões que extrapolam o âmbito jurídico. Tal processo é acompanhado de uma maior participação da sociedade, e, notadamente, da sociedade civil organizada, juntamente com o Poder Judiciário, através do ajuizamento de ADIn's, da figura do *amicus curiae* nas ações objetivas que tramitam no STF, na propositura de ações civis públicas, ações populares, mandados de injunção, mandados de segurança coletivos, dentre outros.

Luiz Werneck Vianna (1999), um dos maiores estudiosos do referido fenômeno, o explica, no contexto brasileiro:

*“Foi esse o contexto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho do papel de um tertius capaz de exercer funções de **checks and balances** no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão. Daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente no mundo da opinião organizada nos partidos e no mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário vem se consolidando 'como autor político e importante parceiro no processo decisório', confirmando as hipóteses de Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares, a que ainda se agregam, no caso brasileiro, suas atribuições de examinar, por iniciativa do sindicalismo, matérias de política econômica e de justiça redistributiva.” (WERNECK VIANNA 1999: 51)*

Do mesmo modo, Fredie Didier Jr.(2010) reconhece uma nova função dada ao Judiciário:

*“Verifica-se, então, que ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa decorre da recente 'politização da Justiça', entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas públicas” (DIDIER JR. 2010:39-40)*

Essa nova função do judiciário vem, lado a lado, como dito acima, com uma maior participação da sociedade no expediente judicial, por meio da denominada “representação funcional”:

*“ A revolução procedimental teria ampliado os espaços para o exercício de uma 'soberania complexa', que consistiria na combinação de duas formas de representação: a política e a funcional, e de duas dimensões de cidadania, a política e a social; a primeira exercida pelos representantes eleitos em base nos procedimentos democráticos e a segunda, pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais legitimados pela Constituição. Assim, '(...) se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública' (p.372- Werneck Vianna). A representação funcional permitiria, pois, o acesso do cidadão à aplicação/efetivação do direito, criando um direito 'responsivo', aberto aos interesses e concepções éticas do homem comum, mas capaz de manter a integridade de seus princípios.” (MACIEL e KOERNER, Andrei 1999:.125).*

Esse aumento na participação da sociedade, que passa a ocupar e efetivamente integrar o espaço público, e, desse modo, fiscaliza, controla e age sobre os diversos âmbitos do poder público, é resultado de uma mudança na concepção de democracia, de representativa a *participativa*. Conforme Norberto Bobbio (2000) explica:

*“O que acontece hoje é que o processo de democratização, ou seja, o processo de expansão do poder ascendente, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos (...)Com uma expressão sintética, pode-se dizer que, se hoje se pode falar de processo de democratização, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente, que até agora havia ocupado quase exclusivamente o campo da sociedade política (e das pequenas, minúsculas, em geral politicamente irrelevantes associações voluntárias), para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações, da escola à fábrica (...) Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje quanto ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações do tipo hierárquico ou burocrático.” (BOBBIO 2000: 67)*

Do mesmo modo, BERCVICI (2008;90) :

*“Como salientou Sônia Draibe, ainda não se conseguiu adotar soluções eficazes e*

*legítimas para impedir ou cercear o arbítrio e a irresponsabilidade da atuação do Estado, bem como sua corporativização e privatização. Para tanto, deve ser superado o ideário de controle liberal, ou seja, não basta simplesmente alargar as instituições de controle liberais tradicionais, desprezando-se o controle político e democrático pelos cidadãos. O desafio continua sendo encontrar um modo de submeter a critérios sociais e democráticos a atuação, ou omissão, do Estado, através de um controle político. A questão do controle democrático da intervenção econômica e social do Estado continua sem solução sob a democrática Constituição de 1988 e toda sua estrutura administrativa, ainda herdada da ditadura militar". (BERCVICI, 2008; 90)*

De fato, a democracia participativa se operacionaliza através de instrumentos que garantam que a sociedade possa, sem intermédios, participar da vida pública. Alguns desses instrumentos são judiciais, como a legitimidade do cidadão na propositura da ação popular e no ajuizamento de mandados de segurança, mandados de injunção, isto é, na denúncia e reclamação de soluções contra atos ilegais ou que lesem direito, por parte do Poder Público; a legitimidade de determinadas espécies da sociedade civil organizada para propor ações civis públicas, de modo a proteger o patrimônio público, a moralidade pública, etc; a possibilidade de a sociedade ser ouvida, por meio de plebiscitos, referendos, e de ouvidorias existentes em diversos órgãos públicos.

Essa possibilidade de a sociedade, de certo modo, intervir no exercício de funções dos órgãos públicos permite que o próprio Poder Judiciário também esteja sujeito ao crivo da comunidade, ainda que tal ainda seja realizado timidamente, notadamente através de ouvidorias, e de algumas ações constitucionais. A relação desse controle, por assim dizer, com o tema desse trabalho, referente à prescrição, será abordada no capítulo seguinte.

## **4. A necessidade de fiscalização da sociedade quanto à inércia estatal**

### ***4.1 O mandado de injunção como instrumento de controle da inércia legislativa e a ação de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de controle da inércia legislativa e administrativa***

#### **4.1.1. O mandado de injunção**

O mandado de injunção é um remédio constitucional, previsto no inciso LXXI do art.5º da CF, que estabelece seu cabimento quando de ausência de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O mandado de injunção individual pode ser proposto por qualquer pessoa; já a legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo apenas foi dada aos entes previstos no art.5º, LXX, CF. Essa ação tem prosseguimento célere, uma vez que é adotado o procedimento referente ao mandado de segurança; e deve ser ajuizada com a juntada de prova documentada à peça vestibular.

O fundamento da existência desse remédio constitucional reside na necessidade de suprimento da lacuna deixada pelo Legislativo, quanto à regulamentação de determinada norma. Desse modo, em se constatando a referida ausência, e em se provando que a mesma esteja prejudicando o cidadão, inviabilizando o exercício de direitos, é possível se impetrar o mandado de injunção, requerendo ao órgão jurisdicional o preenchimento da lacuna, de modo a garantir a efetividade das garantias e direitos previstos na CF, possibilitando que a parte usufrua de tal direito. Há quem entenda que o mandado de injunção é figura transitória, uma vez que só terá cabimento enquanto persistirem omissões legislativas, isto é, lacunas quanto a normas regulamentadoras.

A figura aqui analisada é alvo de muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, notadamente no referente aos limites de atuação do Poder Judiciário no suprimento das lacunas, de modo a respeitar a independência do Poder Legislativo. Atualmente, no Brasil, tem prevalecido o entendimento de que o provimento jurisdicional prolatado em mandado de

injunção tem conteúdo misto, isto é, declaratório (da omissão legislativa), devendo o Magistrado fixar um prazo para que o Legislativo supra a omissão declarada; e constitutivo, quando, findo o prazo, mantém-se a inércia legislativa, a sentença concede o direito, formulando norma concreta, aplicando uma “saída” à situação colocada, o que, inclusive, pode resultar em provimento condenatório.

Rodrigo Mazzei (2009) explica o fundamento do mandado de injunção:

*“Entretanto, essa agressão ao conceito de função do Estado- principalmente de um Estado de Direito- quando tratamos da atividade legislativa, pode ser abrandada se assumirmos a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar um papel de assegurar a efetivação dos direitos constitucionais através de instrumentos processuais adequados. Fixe-se, desde logo, que trata-se de postura meramente residual, em que não se ocuparia definitivamente o espaço do legislador; pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia.*

*Admitir que o Poder Judiciário esteja autorizado a solucionar conflitos, integrando normas que não fixem os limites de certos direitos subjetivos, não implica uma agressão ao princípio da separação dos poderes, pois o que está em jogo é a produção de uma norma concreta (atividade jurisdicional) e não de norma abstrata (atividade legiferante).” (MAZZEI 2009:239)*

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de eficaz instrumento contra a inércia legislativa que prejudique os direitos e garantias constitucionalmente previstos.

#### **4.1.2. A ação de inconstitucionalidade por omissão**

A ação de inconstitucionalidade por omissão é uma ação objetiva constitucional, prevista no §2º do art.103 da CF, que estabelece, *in verbis*, que “*declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*”. Ela é de competência para processamento e julgamento exclusiva do STF, conforme estabelecido no art.102, I, *a*, da CF.

Assim como ocorre no mandado de injunção, a ADIn por omissão deve-se fundamentar no prejuízo quanto ao usufruto de determinado direito por omissão do Poder Público, que, na figura aqui analisada, pode tanto ser o Legislativo, quanto o Executivo. Nessa segunda hipótese, o Poder Judiciário tem, inclusive, o poder de fixar um prazo para que

o órgão administrativo aja, de modo a suprir a omissão. Uma vez que não há previsão de tal ação quanto ao Legislativo, a ADIn por omissão nesse tocante se tornou ação praticamente inútil, uma vez que o STF limita-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão, cientificando o órgão legislativo competente a respeito da omissão. Desse modo, em relação à omissão legislativa, tem-se utilizado mais frequentemente o mandado de injunção, do qual resulta prolação judicial mais eficaz quanto às pretensões do autor da ação.

Nesse sentido, Mazzei (2009) aponta que :

*“Como se pode aferir através do dispositivo, o Poder Legislativo recebe (apenas) a cientificação do seu estado de inércia, com pouca alteração no mundo concreto, uma vez que não está sujeito a prazos. Diferentemente, se a Administração Pública não adotar as providências necessárias reclamadas pelo Judiciário, poderá ser responsabilizada, havendo quem afirme que poderá ocorrer responsabilidade penal, sob pena de caracterização de crime de desobediência ou de prevaricação (arts. 330 e 319 do CP, respectivamente)”*  
(MAZZEI 2009:236)

Desse modo, também em relação à omissão administrativa, é possível se ajuizar ação de modo a supri-la.

Insta observar que tanto a inércia legislativa quanto a administrativas são solucionadas mediante dissídio judicial, cabendo ao Poder Judiciário reconhecer e declarar a omissão de tais poderes, e tomar providências, sejam elas no sentido de prolação de norma concreta, sejam elas no sentido de fixação de prazos peremptórios para o preenchimento da lacuna. A omissão judicial, no entanto, não pode ser suprida por nenhum dos instrumentos aqui analisados, e, de fato, nem o poderiam de maneira adequada, uma vez que o próprio Poder Judiciário estaria suprimindo a omissão jurisdicional, o que poderia implicar lesão à imparcialidade, e, até, ao princípio do juiz natural, na eventualidade de substituição de Magistrados no julgamento de determinadas ações.

De fato, há a previsão de mandado de segurança contra ato judicial, isto é, quando é o próprio Poder Judiciário que constitui a autoridade coatora, que pratica o ato ilegal contra o qual se insurge em sede desse remédio constitucional. No entanto, o cabimento dessa ação não abrange as hipóteses de inércia judicial, mas, tão-somente, de decisões judiciais absurdas, senão vejamos, em texto de Eduardo Sodré (2009):

*“Finalmente, não é qualquer decisão judicial que pode ser atacada pela via mandamental; exige-se que ela seja teratológica. Com efeito, é a própria Constituição Federal que qualifica como necessariamente ilegais ou abusivos de poder os atos administrativos passíveis de controle pelo writ (art.5º, LXIX, CF). Desta forma, a ação mandamental não se presta para discussão da melhor interpretação do direito ou da mais adequada limitação da situação fática, circunstâncias que, no mais das vezes, fazem parte da discricionariedade existente em toda decisão judicial. Exige-se, para conhecimento do mandado de segurança, a ilegalidade manifesta, o absurdo, (...)” (SODRÉ 2009:129)*

Os instrumentos hábeis a suprir a omissão judicial serão analisados no tópico a seguir.

## **4.2. Os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro quanto à inércia jurisdicional**

### **4.2.1. O problema**

Na doutrina processualística, é de praxe efetuar uma classificação entre os prazos. Uma das classificações, que os denomina de “próprios” ou “impróprios”, se baseia na existência de sanção endoprocessual quando de seu descumprimento ou não. Os prazos impróprios são aqueles cujo descumprimento não acarreta nenhuma sanção endoprocessual, e são aqueles fixados para o Estado-juiz. J.E. Carreira Alvim assim os conceitua: *“impróprio é o prazo assinalado ao juiz e aos auxiliares da justiça, cujo descumprimento pode gerar apenas medidas de ordem disciplinar. É também chamado prazo programático”*. (2007; 58)

Alguns entendem que o grande vilão à celeridade dos processos judiciais, e, portanto, um óbice à garantia constitucional estabelecida no art.5º, LLXVIII, CF, é exatamente a impropriedade dos prazos judiciais. De fato, a natureza meramente disciplinar da sanção pelo descumprimento de prazos, estabelecida nos arts. 133 e 144 do CPC, e, até, a previsão incluída pela EC 45/04, do art. 93, II, “e”, CF, que estabelece a não-promoção ao Magistrado que injustificadamente reter autos em seu poder, extrapolando o prazo legal, não parece ser suficiente.

É latente a necessidade de uma real responsabilização do Estado quando de sua negligência e inércia injustificadas. Nesse sentido:

*“Assim, o Estado tem o dever de manter uma justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de policia, de limpeza, de saúde, de transporte, de educação etc. E se não o fizer no prazo legal, ou pelo menos num prazo razoável, conforme as circunstâncias de cada situação, deve ser responsabilizado pela deficiência, pois a efetividade desse serviço público deve configurar a contrapartida ao pagamento de tributos, e também às taxas judiciárias cobradas, em regra, para o acesso a tal serviço”.* (Francisco Araújo Fernandes- citado na obra PATTO, Belmiro Jorge; 2005 Aspectos da Dimensão Temporal do Processo Civil nas Alterações Advindas da EC n. 45, de 8 de Dezembro de 2004).

Noutro giro, no caso tratado no presente estudo, isto é, na hipótese da prescrição penal, há, de fato, uma sanção quando da inércia estatal, qual seja, a perda do direito de o Estado punir o autor do fato delituoso, sanção esta que repercute no bojo do processo. Não se trata de descumprimento de prazo propriamente dito, mas, efetivamente, o processo se prolonga por um lapso temporal superior daquele estabelecido pelo legislador como, digamos, razoável.

No entanto, parece-nos que quem suporta essa sanção não é propriamente o Estado, “autor” da inércia, mas a sociedade, no interior da qual está a vítima, que fica sem qualquer resposta oficial ao delito. A sociedade é deixada sem a “restauração” da ordem jurídica, sem a aplicação de uma pena, sem o cumprimento de quaisquer de suas funções.

O Estado e a sociedade não se confundem. O Estado é pessoa jurídica, formado pela vontade social de estabelecimento de um pacto, é denominado de uma “sociedade política”. A sociedade constitui o Estado, que serve para “protegê-la”, ou “regulá-la”, de modo a garantir a disciplina e a paz. Alguns encaram o Estado simplesmente como uma ordem normativa; outros entendem sê-lo uma organização da sociedade, visando ao bem comum:

*“A defesa contra o inimigo comum, a prestação de serviços indispensáveis à convivência de todos (estradas, portos, etc.), a manutenção da ordem, tudo isso não podia ficar relegado ao plano do indivíduo ou de suas múltiplas sociedades de fins específicos. Cumpria que alguém provesse acerca deles. Daí o surgimento dos governantes, que eram pessoas que em razão da força ou da destreza pessoal, ou em virtude de faculdades mágicas, ou de um invocado relacionamento especial com Deus, se alçavam em detentores de um poder que sobrepairava a todos e cujos fins iam-se amoldando às necessidades da época. Era a política que surgia com uma dimensão inestirpável ao próprio homem. Sociedade política é, destarte, aquela que tem em mira a realização dos fins daquelas organizações mais amplas que o*

*homem teve em necessidade de criar para enfrentar o desafio da natureza e das outras sociedades rivais” (BASTOS 1992: 339)*

Essa distinção entre Estado e sociedade é facilmente perceptível no Processo Penal, no qual há uma nítida separação entre a atuação estatal e aquela representativa da sociedade. Nesse diapasão, o Estado atua mediante o Magistrado, isto é, o órgão jurisdicional, e a sociedade atua mediante o Ministério Público, órgão acusatório. O papel do Ministério Público é exatamente representar a sociedade, cujos valores foram violados pela prática do fato delituoso, buscando a efetivação do poder punitivo do estado. Obviamente, a atuação do Ministério Público é guiada pela racionalidade, só havendo referida busca quando o órgão entender necessário e adequado, até porque ao *Parquet* também incumbe a função de fiscalização da lei (*custos legis*).

Celso Bastos (1992) sumariza as funções do Ministério Público:

*“O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que esta remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que vele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico” (BASTOS 1992: 339).*

Identificada essa distinção, não nos parece razoável que a sociedade suporte a sanção referente à inércia estatal, se a mesma não detiver instrumentos para fiscalizar essa inércia, para, como dito acima, que esta apenas se opere em situações excepcionais e escusáveis. Ademais, a freqüente e banalizada ocorrência da prescrição contribui eficazmente para o sentimento de impunidade dos autores dos fatos delituosos, e, concomitantemente, com o descrédito da sociedade em relação à eficiência e eficácia do Poder Judiciário.

Os instrumentos à disposição do corpo social no ordenamento jurídico brasileiro serão analisados no próximo tópico.

#### 4.2.2. Mecanismos existentes

No Brasil, não há muitos mecanismos aptos a fiscalizar e/ou denunciar a inércia estatal, mormente pelo fato de que o tema referente ao controle social sobre o Judiciário não é pacífico. Não há qualquer previsão de tal controle nos remédios constitucionais, conforme demonstrado acima.

Como mencionado, quando o órgão jurisdicional exceder um prazo processual, algumas sanções disciplinares podem ser a ele imputadas. Antes da EC 45/04, tal era exercido pelas Corregedorias de Justiça. Com a criação do CNJ, e, mais atualmente, com a formulação da Regimento Interno do CNJ (RICNJ), que foi criado pela resolução nº67, de 3 de março de 2009, houve a previsão de um mecanismo que visa a operacionalizar a referida sanção. Trata-se da “representação por excesso de prazo”, estabelecida no art.78 da RICNJ, que é direcionada ao Corregedor Nacional de Justiça. Vale transcrever esse artigo:

##### **Seção VI**

##### **Da Representação por Excesso de Prazo**

**Art. 78.** A representação contra magistrado, por excesso injustificado de prazo, para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa, poderá ser formulada por qualquer pessoa com interesse legítimo, pelo Ministério Público, pelos Presidentes de Tribunais ou, de ofício, pelos Conselheiros.

§ 1º A representação será instruída com os documentos necessários à sua demonstração e será dirigida ao Corregedor Nacional de Justiça.

§ 2º Não sendo o caso de indeferimento sumário da representação, o Corregedor Nacional de Justiça enviará, mediante ofício, a segunda via acompanhada de cópia da documentação ao representado, a fim de que este, no prazo de quinze (15) dias, apresente a sua defesa, com indicação, desde logo, das provas que pretende produzir.

§ 3º Decorrido o prazo de defesa, o Corregedor Nacional de Justiça proporá ao Plenário, conforme o caso, o arquivamento da representação ou a instauração de processo disciplinar.

§ 4º As disposições deste artigo são aplicáveis, no que couber, ao pedido de representação por excesso de prazo apresentado contra servidor do Poder Judiciário ou de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro.

§ 5º Independentemente da configuração de infração disciplinar, se verificada pela prova dos autos a existência de grave atraso ou de grande acúmulo de processos, o Corregedor Nacional de Justiça submeterá o caso ao Plenário, com proposta de adoção de providência.

§ 6º1 Verificada a generalizada ocorrência de atraso ou acúmulo de processos envolvendo dois ou mais magistrados, de primeiro ou segundo grau, do mesmo órgão judiciário, a Corregedoria Nacional de Justiça poderá instaurar procedimento especial para apuração concertada.

(Redação dada pela Emenda Regimental n. 01/10)

Desse modo, é possibilitado ao Ministério Público, aos Conselheiros, aos Presidentes de Tribunais, e, ressalte-se, a qualquer pessoa com interesse legítimo, representar contra algum integrante do Poder Judiciário quando da ocorrência de excesso de prazo.

No website do CNJ ([www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_corregedoria/oficios\\_circulares/cartilha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/oficios_circulares/cartilha.pdf)), há uma cartilha, em que é explicado ao peticionante os requisitos da petição que inaugura a representação. Inicialmente, estabelece-se que a representação apenas é cabível quando houver demonstração de ter havido *“desídia, por parte do requerido, no curso dos processos judiciais ainda em andamento, comprometendo a razoável duração do processo”*. Tal desídia pode, inclusive, configurar falta disciplinar, se provada culpa, em sentido estrito, por descumprimento do art.35, II, (**“São deveres do Magistrado: II- não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar”**) da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional- LOMAN).

A representação também deve demonstrar, além da desídia do Magistrado, que a morosidade é injustificada: *“Deverá, ainda, ficar demonstrada a falta de justificativa plausível para a paralização ou excessiva demora na tramitação do processo, não sendo admitida a representação por simples descumprimento dos prazos processuais impostos pela legislação processual civil, penal ou administrativa.”* É recomendado, pelo teor da cartilha, que, antes de efetuar a representação junto ao CNJ, o interessado tenha peticionado ao juízo, ou tribunal, *“no sentido de buscar a eficiente prestação jurisdicional em prazo razoável”*.

No tocante às conseqüências, a cartilha prevê:

*“Procedente o pedido, vários são os tipos de decisão possíveis, visando, sempre, a solução do problema relacionado ao excesso injustificado de prazo na tramitação processual. Exemplificativamente, poderá ser fixado prazo para cumprimento de determinado ato processual pelo requerido, poderá ser determinado ao tribunal ou juízo providências no sentido de maximizar o andamento dos feitos, poderá, ainda, ser designado outro magistrado para atuar no processo, afastado o requerido. Dependendo da gravidade do caso, a Corregedoria poderá propor a abertura de procedimento disciplinar contra o requerido, para apuração do desvio de conduta, da falta funcional ou infração disciplinar, o que será deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça.”*  
(p.6)

Desse modo, identifica-se que o procedimento estabelecido pelo RICNJ é eficaz, abarcando a necessidade de real fiscalização e controle da atividade jurisdicional, de modo a assegurar a garantia da duração razoável do processo.

Insta saber se tal representação pode ser aplicável em hipóteses de prescrição, isto é, se é possível se afirmar que umas das finalidades da referida representação seria a de evitar a ocorrência da prescrição nos processos penais. Importa realizar breve análise acerca dos prazos no processo penal.

#### **4.2.3. Os prazos no Processo Penal**

No processo penal, fala-se muito em prazo quando o réu encontra-se preso. Nessa hipótese, encontra-se, na doutrina, o prazo comum de 81 (oitenta e um dias) para o final da instrução criminal, importado daquele o previsto na lei ordinária 9.303/96, referente aos crimes organizados. O excesso de prazo, nesse caso, leva ao relaxamento de prisão do réu, que será colocado em liberdade. No entanto, a prescrição atinge, quase que unicamente, os processos criminais em que o réu não se encontra preso, e, que, portanto, não têm prioridade quanto ao andamento processual.

Em relação à atuação do Ministério Público, a este é conferido determinado prazo para, recebido o inquérito policial ou as peças de informações conclusas, oferecer eventual denúncia, ou optar pelo arquivamento, ou, ainda, requerer diligências. O prazo comum é de 05 (cinco) dias para réu preso, e 15 (quinze), para soltos, havendo algumas disposições diversas em leis especiais. O não-cumprimento desse prazo possibilita o oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública pelo ofendido (art. 5º, LIX, CF e art. 100,§3º, do CP), desde que comprovada a desídia do órgão ministerial.

No tocante à fase investigativa, o Delegado de Polícia dispõe de 10 (dez) dias para conclusão de inquérito policial quando de réu preso, e 30 (trinta) para os soltos. Tal prazo é triplicado na hipótese de tóxicos (Lei 11.343/06), cabendo, ainda, pedido de duplicação pelo

Ministério Público. Ocorre que determinadas infrações demandam prova muito minuciosa, que, por vezes, não pode ser concluída em tal prazo. Para tais hipóteses, a lei processual (art. 10, §3º, CPP) prevê a hipótese de o Delegado requerer dilação de prazo ao Juízo, o que pode ser concedido, ouvido o Ministério Público. Logo, em tese, o cumprimento de prazos na fase investigativa é devidamente fiscalizado por dois órgãos públicos, a saber, o Ministério Público e o Magistrado.

Desse modo, uma vez que apenas ações jurisdicionais podem ser objeto de representação junto ao CNJ, há certa lacuna quanto ao controle dos demais atos no processo penal, que não são praticados pelo órgão judicial. No entanto, o controle da Polícia Judiciária pelo *Parquet* e pelo Magistrado, e, ainda, a existência de sanções disciplinares imputáveis aos membros do Ministério Público, no âmbito do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), teoricamente, deveriam preencher essa lacuna. Ademais, a possibilidade de o ofendido intentar ação privada subsidiária da pública quando da inércia do *Parquet* demonstra real controle social sobre a ação deste órgão, o que é absolutamente correto e louvável, já que o Ministério Público deve atuar visando aos interesses sociais. Necessário se faz, logo, que também haja fiscalização social sobre a ação do órgão jurisdicional.

O real problema reside na ausência de previsão peremptória de prazos no processo penal, excetuando-se as hipóteses referentes a réus presos. Ainda assim, seria possível a representação ao CNJ? O perigo de ocorrência da prescrição, por si só, pode justificar essa representação? A vítima seria parte legítima para apresentar essa representação?

#### **4.2.4. O controle da prescrição pelos Juízes**

O CNJ, ciente das proporções referentes à problematização da prescrição penal, editou, em 06 de abril de 2010, a resolução nº 112, que tem como objetivo instituir “*mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal*”.

Importa transcrever as considerações iniciais da referida resolução:

**“CONSIDERANDO o que se tem constatado acerca da ocorrência do fenômeno da prescrição, como causa de extinção da punibilidade, em várias fases da persecução penal, frustrando a pretensão punitiva do Estado;**

**CONSIDERANDO que o fenômeno da prescrição, em todas as suas formas, concorre para o sentimento de impunidade como consequência da lentidão da prestação jurisdicional;**

**CONSIDERANDO a necessidade de se garantir aos magistrados mecanismos que possibilitem o controle e acompanhamento temporal do curso da prescrição,”**

Desse modo, definitivamente é um alívio saber que o CNJ está publicamente ciente do problema gerado pela ocorrência absurdamente freqüente da prescrição nos processos criminais, e que é necessário efetivamente criar mecanismos que controlem o fenômeno.

A resolução estabelece a obrigação de que os Magistrados façam constar dos autos, ou de sistema informatizado, o registro das informações necessárias para o cálculo da prescrição, tais como as datas das causas interruptivas e suspensivas do prazo prescricional, a quantidade de pena, etc. Ademais, prevê, no art.3º, que o sistema informatizado contenha “*dados estatísticos sobre a ocorrência do fenômeno da prescrição, que ficarão disponíveis no sítio dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça na rede mundial de computadores*”. Ademais, estabelece a possibilidade de emissão de regulamentos suplementares, para as especificidades locais.

De fato, a resolução representa notável avanço na problematização aqui apresentada. O controle, pelo CNJ e pelos tribunais, das estatísticas de prescrição em determinado Juízo, contribui para uma tomada de conduta mais cautelosa por parte dos Magistrados, já que tal será fiscalizada por órgãos superiores. Além disso, a inclusão desses dados nos autos do processo, e no sistema informatizado, contribui para a publicização desses dados, de modo a garantir um melhor controle por parte dos interessados. Ademais, o fato de o cálculo ser realizado pelo sistema informatizado auxilia a possibilidade de controle por parte de interessados leigos, que não dispõem de conhecimento técnico para tanto. Assim, esses dados podem ser úteis para subsidiar eventual representação junto ao CNJ.

## 5. Considerações finais

A necessidade de controle sobre a prescrição, demonstrada no presente trabalho, deve ser encarada com a devida cautela. Não se quer negar a natureza de direito fundamental da prescrição, isto é, o direito de o autor do fato delituoso detém, de não ficar, para sempre, à mercê do Estado quanto ao exercício de seu poder punitivo. Tampouco se quer alegar a necessidade de extinção de modalidade (s) da prescrição, ou de aumento dos prazos prescricionais. Pelo contrário, uma vez operada a prescrição, esta deve ser reconhecida plenamente, o que é uma conseqüência lógica de um Estado democrático de Direito. O que se intenta com a presente discussão, também visando à plenitude do Estado democrático de Direito, é garantir que a prescrição apenas se opere quando a máquina estatal não puder, de fato, apurar e punir o delito a tempo, quando tal for inevitável. Ela deve ocorrer **apesar** da tomada de condutas diligentes dos órgãos públicos.

Os instrumentos existentes para controle da prescrição, mencionados no presente estudo, podem revelar-se eficazes, mas tal não é uma tarefa fácil. De fato, o grande obstáculo identificável nesse aspecto reside na cultura que hoje foi formada, que concebe a morosidade judicial, e, conseqüentemente, a ocorrência da prescrição como algo comum, mundano. O “normal”, o esperado, atualmente, é que a Justiça seja demorada, que os feitos mais complexos, com réus soltos, prescrevam, e que a sociedade seja deixada sem resposta em relação à ocorrência de uma série de delitos, muitos dos quais, bem graves. Nesse sentido, a resolução nº 69 do CNJ pode apresentar uma saída, uma vez que traz à atenção dos Magistrados, dos serventuários e dos interessados no processo, quando operar-se-á a prescrição, isto é, traz o controle da prescrição para o dia-a-dia do expediente forense.

O segundo grande obstáculo reside em determinar a quem interessa, e quem pode, efetivamente, realizar esse controle. A figura do assistente da acusação, que muitas das vezes é ocupada pela vítima, ou por familiares da vítima, não é extremamente freqüente nos feitos do dia-a-dia. Quando não constitui assistente da acusação, a vítima, normalmente, não se “aproxima” do processo, apenas comparecendo à colheita de depoimentos, na audiência de instrução e julgamento. De todo modo, é importante que a sociedade tenha, à sua disposição, elementos para denunciar a morosidade injustificada do Judiciário, por meio de representações do CNJ, e através do controle realizado pelo sistema informatizado. No

entanto, na prática, a participação social nas ações criminais é ínfima, o que implica ser necessário, pelo menos até que esta aumente, na evolução da democracia, na mudança de cultura política, deixar a cargo do Ministério Público, como fiscal da lei, e no exercício de suas funções “indispensáveis à Justiça”, fiscalizar a ocorrência da prescrição, valendo-se, novamente, da representação junto ao CNJ, uma vez que é legitimado para tanto.

A conclusão acerca do segundo obstáculo leva-nos a um terceiro. A corrupção e a troca de favores políticos que são latentes na sociedade brasileira atual acabam prejudicando a esperança depositada no *Parquet* quanto à denúncia da morosidade do Poder Judiciário. Transpor essa “pedra no caminho” demanda mais do que formulação de instrumentos que controlem o Poder Judiciário, mas toda uma reforma política e na consciência social do Brasil.

Desse modo, há instrumentos, ainda que recentes e pouco utilizados, que possibilitem uma real fiscalização quanto à ocorrência da prescrição. Insta colocá-los na prática, torná-los cotidianos, simples e de uso freqüente.

## 6. Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 1992. São Paulo: Saraiva, 14ª edição.

BERCVICI, Gilberto- “*O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece*”: *a persistência da estrutura administrativa de 1967*”- em “*O que resta da ditadura*”, 2008. organizado por Edson Teles e Vladmiri Safatle. Boitempo editoria, coleção “Estado de Sítio”)

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. 2007. São Paulo: Saraiva. 11ª edição.

BOBBIO, Norberto *O futuro da democracia* 2000 RJ: Paz e Terra. 10ª edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

DALLARI, Dalmo de Abreu- *Elementos da Teoria Geral do Estado* 2005. SP: Editora Saraiva 25ª edição.

ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 1987. Madri: Civitas, **apud** Alexandre de Moraes 2006: 487

FERNANDES, Francisco Araújo- citado na obra PATTO, Belmiro Jorge; *Aspectos da Dimensão Temporal do Processo Civil nas Alterações Advindas da EC n. 45, de 8 de Dezembro de 2004*. In: Reforma do Judiciário. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. FISCHER, Octávio Campos. FERREIRA, William Santos (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio de. *Prescrição Penal*. 2010. São Paulo: Saraiva. 19ª edição.

JR, Fredie Didier; JR., Hermes Zaneti *Curso de Direito Processual Civil- Processo Coletivo*- 2010-RJ: Podiym- vol.4, 5ª edição.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei *Sentidos da judicialização da política: duas*

*análises* .2002. RJ: Revista Lua Nova, n.57, p.113-133.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MAZZEI, Rodrigo- *Mandado de injunção- em Ações Constitucionais* 2010. RJ: Podivm. - organização: *Fredie Didier Jr.* 4ª edição.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 2006. São Paulo: Atlas. 19ª edição

NUCCI, Guilherme de Souza- *Código de Processo Penal Comentado*2009 SP: Editora Revista dos Tribunais- 9ª edição.

SODRÉ, Eduardo- *Mandado de segurança em Ações Constitucionais- a organização: Fredie Didier Jr.-* 2010- 4ª edição- Editora Podivm.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann- *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* . 1999 . RJ: Editora Renavan.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro- Segundo volume: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2010. Rio de Janeiro: Renavan.

## **ANEXO- RESOLUÇÃO Nº 112 DO CNJ**

RESOLUÇÃO Nº 112, DE 6 DE ABRIL DE 2010.

Institui mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição da República, especialmente o disposto no inciso I, §4º, art. 103-B;

CONSIDERANDO o que se tem constatado acerca da ocorrência do fenômeno da prescrição, como causa de extinção da punibilidade, em várias fases da persecução penal, frustrando a pretensão punitiva do Estado;

CONSIDERANDO que o fenômeno da prescrição, em todas as suas formas, concorre para o sentimento de impunidade como conseqüência da lentidão da prestação jurisdicional;

CONSIDERANDO a necessidade de se garantir aos magistrados mecanismos que possibilitem o controle e acompanhamento temporal do curso da prescrição,

RESOLVE:

Art. 1º Esta resolução institui o controle dos prazos da prescrição nos processos penais em curso nos tribunais e juízos dotados de competência criminal.

Art. 2º Na primeira oportunidade em que receberem os autos de processos criminais, os tribunais e juízos dotados de competência criminal farão constar dos autos ou de sistema informatizado, o registro das seguintes informações para o controle do prazo de prescrição:

I - a data do fato;

II - a classificação penal dos fatos contida na denúncia;

III - a pena privativa de liberdade cominada ao crime;

IV - a idade do acusado;

V - a pena aplicada para cada crime, em cada grau de jurisdição, se for o caso;

VI - as datas de ocorrência das causas de interrupção da prescrição previstas no artigo 117 do Código Penal;

VII - as datas de prescrição para cada delito, considerando-se a pena cominada ou a pena aplicada, observado o disposto no artigo 115 do Código Penal.

Art. 3º O sistema informatizado deverá conter dados estatísticos sobre a ocorrência do fenômeno da prescrição, que ficarão disponíveis no sítio dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça na rede mundial de computadores.

Art. 4º Os tribunais poderão expedir regulamentos suplementares para controle dos prazos de prescrição e levantamento dos dados estatísticos, tendo em vista as peculiaridades locais.

Art. 5º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro GILMAR MENDES  
Presidente

