

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

**ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E OS
BENEFÍCIOS QUE ENSEJAM A SUA APLICAÇÃO**

RONALDO NEVES ESTEVES NETTO

SÃO MATEUS

2018

RONALDO NEVES ESTEVES NETTO

**ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E OS
BENEFÍCIOS QUE ENSEJAM A SUA APLICAÇÃO**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Vinícius Ribeiro Cazelli.

SÃO MATEUS

RONALDO NEVES ESTEVES NETTO

**ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E OS
BENEFÍCIOS QUE ENSEJAM A SUA APLICAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em de de

BANCA EXAMINADORA

**PROF. VINICIUS RIBEIRO CAZELLI
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Agradeço primeiramente a Deus, aos meus pais, amigos, colegas e professores, bem como a todos que me apoiaram e acreditaram em mim e na minha capacidade em conquistar esse objetivo de suma importância.

Dedico esta monografia aos meus queridos Pais, que sabiamente me ensinaram e fomentaram esta valorosa conquista. Sou imensamente grato a vocês.

“Se conhecemos o inimigo e a nós mesmos, não precisamos temer o resultado de uma centena de combates. Se nos conhecemos, mas não ao inimigo, para cada vitória sofreremos uma derrota. Se não nos conhecemos nem ao inimigo, sucumbiremos em todas as batalhas.”

Sun Tzu

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 REFERENCIAL TEÓRICO	
2.1 DIREITO DE PUNIR E OS FUNDAMENTOS DA PENA.....	09
2.1.1 PROPÓSITO DA PUNIÇÃO.....	12
2.1.2 O CARÁTER PREVENTIVO DA PUNIÇÃO.....	13
2.1.3 O CARÁTER RETRIBUTIVO DA PUNIÇÃO.....	14
2.1.4 O CARÁTER ECLÉTICO DA PUNIÇÃO.....	16
2.1.5 ESPÉCIES DE PENAS NO DIREITO PENAL PÁTRIO.....	17
2.1.6 CAUSAS DE EXTINÇÃO DO DIREITO DE PUNIR.....	18
2.2 AÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA PUNIÇÃO.....	22
2.2.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	24
2.2.2 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.....	25
2.2.3 LEGITIMIDADE DA PARTE.....	26
2.2.4 INTERESSE DE AGIR.....	27
2.2.5 JUSTA CAUSA.....	28
2.3 PRESCRIÇÃO PENAL.....	29
2.3.1 DEFINIÇÃO, EFEITOS JURÍDICOS E TEORIAS SOBRE O INSTITUTO.....	29
2.3.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.....	32
2.3.3 ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL.....	34
2.3.4 APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL.....	36
2.3.5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.....	39
2.4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA.....	41
2.4.1 ESBOÇO.....	41

2.4.2 SÚMULA Nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	45
2.4.3 MUNDANÇAS ELENCADAS PELA LEI Nº 12.234/10.....	45
2.4.4 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À SUA APLICAÇÃO.....	47
2.4.5 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS À SUA APLICAÇÃO.....	49
3 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

O estado tem o direito de punir o indivíduo sempre que este transgrida uma norma penal, cometendo, assim, um delito. Entretanto, tal direito não pode ser exercido sem limites. Um dos limites é o decurso do tempo. Neste contexto é que exsurge o instituto da prescrição.

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado, em razão do não exercício em determinado lapso de tempo, o que configura a falta de interesse do Estado na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincidiu.

O objetivo precípua do presente trabalho consiste em abordar uma das espécies de prescrição, que é a prescrição da pretensão punitiva virtual, ou também chamada de antecipada, bem como seus aspectos mais relevantes e os benefícios da sua aplicação, como forma de: economia processual, desafogar os órgãos jurisdicionais, evitar ações penais temerárias, e, ainda, evitar o atingimento indevido do *status dignitatis* dos acusados.

A prescrição da pretensão punitiva virtual é uma das vertentes da prescrição da pretensão punitiva, sendo que, apesar de não ter expressa previsão legal no Código Penal, vinha sendo sabiamente aplicada pela primeira instância dos órgãos jurisdicionais brasileiros, com o respaldo de ampla construção doutrinária pela sua admissão.

Em apertada síntese, podemos conceituar a prescrição virtual como a uma forma de extinção da punibilidade (perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo), ocorrida em razão da falta de interesse em agir no processo penal, constatada antecipadamente, considerando-se, para tanto, a pena a ser virtualmente aplicada ao denunciado, ou seja, a pena que seria teoricamente aplicável ao réu.

Diante das considerações em epígrafe, e com base no entendimento doutrinário majoritário e jurisprudencial hodierno, pontuaremos nesta pesquisa os aspectos favoráveis e benéficos do instituto, mas sem olvidar dos que são contrários à aplicação do instituto, mormente considerando as mudanças elencadas pela Lei nº 12.234/2010 e pela Súmula nº 438 do Superior Tribunal de

Justiça – STJ, que atualmente impedem a aplicação desta modalidade de prescrição.

Para tanto, foram efetivamente abordados neste trabalho desde o lapso histórico do direito de punir do Estado e as finalidades das penas, passando-se pelas hipóteses da perda deste direito, bem como pelo instrumento, a forma, de aplicação desse direito, que é a ação penal. Por fim, será devidamente abordada a prescrição virtual.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DIREITO DE PUNIR E OS FUNDAMENTOS DA PENA

Antes do surgimento do Estado, os conflitos sociais eram resolvidos pela própria sociedade e a pena aplicada aos infratores, o que ocorria pelas mãos do próprio ofendido, e ao seu dispor, revestia-se puramente de vingança, por vezes uma ofensa maior àquela sofrida, não atendendo aos princípios de justiça (MIRABETE, 2005).

Assim, o que se tinha naquela época era a chamada vingança privada, por meio da qual as oposições e resistências eram resolvidas pelos próprios envolvidos.

Nesse diapasão, preceitua Ada Pellegrini Grinover:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia o órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais abstratas e impostas pelo estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão (GRINOVER, 2001, p. 21).

Desta forma, naquele passado, geralmente prevalecia a lei do mais forte, não sendo esta a solução ideal para os conflitos. Assim, o Estado tomou para si o encargo de solucionar os litígios, visto que seria necessária a presença de um ente forte o bastante, que possuísse a capacidade de impor a sociedade suas decisões.

Nesse contexto, o Estado passou a ter um poder atribuído pela sociedade, cabendo-lhe o poder-dever de promover o bem da coletividade, tendo sua atuação regrada pelo Direito, que lhe impõe restrições e lhe concede poderes, dentre os quais o de punir o infrator que lesar um bem jurídico social.

A lesão a bens jurídicos, que assim são denominados, em razão dos danos que atentam contra direitos da sociedade, seja contra a vida ou a fé pública, ou até mesmo contra a própria sociedade, bem como seja a integridade física ou o patrimônio. Tais lesões impõem ao Estado, como possuidor do *jus puniendi*, a

obrigação de agir contra quem agrediu aquele bem, com o intuito de evitar que o particular se valha da sua força em desfavor do criminoso. Desta forma, o Estado utiliza-se de sua força de tal forma que não mais seja violada aquela norma, impondo uma pena correspondente à violação cometida.

O direito de punir, em latim *jus puniendi*, possui duas figuras: o *jus puniendi in abstracto* e o *jus puniendi in concreto*.

O *jus puniendi in abstracto* acontece quando o Estado, através do poder legislativo, elabora as leis penais, cuja natureza refere-se a uma conduta proibida de ser realizada pelo cidadão, estabelecendo, por fim, uma pena correspondente ao descumprimento do tipo penal criado.

Em seguida, praticada a conduta proibida pela lei, evoca-se o *jus puniendi in concreto*, porque, neste caso, compete ao Estado impor a punição abstratamente cominada ao delito, com o intuito de sancionar o transgressor do tipo penal. Em outros termos, o direito de punir concreto surge com a prática do delito, momento em que desaparece o direito de punir em abstracto.

Esmiuçando, até a ocorrência de um crime, o Estado possui o *jus puniendi in abstracto*, de forma que, a norma penal, acompanhada pela sanção correspondente, aja de forma coercitiva sobre as pessoas. Praticado um fato típico e antijurídico, aquela pretensão do Estado que se direcionava a eventualidade de um crime, irá direcionar na aplicação da pena ao criminoso, em resposta à sociedade, a qual ofendida pela ocorrência do delito.

CAPEZ ensina que o poder de punir abstracto é genérico e impessoal, haja vista que é dirigido a todos e não a uma só pessoa em específico, pois não visa a punição de determinada pessoa, mas sim daquele – qualquer pessoa, que eventualmente transgredir a norma penal (CAPEZ, 2011).

De outra banda, é com base no *jus puniendi in concreto*, que o Estado dirige seu poder punitivo a uma pessoa específica e determinada, de onde erige-se o litígio penal, tendo o Estado como objetivo punir o autor do delito, e este o fim de reputar a acusação contra si desferida (CAPEZ, 2011).

Destarte, podemos conceituar que são seis os fundamentos para a existência da pena, os quais são: a) denúncia: fazendo com que a sociedade desaprove a prática do crime; b) dissuasão: desaconselhando as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva; c) incapacitação: protegendo a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação; d) reabilitação: reeducando o

ofensor da lei penal; e) reparação: trazendo alguma recompensa à vítima; f) retribuição: dando ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido. (NUCCI, 2017).

2.1.1 PROPÓSITO DA PUNIÇÃO

Como visto alhures, a prática de uma infração penal propicia ao Estado o poder-dever de punir o infrator daquela, ou seja, de aplicar a pena cominada ao crime transgredido. A isto se denomina punibilidade, que não é elemento do delito, mas sim sua consequência jurídica, ou *a possibilidade jurídica de impor a sanção*

A reação do Estado para com o delito praticado, pode ser a aplicação desde a aplicação das penas restritiva de direitos e/ou de multa, ou ainda a pena privativa de liberdade.

Assim, O objeto deste estudo é particularmente na pena privativa de liberdade, eventualmente a ser aplicada ao infrator, a qual, apesar do caráter aflitivo, deve ter em vista a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), bem como os demais princípios constitucionais (proibição de penas cruéis, degradantes, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados etc.).

Todavia, nem sempre foi assim. Como visto no início deste capítulo, houve um período no passado em que as atrocidades praticadas em praça pública eram frequentes.

Em face de tanta arbitrariedade, os pensamentos de oposição foram ganhando força, e a luta pela racionalização da punição foi crescendo até constituírem o chamado Período Humanitário do Direito Penal, cujo período foi de 1750 a 1850, sendo que um dos principais percussores do Humanismo foi Cesare Beccaria, o Marquês de Beccaria, autor de “Dos Delitos e Das Penas” (1764), livro em que se defendeu, dentre outras questões, a aplicação de penas proporcionais, com o abandono da barbárie e da tortura.

No século XVIII, ocorreram muitas mudanças de paradigmas, pois, além da obra citada, o absolutismo enfrentou a Revolução Francesa de 1789, a qual gerou, nesse mesmo ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, texto cheio de limitações do poder punitivo.

Contemporaneamente, são muitas as teorias sobre as funções das penas, mas para fins didáticos, elas serão aqui divididas em dois grupos, quais sejam: teoria absoluta e a teoria relativa, que serão descritas nos tópicos seguintes.

2.1.2 O CARÁTER PREVENTIVO DA PENA (TEORIA RELATIVA)

A Teoria Relativa preceitua que a pena ostenta um outro caráter, qual seja, a prevenção do ilícito penal, sendo essa uma das bandeiras da Escola Positiva do Direito Penal (MARQUES, 2000)

Para os defensores dessa teoria, como resposta do Estado pela conduta ilícita, deverá ser aplicada uma punição que servirá de exemplo aos outros integrantes da sociedade, tendo esta caráter preventivo. Acredita-se, desta forma, no caráter intimidativo, e, por conseguinte, utilitário da sanção, como forma de impedir a prática de futuros delitos (MARQUES, 2000).

A doutrina classifica a prevenção em especial e geral, espécies estas, por seu turno, subdivididas em negativa ou positiva, como veremos.

A teoria da prevenção geral, sugere punir um indivíduo para que este sirva de exemplo aos demais, o que é arbitrário e desigual, e como diz Ferrajoli possui fundamentos maquiavélicos (os fins justificam os meios) (FERRAJOLI, 2002).

A prevenção geral positiva é outra teoria que tenta legitimar a pena. Afirma que a pena é a reafirmação do direito e que através dela busca-se transmitir valores ético-sociais é uma atitude, no mínimo, discutível. O criminoso não deixa de praticar um crime pensando com valores éticos, mas em seu próprio benefício.

A teoria da prevenção especial negativa especial é dirigida ao próprio infrator que, ao ser segregado do contexto social e passar por tratamento com a finalidade de ressocialização, deixará - presume-se - de ter o prazer pela prática do que é proibido. É uma ilusão de que na prisão o condenado estará impedido de cometer crimes. Muito pelo contrário, pois a prisão é um local de corrupção, onde crimes hediondos são constantemente cometidos.

A teoria da prevenção especial também é inadequada, pois defende que a função da pena tem o poder de ressocializar o indivíduo. Esta função ressocializadora é criticada pela teoria agnóstica da pena, que a considera falsa. Esta ressocialização defendida pela prevenção especial consiste na higienização do

criminoso, ou seja, este na prisão será medicado, reeducado para posteriormente se reintegrar na sociedade (COSTA JR, 2002).

Desta forma, o encarceramento faz com que seja neutralizada a realização de novas infrações, diante do afastamento do criminoso do convívio social. Essa atuação é característica da chamada prevenção especial negativa, como dito acima.

Além disso, esta suposta função ressocializadora é criticada pela teoria agnóstica da pena, que a considera defeituosa. Esta ressocialização defendida pela prevenção especial consiste na higienização do delinquente, ou seja, este na prisão será medicado, reeducado para futuramente se reintegrar na sociedade. Entretanto, no sistema prisional brasileiro isso torna-se uma utopia. Na penitenciária o apenado passa por violações de liberdade, de identidade, além da privação dos seus direitos fundamentais previstos na Constituição.

Se o fim da punição é a intimidação da sociedade, quando, e se houver o agravamento das condições sociais - e por via de consequência de infrações penais -, poderá verificar-se uma ampliação desmedida das punições.

Não obstante os defeitos apontados, a teoria tem seus méritos, uma vez que demonstrou a finalidade ressocializadora e preventiva para a sanção.

2.1.3 O CARÁTER RETRIBUTIVO DA PUNIÇÃO (TEORIA ABSOLUTA)

Para os defensores desta teoria, o infrator é punido tão somente por ter infringido a lei penal, sem levar em consideração os motivos e as circunstâncias que o levaram a praticá-la. Assim, a função da pena era penalizar o delinquente no mesmo grau da sua infração à Lei, retribuindo na mesma forma o mal que este tinha feito, podemos citar como um claro exemplo desta teoria a Pena de Talião (MARQUES, 2000).

Os autores de teses sobre a teoria absoluta assentam em negar fins utilitários a pena, entretanto quanto à natureza da retribuição oferecida pela lei, alguns são divergentes. Podemos citar dois autores considerados criadores da teoria em questão: Immanuel Kant, o qual sustenta que a pena tem natureza ética, e, por sua vez, Georg Wilhelm Friedrich Hegel que preceitua que a pena deveria ter caráter jurídico (MARQUES, 2000).

Atualmente, ensina Cezar Roberto Bittencourt que, “segundo esta forma retribucionista, atribui-se à pena, exclusivamente, o difícil encargo de realizar Justiça. A pena tem como objeto fazer justiça, nada mais” (BITENCOURT, 2000, p. 87).

Assim sendo, a pena seria a imposição de um mal em face de atos negativos que prejudicavam a sociedade e a integridade do Estado.

A teoria absoluta preconizava que a pena deveria possuir somente o caráter retributivo, em outros termos, a pena é justa em si, e sua aplicação ocorre sem qualquer preocupação em relação a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. “O importante é retribuir com o mal, o mal praticado”.

Assim, as teorias absolutas acreditavam unicamente na expressão retribucionista da pena. Oportuno dizer, a pena compreendia um mal que recaia sobre um agente que cometeu um mal em relação as normas do direito. Essa concepção de pena estava ligada, sem quaisquer dúvidas, a uma visão de Estado guardião e não a um Estado intervencionista.

Embora Kant e Hegel tenham sido os principais defensores desta teoria absolutista da pena, é preciso destacar também Francesco Carrara, Edmund Mezger, Hans Welzel, H. H. Jescheck entre outros que seguiram a mesma linha. (COSTA JR, 2006).

A grande crítica formulada à teoria absoluta, defendida por Kant e Hegel, assenta na ideia de que a pena, para esta teoria, é apenas uma punição, servindo para retribuir o delito do delinquente com um castigo; pagar o mal feito pelo “mal” (a pena), o que não mostra nenhuma utilidade à sociedade. Tal teoria, ao invés de justificar a pena, pressupõe a sua necessidade (KANT, 1993), (HEGEL, 2003).

Ato contínuo, os críticos desta teoria também aduzem que a privação da liberdade, o isolamento, a segregação do meio familiar e social, bem como a perda de relação com a vida normal de um ser humano, acarretam em um sofrimento demasiado. Porém, junto a este sofrimento psicológico somam-se as dores físicas, as condições sanitárias precárias, a ausência de higiene, a alimentação inadequada, a submissão às torturas, dentre outras formas de castigo.

Assim, a visão de retribuição trazida pela teoria absoluta, sob o ponto de vista clássico, é inapta à ressocializar o apenado, até porque, para os defensores desta teoria (Francesco Carrara, Edmund Mezger, Hans Welzel, H. H. Jescheck), o indivíduo era visto como mero instrumento.

2.1.4 O CARÁTER ECLÉTICO DA PUNIÇÃO (TEORIA MISTA)

A Teoria Mista conceitua o caráter eclético da pena, e conciliou as duas teorias anteriores, tendo surgido como uma corrente intermediária, por meio da qual defende-se que a pena seria uma forma de retribuição proporcional à infração cometida, sem perder de vista a finalidade preventiva.

Na concepção moderna a função retributiva visa a aplicação de uma pena justa e proporcional à culpabilidade do criminoso. Assim, uma pena justa é a única capaz de recuperar o infrator e demonstrar a seus pares o vigor normativo, prevenindo a prática de novas infrações.

Paulo José da Costa Júnior destaca a função preventiva da pena justa:

“Somente a pena justa e equânime poderá cumprir sua missão intimidativa a contento. Penas excessivas e cruéis provocam e excitam os impulsos criminosos, sem exercer intimidação psicológica. Por outro lado, a impunidade do fato delituoso irá suscitar um sentimento de indignação da coletividade, acompanhado da insegurança no que concerne à proteção jurídica.” (COSTA JR, 2000, p. 17).

O caráter intimidativo (prevenção geral negativa) abre espaço para punições exageradas, com o fim de causar medo. Dessa forma, em detrimento daquela, deve ser ressaltada a prevenção geral positiva, para que a sanção proporcione à sociedade sensação de segurança e de confiança no ordenamento jurídico, e não medo.

Concluindo esse tópico, pode-se constatar que a pena não possui uma única função, razão pela qual não deve ser classificada de maneira estanque.

Outrossim, temos atualmente que a pena tem uma finalidade retributiva para recompor a fissura causada ao ordenamento jurídico, bem como pela ofensa ao bem jurídico tutelado, e por fim, uma função preventiva, para impedir a prática de novas infrações pelo próprio delinquente e demonstrar à sociedade que a violação de bens jurídicos é inaceitável.

Essa posição eclética foi adotada pelo nosso Código Penal, no *caput* do artigo 59, o qual, expressamente, estabelece que o juiz fixará uma pena suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime, conforme a seguir.

*Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**:*

2.1.5 ESPÉCIES DE PENAS NO DIREITO PENAL PÁTRIO

Nos termos do art. 32 do Código Penal, temos as seguintes espécies de penas, *in verbis*:

Art. 32. As penas são:

I – privativas de liberdade;

II – restritivas de direito;

III – de multa.

Desta forma, as penas podem ser divididas em comuns (privativas de liberdade) ou substitutivas, também chamadas de alternativas (restritivas de direitos). A pena de multa pode ser tanto comum quanto substitutiva.

As penas privativas de liberdade são as penas de *reclusão*, *detenção* e *prisão simples*. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes, previstos na Parte Especial do Código Penal, e a terceira é aplicada às contravenções penais.

Assim diz o art. 6º da Lei de Contravenções Penais: “A *pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. §1º O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou detenção.*”

Por sua vez, as penas restritivas de direito são: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. Há, também, a pena de recolhimento domiciliar, prevista apenas para os delitos contra o meio ambiente, nos arts. 8º, V, e 13 da Lei nº 9.605/98.

E, por fim, temos a pena de multa que é a modalidade de pena pecuniária prevista no Brasil, que consiste na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao Fundo Penitenciário determinada quantia em dinheiro, considerando a gravidade do delito, a culpabilidade do agente e, particularmente, sua condição econômica.

As espécies de penas supracitadas podem ser cominadas, abstratamente, da seguinte forma: a) *isoladamente*: quando somente uma pena é prevista ao agente (ex.: a privativa de liberdade, no crime de homicídio – art. 121, do CP);

b) *cumulativamente*: quando ao agente é possível aplicar mais de uma modalidade de pena (ex.: a privativa de liberdade cumulada com multa, no crime de furto – art. 155 do CP). Nesse caso, aplica-se a Súmula 171 do STJ (“Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”);

c) *alternativamente*: quando há possibilidade da opção entre duas modalidades diferentes, como por exemplo, privativa de liberdade ou multa, no crime de ameaça – art. 147 do CP.

Ato contínuo, para a aplicação das penas, devem ser observados religiosamente os princípios de natureza constitucional e infraconstitucional. Assim, temos: a) *princípio da personalidade ou da reponsabilidade pessoal*: significa que a pena é personalíssima, não podendo passar da pessoa do delinquente (art. 5º, XLV, da CF);

b) *princípio da legalidade*: significa que a pena não pode ser aplicada sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da CF);

c) *princípio da inderrogabilidade*, ou seja, não pode deixar de ser aplicada;

d) *princípio da proporcionalidade*: significa que a pena deve ser proporcional ao crime, devendo guardar equilíbrio entre a infração praticada e sanção imposta (art. 5º, XLVI, da CF);

e) *princípio da individualização da pena*: significa que, para cada delinquente, o Estado-juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se pena-padrão (art. 5º, XLVI, da CF), individualizar a pena é “fazer justiça”;

f) *princípio da humanidade*: significa que o Brasil vedou a aplicação de penas insensíveis e dolorosas (art. 5º, XLVII, da CF), devendo-se respeitar a integridade física e moral do condenado (art. 5º, XLIX, da CF).

2.1.6 CAUSAS DE EXTINÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

Como vimos até agora, a prática de uma infração penal, faz com que surja a pretensão (poder-dever) do Estado em aplicar uma sanção, uma pena, ao delinquente, cujo propósito é retribuir, corrigir e prevenir a realização de novos crimes.

Para a obtenção dessa pretensão punitiva, o Estado deverá demandar em juízo, requerendo, por meio da ação penal, a aplicação da pena. Desta forma, somente após a sentença condenatória transitada em julgado é que o Estado poderá ter um título punitivo e iniciar o procedimento para sua execução.

Entretanto, não obstante a existência do crime com todos os seus elementos, novos fatores ou circunstâncias podem impedir o Estado de aplicar a sanção àquele que cometeu um crime, ocorrendo a chamada extinção da punibilidade. Extinta a punibilidade, qualquer que seja sua causa, cessa para o Estado o direito de punir o delinquente.

Assim, temos no art. 107 do Código Penal as hipóteses em que haverá a extinção da punibilidade, que vedará a imposição de qualquer pena pelo Estado.

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II- pela anistia, graça ou indulto;
- III- pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV- pela prescrição, decadência ou preempção;
- V- pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI- pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

O rol acima é apenas exemplificativo, podendo encontrar outras causas em diversos pontos da legislação penal, mas todas elas, impõe ao Estado a abstenção ao *jus puniendi*, por virtude da não aplicação da pena, ou ainda, pela sua não execução, bem como pela interrupção daquela cujo cumprimento estava em curso. Identificada pelo juiz no curso do processo, a extinção do direito de punir deve ser declarada de ofício, consoante art. 61 do Código de Processo Penal.

Isto posto, a seguir analisaremos brevemente cada uma das causas de extinção do direito de punir do Estado.

I – pela morte do agente: aplica-se a esta causa extintiva de punibilidade o princípio geral de que a morte tudo resolve (*mors omnia solvit*). A Constituição Federal também cuida da matéria, no art. 5º, XLV, 1ª parte, que a pena não deverá

passar da pessoa do condenado. Ainda, considerando que a pena de multa é uma dívida de valor, como estipula o art. 51 do Código Penal, morrendo o sentenciado antes do pagamento, deve ser extinta, jamais se transmitindo aos herdeiros a obrigação de quitá-la.

II – pela anistia, graça ou indulto:

a) a anistia é a declaração pelo Poder Público de que determinados fatos se tornam impuníveis por motivo de utilidade social, tal instituto volta-se à fatos, e não a pessoas. Maior exemplo de concessão de graça foi a Lei 6.683/79, a qual concedeu anistia a todos quantos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes e crimes eleitorais.

b) A graça, também denominada indulto individual, dirige-se a pessoa certa e determinada, no caso, ao condenado, somente atingindo os efeitos principais da condenação, subsistindo os demais. É de competência privativa do Presidente da República.

c) O indulto, também chamado de indulto coletivo, já que a única distinção com a graça é a individualização do beneficiado, é concedido por decreto presidencial e atinge um grupo de apenados, levando em consideração a pena aplicada a cada um e a parte já cumprida dela, bem como o crime cometido, além de outros requisitos subjetivos.

Por fim, existem os crimes que a lei impede a concessão de graça ou indulto, que é o caso dos crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90.

III – pela retroatividade da lei que não mais considera o fato criminoso: É a chamada *abolitio criminis*, que ocorre quando lei posterior não mais tipifica como delito fato anteriormente previsto como ilícito penal, realizando, desta forma, o fenômeno da retroatividade da lei penal mais benéfica. A lei mais benéfica tem efeito *ex tunc*, inclusive em relação aos casos com trânsito em julgado, extinguindo todos os efeitos penais da condenação, podendo, entretanto, em determinados casos, subsistir somente os efeitos cíveis (NUCCI, 2017).

IV – pela prescrição, decadência ou preempção:

a) a prescrição será tratada com ênfase no capítulo seguinte;

b) A decadência é a perda do direito de ação privada ou de representação por não ter sido exercido no prazo legal. Atinge também o direito de punir do Estado. A regra geral é estabelecida no art. 103 do Código Penal do Código Penal, que assim

dispõe: “Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exercer dentro do prazo de 6 meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime (...)”.

c) perempção é uma sanção, em razão da inércia do particular na ação penal privada, impedindo-o de prosseguir na demanda. O Código de Processo Penal prevê quatro hipóteses, sendo a primeira: iniciada a ação, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos; segunda hipótese: falecendo o querelante, ou ficando incapaz, não comparecem em juízo, para prosseguir no processo, dentro de sessenta dias, seus sucessores, nessa ordem, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; terceira hipótese: o querelante deixa de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer fase do processo a que deva estar presente ou não formula pedido de condenação nas alegações finais; quarta e última hipótese: o querelante pessoa jurídica que se extingue e não deixa sucessor, ou ainda, no caso de morte do querelante, quando a ação privada for personalíssima, como o caso do crime previsto no art. 236 do Código Penal (NUCCI, 2017).

V – pela renúncia ou perdão aceito:

A renúncia, pode ser expressa ou tácita, e é causa de extinção exclusiva da ação penal privada e só pode ocorrer antes do início da ação. Tal instituto afere o desinteresse da vítima em dar início ao processo. A renúncia de um dos ofendidos não impede o outro de exercer seu direito, ao passo que, a vítima, no caso de ser mais de um criminoso, deverá ater-se à indivisibilidade da ação penal, processando a todos. Caso não inclua todos no rol de acusados, poderá acarretar na renúncia a todos os outros, e deste modo, em relação a todos estaria renunciando (MIRABETE, 2005).

O perdão, por sua vez, também extingue a punibilidade tão somente nos delitos de ação penal privada, e somente pode ser concedido após iniciado o processo, mas desde que antes do trânsito em julgado da sentença, e consiste na declaração, expressa ou tácita, do querelante em desistir da ação penal, que afastará os efeitos penais da condenação. Contudo, para que produza efeito, deve ser aceito pelo ofensor, já que este tem o direito de provar sua inocência (CAPEZ, 2014).

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite:

A retratação é o ato pelo qual o agente reconhece o erro que cometeu e o declara à autoridade, retirando o que anteriormente tinha dito. Só pode ocorrer nos

crimes de calúnia e difamação, conforme art. 143 do Código Penal, e também nos crimes de falso testemunho e falsa perícia, art. 342, § 2º do Código Penal (NUCCI, 2017). Somente pode ocorrer até a sentença de 1º grau.

Desta forma, nos crimes contra a honra, a negativa do fato por parte daquele que acusou desonra a vítima da desonra, ao passo que no falso testemunho e falsa perícia, a declaração da verdade corrige o erro cometido.

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei:

O perdão judicial é um direito subjetivo do réu e deverá, obrigatoriamente, observados os requisitos legais, ser declarado pelo juiz, não se tratando de mera faculdade do magistrado. Assim, em face de determinadas circunstâncias legais, o juiz pode deixar de aplicar a pena, extinguindo-se, conseqüentemente, a punibilidade do réu. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo Réu.

2.2 AÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA PUNIÇÃO

É o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva (CAPEZ, 2014).

Com a violação da norma penal e a ofensa ou ameaça ao bem jurídico tutelado por ela, nasce o direito de punir em concreto, que será dirigido àquele indivíduo que praticou a conduta descrita na norma.

Como já falado no capítulo anterior, diante da vedação da autotutela (vingança privada), o Estado tornou-se o único detentor do poder-dever de resolver os conflitos e aplicar as punições, promovendo a pacificação social.

Neste contexto, surge a ação penal, que é o instrumento jurídico colocado à disposição da parte lesada, ou do órgão ou indivíduo que detenha a titularidade para ajuizá-la, que após seu ajuizamento desencadeará a prática de diversos atos que irão compor o processo, possibilitando, assim, a resolução do conflito, que foi instaurado quando da ocorrência do fato típico.

Nesse sentido, ensina Ada Pellegrini Grinover:

Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se

a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo (GRINOVER, 2001, p. 249).

A ação penal, especificamente, traduz o direito de se pedir ao Estado a condenação do infrator por violação do ordenamento jurídico penal.

Não obstante o Estado seja o detentor da jurisdição e do direito de punir, a sanção não pode ser aplicada automaticamente, vez que a satisfação de sua pretensão punitiva deve ser realizada por meio do devido processo legal, o qual será iniciado, em regra, pelo Ministério Público, órgão que detém a titularidade da ação penal pública (ocasião em que o Estado atua como autor), e encerrado pelo Poder Judiciário (momento em que o Estado torna-se o juiz).

Logo, com o impedimento da vingança pelo próprio ofendido, o Estado, ainda que seja o portador do direito de punir, deverá ajuizar a respectiva ação penal. Em alguns casos, porém, o legislador deixou a cargo do próprio ofendido, ou de quem possua a capacidade de representa-lo, a legitimidade para o ajuizamento da ação, o que corresponde às hipóteses de ação penal privada, que serão analisadas a seguir.

As ações penais serão públicas ou privadas, conforme sejam promovidas pelo Ministério Público ou pela vítima e seu representante legal, respectivamente. É o que dispõe o art. 100, caput, do Código Penal: “A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido” (CAPEZ, 2014).

Dentro dos casos de ação penal pública (exclusiva do Ministério Público), ainda há outra subdivisão, em ação penal pública incondicionada e condicionada. No primeiro caso, o Ministério Público promoverá a ação independentemente da vontade ou interferência de quem quer que seja, bastando, para tanto, que concorram as condições da ação e os pressupostos processuais, que serão analisados no tópico posterior. No segundo, a sua atividade fica condicionada também à manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal (chamada representação), conforme o art. 100, § 1º, do Código Penal (CAPEZ, 2014).

Essa divisão atende a razões de exclusiva política criminal. Existem crimes que ofendem demasiadamente o interesse geral da coletividade, motivo pelo qual são puníveis mediante ação pública incondicionada.

Há outros crimes, entretanto, que afetam imediatamente a esfera íntima do particular e apenas mediatamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública (do Ministério Público), mas condicionada à vontade do ofendido, em respeito à sua

intimidade, ou do ministro da justiça, a depender do caso concreto, que referem-se as hipóteses de ação penal pública condicionada.

Por fim, existem delitos que atingem imediata e profundamente tão somente o interesse do sujeito passivo da infração. Nesses casos, o Estado lhe confere o próprio direito de ajuizar a ação, de dar início a persecução penal, mas ainda assim o Estado detém o direito de punir. Ocorre nas hipóteses de ação penal privada.

A ação penal pública é a regra, sendo a privada, a exceção, consoante art. 100, caput, do Código Penal. Assim, na falta de expressa disposição legal sobre a forma de se proceder, a ação será pública e incondicionada, se houver, a ação será pública condicionada, ou, então, privada, conforme dispuser a Lei.

2.2.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que o direito à tutela jurisdicional é autônomo e abstrato. Todavia, seu exercício depende do preenchimento de determinadas condições que possibilitarão uma correta e efetiva prestação jurisdicional.

A função das condições da ação decorre do princípio da economia processual, o qual preceitua que o processo não deverá ser desenvolvido sob circunstâncias que impedirão provimento jurisdicional final, seja porque as partes que litigam, ou a quem é pedido o provimento não são legítimas, ou o provimento é desnecessário, inútil e inadequado, ou, também, quando o pedido (objeto) é vedado ordenamento jurídico.

Neste sentido, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho que:

Desse modo, quando se propõe uma ação, antes de o Juiz dizer se o autor tem ou não razão, se o pedido é ou não procedente, deverá ver se o que se pede é juridicamente possível, se o autor tem interesse na lide e se existe interesse em se valer dos Órgãos Jurisdicionais. (...) Então, dizíamos, a lei procurou disciplinar o exercício do *jus actionis*, subordinando-o a certas condições que devem ser analisadas logo de início, isto é, antes do momento em que o Juiz deverá dizer se o autor tem ou não razão, se o que pediu tem ou não fundamento (TOURINHO FILHO, 2009. p 517).

Trata-se de condições *sine qua non*, que possuem o fito de evitar atividades inúteis e que irão garantir a regularidade e eficiência das demandas apresentadas ao Judiciário.

A análise da satisfação dessas condições deve ser feita já no início do processo, ou seja, logo quando for ajuizada a demanda, bem como antes do recebimento da peça exordial (denúncia ou queixa), porque a falta de qualquer desses elementos ocasionará na inépcia da demanda.

Isto posto, de acordo com Renato Brasileiro de Lima, temos duas espécies de condições da ação no Processo Penal:

No âmbito processual penal, as condições da ação subdividem-se em condições genéricas, assim compreendidas como aquelas que deverão estar presentes em toda e qualquer ação penal, e condições específicas (de procedibilidade), cuja presença será necessária apenas em relação a determinadas infrações penais, certos acusados, ou em situações específicas, expressamente previstas em lei. Como condições específicas da ação penal, podemos citar, a título de exemplo, a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça (LIMA, 2016. p. 245).

Desta forma, a ocasião processual em que deverá ocorrer a análise da das condições da ação está previsto no art. 395 do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08, *in verbis*:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

- I - for manifestamente inepta;
- II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Assim, antes mesmo da instrução processual, o juiz tem o dever de analisar se a demanda apresentada merece ser processada ou refutada de plano.

Ao lado das tradicionais condições que vinculam a ação civil, também temos as que são aplicáveis ao processo penal, as quais: *a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir*, que deverão ser preenchidas cumulativamente (CAPEZ, 2014).

Ato contínuo, a doutrina atribui também algumas condições específicas, ditas condições específicas de procedibilidade, que são elas: (a) representação do

ofendido e requisição do Ministro da Justiça; (b) entrada do agente no território nacional; (c) autorização do Legislativo para a instauração de processo contra Presidente e Governadores, por crimes comuns; e (d) trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultamento do impedimento (CAPEZ, 2014).

2.2.2 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Se no processo civil o conceito de possibilidade jurídica é negativo, isto é, ele será juridicamente admissível desde que, analisado em tese, o ordenamento não o vede, no processo penal seu conceito é aferido positivamente: a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável se o ordenamento, em abstrato, expressamente a admitir (CAPEZ, 2014).

Desta forma, a possibilidade jurídica do pedido na esfera penal existirá sempre que houver a prática de um ato ilícito. Diante da prática do delito, é dever do Estado iniciar a persecução penal e ingressar com a respectiva ação.

Todavia, também deverão ser observadas as chamadas condições de procedibilidade, que conforme citadas no tópico anterior, podem ser a representação da vítima e a requisição do Ministro da Justiça, dentre outras.

Nesse contexto, quando faltar a possibilidade jurídica do pedido, a peça inaugural (denúncia ou queixa) deverá ser rejeitada liminarmente.

Em sua obra, Renato Brasileiro de Lima cita alguns exemplos comuns na prática forense que ensejam a rejeição da exordial acusatória:

São exemplos de impossibilidade jurídica do pedido tradicionalmente citados pela doutrina processual penal, que autorizam a rejeição da peça acusatória com fundamento no art. 395, II, do CPP, ou, se recebida, ensejarão o trancamento do processo por meio de habeas corpus: a) oferecimento de denúncia e/ou queixa com a imputação de conduta atípica; b) peça acusatória oferecida a despeito da presença de um fato impeditivo do exercício da ação (v.g., ausência de decisão final do procedimento administrativo de lançamento nos crimes materiais contra a ordem tributária); c) peça acusatória oferecida sem o implemento de condição específica da ação penal (ausência da representação do ofendido); d) denúncia oferecida em face de menor de 18 (dezoito) anos, a ele imputando a prática de crime e, por isso, requerendo a imposição de pena privativa de

liberdade, contrariando, assim, o quanto disposto na Constituição Federal, que prevê que são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos (CF, art. 228) (LIMA, 2016. p 247).

Ato contínuo, com o advento da Lei n. 11.719/2008, essa hipótese passou a ser aceita também após oferecida a defesa previstas nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, que diante das circunstâncias apresentadas na defesa, poderá o juiz decretar a absolvição sumária do agente (art. 397, III, do CPP).

Por fim, cumpre destacar que não se deve confundir a análise dessa condição da ação com o mérito da demanda. A apreciação da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita sobre a causa de pedir considerada em tese, sem que seja analisada qualquer prova porventura existente nos autos.

2.2.3 LEGITIMIDADE DA PARTE

Em termos gerais, no processo judicial cabe ao titular do direito material lesado demandar em juízo em face daquele que violou, interferiu ou modificou seu direito. Assim, aquele que pleiteia em juízo deve ter legitimidade para fazê-lo, e sua pretensão deve ser ajuizada em face daquele que tem a obrigação legal de executar o que foi pedido.

A regra é que o autor da demanda pleiteie um direito próprio, em seu próprio nome, ou seja, possua a legitimação ordinária. Contudo, a Lei admite hipóteses em que legitimidade seja extraordinária, ou seja, ocasiões em que haverá uma substituição processual, casos em que o pedido não será formulado pelo titular do direito pleiteado, e sim pelo substituto processual.

No processo penal, o detentor da ação penal pública é o Estado, possuidor do direito de punir, que é representado pelo Ministério Público. Na ação penal privada, por sua vez, é o ofendido, porque apesar de não ser o titular do *jus puniendi*, o legislador, por motivos diversos, atribuiu à vítima a legitimidade de ajuizar a ação.

Isto posto, teremos aqui, a *legitimidade ad causam*, que é a legitimação para ocupar tanto o polo ativo da relação jurídica processual, o que é feito pelo Ministério Público, na ação penal pública, e pelo ofendido, na ação penal privada conforme verifica-se nos arts. 24, 29 e 30 do Código de Processo Penal, quanto o polo passivo, pelo provável autor do fato, e da *legitimidade ad processum*, que é a

capacidade para estar no polo ativo, em nome próprio, e na defesa de interesse próprio (arts. 33 e 34 do CPP) (CAPEZ, 2014).

De igual forma, na eventualidade de o *Parquet* ingressar em juízo, em caso que seria de ação penal privada, como nos crimes contra a honra, haverá a inépcia da exordial acusatória, em razão da ilegitimidade ativa.

Tal fato se dá, porque, em determinadas situações, embora o Estado sempre seja afligido pela infração penal, caberá exclusivamente à vítima, por meio de queixa crime, buscar em juízo a condenação do infrator. Essas exceções baseiam-se, em regra, na preservação da intimidade do particular que teve o direito violado e, em alguns casos, na disponibilidade do bem jurídico tutelado, entendendo-se a ação penal como faculdade do ofendido, pois nessas hipóteses é aplicável o princípio da oportunidade (LIMA, 2016).

No caso da ação penal ser pública, a vítima não terá legitimidade para ingressar em juízo, exceto na hipótese do art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal e do art. 29, do Código de Processo Penal, os quais referem-se à ação penal privada subsidiária da pública (LIMA, 2016).

Assim, mesmo no caso supracitado, a legitimação para ocupar o polo ativo é da vítima da infração penal, de forma que não se pode adentrar em juízo contra quem não for o autor do crime, sob pena da carência da ação por ilegitimidade passiva da parte.

O momento no qual deverá ser observado a legitimidade das partes é quando do recebimento da exordial acusatória, seja ela queixa ou da denúncia. Faltando qualquer uma delas, passiva ou ativa, o magistrado deverá rejeitar a peça inicial de ofício, nos termos do art. 395, II, do Código de Processo Penal, declarando o autor carecedor de ação. Se não o fizer nesse momento, nada impede, aliás, impõe-se, que ele o faça a qualquer instante, em qualquer instância, decretando, se for o caso, a nulidade absoluta do processo (art. 564, II, do Código de Processo Penal) (CAPEZ, 2014).

2.2.4 INTERESSE DE AGIR

Dentre as condições da ação, a que se demonstra mais controversa entre os doutrinadores é o interesse de agir. Tal condição da ação também é uma das

vertentes mais importantes para o reconhecimento e defesa da prescrição virtual, que é o objeto deste trabalho.

Deste modo, faz-se forçoso destacar que o interesse de agir é disciplinado pelo trinômio: necessidade, utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e a adequação à causa do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal (CAPEZ, 2014).

Primeiramente cumpre preceituar que a necessidade é intimamente ligada às ações penais, porque, para o exercício do direito de punir, conforme dito no primeiro tópico deste capítulo, o Estado deverá respeitar o devido processo legal.

Assim sendo, a denúncia não será recebida quando já estiver extinta a punibilidade do acusado, posto que, nesse caso, a perda do direito material de punir resultou na desnecessidade de utilização das vias processuais. Observa-se, ainda que, com o vigor da Lei nº 11.719/2008, essa hipótese poderá ser reconhecida após oferecida a defesa do réu, prevista no arts. 396 e 396-A do CPP, e irá dar causa à absolvição sumária do agente, conforme art. 397, IV, do CPP (GRECO, 2009).

Por sua vez, a utilidade traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor (Ministério Público ou Querelante). Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se destina, considerar-se-á a falta de interesse de agir. É o que acontece quando se oferece denúncia em um caso que, pela análise da pena eventualmente a ser imposta ao réu, e caso seja comprovada a sua culpabilidade, já se poderia prever a ocorrência da prescrição retroativa, que também tem a ver com o reconhecimento da prescrição antecipada (CAPEZ, 2014).

Nesse caso, toda a atividade jurisdicional seria inútil, visto que houve a ausência do interesse de agir em tempo hábil. Esse entendimento, todavia, não é pacífico, seja na doutrina ou jurisprudência, sendo que atualmente é vedado pela Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça, e será tratado nos capítulos posteriores.

E por fim, temos a adequação, que reside na congruência entre o processo penal condenatório e o pedido de aplicação de sanção penal.

Face o exposto, ficou revelado que é indispensável recorrer ao Judiciário para a satisfação do direito de punir. Todavia, a via processual manuseada deve ser

adequada ao pedido, e o provimento jurisdicional solicitado deve ter utilidade, ou seja, ser capaz de promover o fim a que se destina.

2.2.4 DA JUSTA CAUSA

Conforme vimos anteriormente, temos três condições da ação previstas expressamente no Código de Processo Penal, sendo elas: a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte e o interesse de agir, e também temos a última delas, a justa causa, que é condição intrínseca para o exercício da ação. Ela é prevista no art. 395, III, do Código de Processo Penal, como forma rejeição da denúncia.

A justa causa foi incluída de forma expressa neste artigo através da Lei 11.719/08, porém, ao fazer isso, não deixou com clareza que se tratava de uma condição da ação e tampouco qual seria o seu significado.

Desta forma, a justa causa para alguns autores estaria fora das condições da ação, sendo ela apenas uma qualidade. De outro lado, existem aqueles que entendem ser ela a quarta condição da ação penal, outros a incluem no interesse de agir, e uma pequena parte deles, na possibilidade jurídica do pedido.

Sendo assim, o cenário a que pertence a justa causa é motivo de controvérsia entre os doutrinadores. Dos diversos posicionamentos acima apontados sobre a justa causa, o adotado por grande parte da doutrina é de que a justa causa não se confundiria com condição da ação, mas estaria identificada com *o fumus bonni iuris*, para que a ação penal tenha condições de viabilidade.

Outrossim, nos dias de hoje a justa causa vem sendo delineada como o conjunto probatório que tenha aptidão e que justifique o ajuizamento de uma ação penal.

A propósito, conceitua Guilherme de Souza Nucci:

Do mesmo modo que o Estado-acusação deve fundamentar a denúncia no inquérito (ou outro procedimento legal), conseguindo prova pré-constituída dos fatos imputados, para dar justa causa à ação penal, também, a vítima deve oferecer queixa calçada na mesma segurança. (NUCCI, 2006, p. 203)

Resumindo o exposto, a justa causa é o instrumento pelo qual exige-se que o autor tenha elementos satisfatórios de prova da materialidade e indícios de autoria

quando do ajuizamento da ação penal, com intuito de que a dignidade do cidadão não seja atingida por ações temerárias.

2.3 PRESCRIÇÃO PENAL

2.3.1 DEFINIÇÃO, EFEITOS JURÍDICOS E TEORIAS SOBRE O INSTITUTO

De acordo com o visto anteriormente, a prática de um crime faz com que surja para o Estado o direito de punir o delinquente, gerando àquele a pretensão punitiva, que deverá ser exercida dentro de tempo predeterminado, através do instrumento de aplicação, que é a ação penal. A perda deste direito, em razão do transcurso de prazo previsto em lei é chamado de prescrição, a qual tem por base a gravidade da conduta delituosa e sua sanção correspondente (NUCCI, 2017).

Atualmente temos duas espécies de prescrição, que produzem efeitos diferentes.

A primeira é a prescrição da pretensão punitiva, que computa-se pela: pena máxima em abstrato culminada ao delito, quando não houve sentença transitada em julgado para defesa na ação penal. A segunda computa-se pela pena em concreto aplicada, no caso de ter havido sentença condenatória, a qual tenha transitado em julgado para ambas as partes.

A primeira ocorre antes do trânsito em julgado definitivo da sentença ou do acórdão para a defesa, e impede que Estado proceda ao exame de mérito após a persecução. Nesta espécie de prescrição, desaparecem todos os efeitos penais do crime, e ainda que tenha havido a condenação, através de sentença ou acórdão recorríveis, considera-se que o crime nunca tivesse ocorrido, mantendo o réu a primariedade e os bons antecedentes.

De outra banda, após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatórios para acusação e defesa, surge um título executivo em favor do Estado e cabe a ele executar a pena aplicada ao réu. A não execução deste título executivo penal em determinado lapso temporal, faz com que prescreva seu direito de punir o infrator, e é chamada de prescrição da pretensão executória.

Todavia, na prescrição da pretensão executória os efeitos gerados pela condenação persistem, e somente ocorre a denominada “prescrição do cumprimento da pena”, sendo que todos os demais efeitos da condenação persistem, entre eles, a

inscrição do nome do réu no rol dos culpados, o pagamento das custas, o pressuposto da reincidência, dentre outros (MIRABETE, 2006).

No conceito de DAMÁSIO DE JESUS “a prescrição penal é a perda do direito de punir do Estado pelo seu não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo” (JESUS, 2011, p. 21).

A prescrição é norma de caráter público, podendo ser decretada de próprio ofício pelo juiz (art. 61 do CPP) ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo, até mesmo naquela que o antecede.

Em contrassenso à prescrição, bem como ao direito penal moderno, a Constituição Federal consagrou nos incisos XLII e XLIV, do art. 5º, taxativamente, crimes que, pela suas natureza são imprescritíveis. Tais incisos referem-se à prática do racismo e à ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático de direito. Destarte, em virtude da gravidade dos delitos o *jus puniendi* se perpetua no tempo.

São várias as teses que fundamentam a existência do instituto da prescrição, dentre elas, temos as mais importantes: a) *Teoria do esquecimento social* por meio da qual entende-se que após um longo período a sociedade esquece o fato criminoso e a pacificação social ocorre naturalmente, sendo desnecessária a atuação do Direito Penal (NUCCI, 2017).

A teoria do esquecimento ensina que, com o passar do tempo, a memória da sociedade esvai-se, e esquecem das circunstâncias do crime até que outras lembranças tomem seu lugar, fazendo com que a repulsa pública, o sentimento coletivo de insegurança e o clamor pela retribuição do mal do crime dispersam-se.

Por conseguinte, entende-se que a aplicação da pena após o esquecimento social do fato criminoso considerar-se-ia tão somente vingança, retribuição do mal, sem nenhuma finalidade preventiva ou retributiva.

b) a *Teoria psicológica* aduz que o ser humano é mutável e se transforma com o tempo, motivo pelo qual, com o decorrer dos anos, o psicológico do delinquente muda, fazendo com que ele se transforme em outra pessoa, diferente daquela que anteriormente cometeu o crime (NUCCI, 2017)

Outrossim, com a mudança psicológica do cidadão com o decurso do tempo, uma pena tardiamente aplicada poderia condenar outro indivíduo, diferente daquele que praticou o crime a tempos atrás. Sendo que no momento do crime considerar-

se-ia uma pessoa, e após determinado lapso temporal, quando da aplicação da pena, o outrora delinquente se tornou outra pessoa

c) a *Teoria da Emenda do Delinquente* preceitua que a readaptação social do criminoso que não tenha praticado outro novo crime, e que manteve boa conduta social após o cometimento do ilícito, é um dos motivos que ensejam a aplicação da prescrição (NUCCI, 2017).

Posto que, o crime praticado pelo indivíduo foi um fato único na sua vida, não haveria porquê da aplicação de uma sanção tardia e sob o pretexto da ressocialização. Em tais casos, a pena perderia sua função retributiva e preventiva e passaria a ser tão somente um castigo, visto que o indivíduo que já reintegrou-se à sociedade.

d) a *Teoria da dispersão das provas* entende que com o decorrer do tempo as provas distanciam-se, tornando-se frágeis, ou até mesmo impossíveis, podendo acarretar na distorção da verdade real dos fatos, o que aumentaria a hipótese de um erro judiciário. Sob estas razões, é que se justifica a abdicação da punição do indivíduo (NUCCI, 2017)

A prova testemunhal, por exemplo, na instrução da ação penal é amplamente utilizada, sendo um dos basilares meios de prova. Assim sendo, diante da possibilidade de esquecimento dos fatos, o que é natural do ser humano, a obtenção do seu testemunho deve ser rápida, de modo a evitar o esquecimento ou possíveis alterações no relato dos fatos.

É certo que em todos os meios de prova, com o decorrer do tempo mudasse a verdade real requerida pelo processo penal, o que eventualmente possibilitará uma decisão de mérito imprecisa.

e) *Ameaça de sanção com caráter perpétuo* inserida no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal, tal norma constitucional proíbe a criação de sanções de caráter perpétuo. Fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, o Legislador Originário Constituinte de 88 inseriu, com força de cláusula pétrea, a manifesta proibição de penas de morte (salvo se for em caso de guerra declarada), de trabalhos forçados, de banimento, as cruéis, como também as sanções de caráter perpétuo (NUCCI, 2017).

Razão, esta, que no Brasil é impossível de instituir-se a prisão perpétua e, atualmente, o prazo máximo para o cumprimento de pena privativa de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos, consoante art. 75 do Código Penal.

Diante do dispositivo supracitado vislumbra-se outro fundamento para justificar a existência de prazos prescricionais, porque nem a sanção nem a ameaça de sanção podem ter caráter perpétuo. Assim sendo, a imprescritibilidade, seja da pretensão punitiva ou da pretensão executória, viola a essência que a Carta Magna trouxe, na proporção em que esta veda a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, da CF), fazendo com não seja considerada somente aquela que é cominada, aplicada ou executada, mas também toda a reação estatal contra o delito que possa configurar uma ameaça eterna ao indivíduo (JAWSNICKER. 2004).

Em face do exposto, verifica-se que tais teorias devem ser consideradas cumulativamente, para que fundamentem o propósito de que a inércia do Estado acarretará na perda do seu direito de punir ou de executá-lo, fundamentando, desta forma, o instituto da prescrição.

2.3.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Conforme vimos anteriormente, a prescrição pode ser dividida em prescrição da pretensão punitiva ou em prescrição da pretensão executória. Neste tópico, e nos seguintes, trataremos somente da prescrição da pretensão punitiva, que associadamente refere-se ao tema do presente trabalho.

Tal espécie de prescrição somente ocorre antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, e seu prazo computa-se pela pena abstratamente cominada para o delito, ou quando já tiver ocorrido a condenação (sentença ou acórdão) recorrível, a pena aplicada será utilizada como base para o computo do prazo prescricional.

Este tipo de prescrição faz com que seja extinto o direito do Estado em obter uma decisão de mérito a respeito do pretense crime, na ação penal. Tal espécie de prescrição assemelha-se a uma declaração da inocência para fins penais. Portanto, impede que seja feito o exame de culpabilidade do agente, bem como não mancha seus antecedentes, e tampouco sua primariedade.

Os prazos prescricionais da prescrição punitiva estão fixados no art. 109 do Código Penal. No cômputo deve-se considerar o disposto no art. 111 do Código Penal, que é o dia do começo da contagem do prazo. Eles começam a correr após os seguintes marcos: (i) do dia em que o crime se consumou; (ii) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

(iii) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (iv) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamentos do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Outrossim, começa a correr o prazo prescricional do dia em que o delito foi cometido. Tal dia é o primeiro do prazo, qualquer que seja seu horário, o dia vai ser inteiramente contado, terminando na última hora do dia anterior ao da mesma data, de acordo com o calendário.

Na tentativa, o ponto inicial da prescrição é a data do último ato constitutivo após o início da execução.

Por fim, nos delitos permanentes, a exemplo do sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), o prazo prescricional inicia-se a partir da cessação da atividade criminosa, de modo que o legislador estipulou tal marco para não haver dúvida a respeito do início do referido prazo.

O parágrafo único do art. 109 define que aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade, pois a restritivas são medidas substitutivas, e não tem força pra modificar as balizas legais para o cálculo da prescrição (NUCCI, 2017).

2.3.3 ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

A prescrição ocorrida antes da sentença condenatória recorrível é denominada de *prescrição pela pena em abstrato*, visto que é calculada pela pena máxima cominada ao delito.

Tal modalidade de prescrição toma por base a pena máxima privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito, haja vista não ter havido sanção concreta a servir de parâmetro para o cômputo. Pelo máximo da pena, deve se observar o art. 109 do Código Penal, e verificar em qual prazo prescricional enquadra-se a pena máxima do delito.

Na contagem do prazo também incidem as causas de aumento e de diminuição de pena, tanto as previstas na parte geral ou na parte especial, desde que expressamente previstas no próprio tipo penal, considerando o aumento máximo, bem como a diminuição mínima.

No caso das agravantes e atenuantes genéricas isso não pode ocorrer, visto que que não alteram a pena abstratamente cominada ao delito. Contudo, o concurso

formal e o crime continuado (respectivamente os arts. 70 e 71 do Código Penal) não tem o condão de influenciar no prazo, por força do art. 119 do mesmo Código. Para o início da contagem do prazo, deve-se observar a regra inscrita no art. 10 do referido códex (JAWSNICKER, 2004).

Além disto, para fins de prescrição pela pena em abstrato, não são levadas em consideração as 8 (oito) circunstâncias judiciais inculpidas no art. 59 do Código, vez que servem somente para a fixação da pena base, quando da primeira fase da dosimetria, pois nesta fase a pena não poderá ultrapassar o máximo legal, assim como não poderá ser estipulada aquém do mínimo.

Em relação às atenuantes e agravantes dos arts. 61, 62 e 65, ambos do CP, que se referem à segunda fase da dosimetria, também não são aplicadas à prescrição abstrata, pois a pena não poderá exacerbar os limites legais, tanto o máximo ou mínimo legal.

Por exemplo, caso seja cometido um roubo qualificado pelo emprego de arma (art. 157, §2-Aº, I, do CP), a pena base para o cômputo será a máxima prevista, ou seja de 10 (dez) anos, aumentada em 2/3 que é o aumento previsto na qualificadora.

De igual forma, no caso de um furto simples tentado (art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, todos do CP), o cálculo considerará a pena máxima prevista para o delito, que é de quatro anos, reduzida pela menor fração de diminuição prevista para o caso da tentativa, sendo 1/3.

Ato contínuo, veremos a seguir início do prazo da prescrição abstrata, referente as várias espécies de delitos, sendo que o início do computo está inserido no art. 111 do CP, *in verbis*:

Art. 111: A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração do assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste código ou em legislação especial, da data em que a

vítima completar 18 anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Desta forma, pode haver a variação da data consumativa do delito, considerando a sua espécie, conforme a seguir. Por exemplo, quando se tratar de crimes materiais, a contagem do prazo prescricional inicia-se imediatamente no dia em que o resultado foi produzido, sendo que nos crimes formais ou de mera conduta, o prazo começa a contar quando ocorrer o início do crime.

Por sua vez, nos crimes omissivos próprios, o prazo começa a fluir na data da conduta negativa, e nos crimes omissivos impróprios, o prazo inicia-se na data que ocorreu o resultado. Naqueles qualificados pelo resultado ou preterdolosos, inicia-se com na data do resultado.

Os habituais merecem destaque, porque não são nem instantâneos nem permanentes, sendo que o entendimento do STF é no sentido de que o prazo prescricional inicia-se da data da última das ações que constituem o fato típico.

Quanto aos crimes continuados, a data inicia-se conforme a consumação de cada delito que os compõe, atendendo o art. 119 do CP, em que as penas dos crimes prescrevem isoladamente.

No caso da tentativa, o termo inicial é aquele da prática do último ato executório praticado pelo agente, contra sua vontade.

Ainda, temos os crimes permanentes, os quais são crimes contínuos, ocorrendo permanentemente a consumação delitiva ao longo tempo, renovando-se a cada dia o momento consumativo dele, fazendo que o prazo prescricional comece a fluir com o cessar da permanência.

Ademais, nos crimes expressamente previstos no inciso IV, a contagem do prazo somente inicia quando houver a revelação do fato, uma vez que pelo sigilo do criminoso, pode ser que a autoria seja desconhecida por um longo tempo.

Por fim, o novel inciso V trouxe maior proteção a crianças e adolescentes, em razão da natureza dos crimes sexuais, que por muitas vezes ocorrem dentro do próprio lar. Assim fazendo, o Estado permitiu que a vítima após atingir a capacidade para os atos civis, e se tornando penalmente responsável, possa se defender denunciando o crime e o seu autor (NUCCI,2017).

2.3.4 APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Temos 2 tipos de prescrição após a sentença condenatória recorrível, a retroativa e superveniente (intercorrente). A partir da prolação de sentença condenatória, há uma sanção concreta estabelecida ao réu. E quando ocorre o trânsito em julgado para a acusação, atinge-se a pena concreta para fins de prescrição.

Desta forma, a pena aplicada passa a ser a base de cálculo para a prescrição superveniente e retroativa. A prescrição após a sentença condenatória recorrível faz com que a sentença perca seus efeitos para todos os fins, não se computando para antecedentes, geração de reincidência, dever de indenizar, entre outros.

Nesse passo temos a prescrição retroativa que é a prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada, sem recurso da acusação ou improvido este, levando-se em conta o prazo anterior a própria sentença. Seu cálculo prescricional se faz da frente para trás, ou seja, após a sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação, a pena tornou-se concreta e não pode mais ser aumentada. Sendo assim o juiz verifica se transcorreu lapso temporal prescricional entre a data do recebimento da denúncia e a sentença condenatória (NUCCI, 2017).

Por exemplo: o crime de lesões corporais, levando-se em conta a pena máxima em abstrato, prescreve em 4 anos, mas se o juiz aplicar a pena de 6 meses, da qual não recorre o Ministério Público, o prazo prescricional cai para 2 anos.

Desta forma, com a utilização da prescrição retroativa é possível a sua constatação entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da sentença condenatória.

Tanto o juiz da condenação, quanto o juiz da execução podem reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa. A prescrição retroativa é uma modalidade prescricional criada no direito brasileiro.

Ato contínuo, também temos a prescrição superveniente ou intercorrente, que é modalidade da prescrição da pretensão punitiva que ocorre após a sentença condenatória recorrível. Esta também é com base na pena aplicada, com trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido teu recurso. Ocorre entre a sentença condenatória e o seu trânsito em julgado para a defesa.

Em algumas hipóteses, pode acontecer de ser entre o acórdão condenatório e o trânsito em julgado dele para a defesa.

Por exemplo: a pena de 2 anos aplicada ao furto, da qual recorrer apenas a defesa. Se a sentença não transitar em julgado em menos de 4 anos, ocorre a prescrição. Todavia, se o Ministério Público recorrer, mas não obtiver sucesso no seu recurso, o prazo para a prescrição intercorrente corre de igual forma, como se não tivesse interposto o recurso pelo Ministério Público.

Ainda, se o recurso interposto pelo Ministério Público não tiver como objeto a pena aplicada, não importa se tiver provimento, pois o prazo continua a ser computado normalmente. Por exemplo, quando o recurso do *Parquet* diz respeito somente ao regime aplicado, nada dizendo em relação a pena aplicada.

2.3.5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o Estado passa a possuir um título executivo penal, sendo que o direito de punir transformar-se em direito de executar a pena. Com isso, o Estado torna-se o titular do poder-dever de impor a sanção que foi previamente estabelecida ao autor, ao término da ação penal.

Todavia, o decurso de tempo pode acarretar na perda desse poder-dever pelo Estado, preterindo o seu direito de exercer a pretensão executória. Portanto, tal lapso temporal denomina-se a prescrição da pretensão executória, também conhecida como prescrição da pena.

O aludido instituto é previsto no *caput* do art. 110 do Código Penal, *ipsis litteris*:

Art. 110: A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumenta de um terço, se o condenado é reincidente.

O referido dispositivo legal trata da prescrição da pretensão executória, a qual refere-se sobre a perda do direito de punir do estado, levando em consideração a pena aplicada na sentença condenatória ou acórdão, que ainda não foi executada, levando-se em conta o transcurso de determinado lapso temporal, que pode variar de acordo com a pena aplicada na sentença, observados, sobretudo, os prazos inscritos no art. 109 do CP (NUCCI,2017).

Esta espécie de prescrição abarca somente a pena aplicada ao réu, remanescendo todos os efeitos secundários da condenação, dentre eles, a viabilidade de gerar a reincidência, inscrição do nome do réu no rol dos culpados, pagamento de custas, registros para fins de antecedência, etc. (MIRABETE, 2006).

De igual forma, a prescrição alcança a medida de segurança, submetendo-se ao regime ordinariamente reservado ao campo da prescrição penal. Quando tratar-se da prescrição da pretensão punitiva, computa-se o prazo pela pena máxima cominada ao delito praticado, e no caso da prescrição da pretensão executória, computa-se com base na duração máxima da medida de segurança, aplicando-se em ambos os casos os marcos interruptivos e suspensivos.

No caso da reincidência, regula-se os prazos pela pena aplicada e conforme os lapsos temporais fixados pelo art. 109 do CP, acrescentando um terço a mais no cálculo, desde que a condição de reincidência seja reconhecida na sentença condenatória. Todavia, não se pode olvidar que a prescrição que sofre o aumento não é a da condenação anterior, e sim a da última condenação. E ainda, a reincidência não altera em nada o prazo da prescrição da pretensão punitiva, conforme dispõe a Súmula 220 do STJ.

No que se refere à pena de multa, o prazo da prescrição da pretensão executória, como também as suas causas interruptivas e suspensivas, não é mais pela lei penal, e sim pela lei tributária, sendo que sua execução independe da pena privativa de liberdade, e irá ocorrer perante à Vara da Fazenda Pública (CAPEZ, 2018).

O termo inicial da prescrição executória tem espeque no art. 112 do Código Penal, assim disposto:

Art. 112: No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

O termo inicial da prescrição da pretensão executória é na data do transito em julgado da sentença condenatória para a acusação, uma vez que não interposto

recurso pela acusação, torna-se impossível a majoração da pena, considerando a vedação ao *reformatio in pejus*.

Assim sendo, considerando que a pena não poderá ser aumentada, o prazo da prescrição deverá se ater àquele proferido na sentença, fazendo com que passe a fluir o prazo prescricional para que seja executada a pena imposta ao Réu. Caso o apenado seja beneficiado com a suspensão condicional da pena, a prescrição não correrá durante o transcurso do benefício, sendo certo que no caso de descumprimento das condicionantes da *sursis da pena*, e ocorrendo a revogação, a contagem do prazo iniciará imediatamente após sua revogação. Igualmente acontece em relação ao livramento condicional.

Acerca do inciso II do referido dispositivo, elenca as hipóteses de interrupção da prescrição da execução, sendo elas: (i) quando o condenado deixa de cumprir a pena que lhe foi imposta, seja porque foge do estabelecimento prisional, ou porque abandona o regime aberto, ou, ainda, (ii) deixa de seguir as penas restritivas de direitos. Raramente, pode ser interrompida a execução, mas o período de interrupção pode ser computado como cumprimento da pena, é o que acontece quando o condenado adoece mentalmente, sendo transferido para hospital de custódia e tratamento.

Por fim, é de bom alvitre ressaltar que, o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para acusação. Apesar de ser inconcebível que seja assim, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa também. Todavia, a Lei é clara, conforme art. 112, I, do CP, começa a ser computada a prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado para a acusação.

2.4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA

2.4.1 ESBOÇO

Como já sabemos, os princípios que regem a Ação Penal Pública em nosso Direito Processual Penal são os da obrigatoriedade e da legalidade, que preconizam que o Ministério Público é vinculado à ação penal, tornando-a indisponível, devendo sempre oferecer denúncia quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Ao contrário do que ocorre em outros países, como a Alemanha, Grécia, França, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Israel, Bélgica, Egito, Japão, Rússia, Suécia, Panamá, Portugal, Áustria, Noruega, dentre outros, que permitem a aplicação do princípio da oportunidade. Nestes países, o *Parquet* tem a faculdade, e não o dever, de propor a ação penal quando cometido um delito, exercendo-se esta faculdade discricionariamente, levando-se em conta a utilidade da persecução criminal, bem como o interesse público e a economia processual (MOREIRA, 2010).

No Brasil, como cediço, tal princípio aplica-se apenas à ação penal de privada, cujo exercício cabe discricionariamente ao ofendido, quando entender ser oportuno e conveniente.

A obrigatoriedade no Brasil, faz com que inúmeras ações penais, muitas vezes temerárias e fadadas ao fracasso, tramitem nas varas criminais, obrigando a juízes, promotores e advogados a usarem a criatividade para deslindar os imbróglis ocasionados por essa obrigação. Neste diapasão, criou-se a chamada Prescrição Virtual.

Tal espécie de prescrição foi criada pela doutrina e jurisprudência pátria, sendo também chamada de prescrição antecipada ou em perspectiva. Este instituto possibilita o reconhecimento da ausência de interesse de agir, diante da constatação da probabilidade de reconhecimento e decretação da prescrição retroativa, seja no início do processo, quando do recebimento da denúncia, ou antes de proferida a sentença. Para tanto, leva-se em consideração a pena hipoteticamente aplicável ao infrator, levando em conta as circunstâncias do crime e do art. 59 do CP, que foram apuradas no curso do inquérito ou da ação penal.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

A prescrição retroativa antecipada é a constatação da prescrição, antecipadamente, levando-se em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado. Quando o juiz recebe a denúncia por uma lesão corporal simples dolosa, por exemplo, pode vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima, ou seja, três meses de detenção. Nesse caso, estaria prescrita a pretensão punitiva do Estado, porque já teria decorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia um prazo superior a 2 anos. Se o magistrado se baseasse na pena in abstracto prevista para o crime, isto é, 1 ano (máximo possível) a pretensão punitiva prescreveria em 4 anos, de modo que ainda não teria ocorrido (NUCCI, 2017, p. 703).

Para o professor Luiz Flávio Gomes, a prescrição da pretensão punitiva virtual (subespécie da PPP) é uma construção doutrinária e jurisprudencial (jurisprudência da primeira instância), de acordo com a qual, tendo-se conhecimento do fato, bem como das circunstâncias que seriam levadas em conta quando o juiz fosse graduar a pena e chegando-se a uma provável condenação, tomar-se-ia por base essa pena virtualmente considerada e far-se-ia a averiguação de possível prescrição, quando então não haveria interesse em dar-se andamento em ação penal que de antemão pudesse encerrar com a extinção da punibilidade (GOMES, 2010).

A prescrição virtual pretende afastar do Judiciário os processos sabidamente “inúteis”, os quais já se sabem desde o início, pela aferição das circunstâncias do crime e condições pessoais do acusado, que uma possível sentença condenatória fixaria uma pena por meio da qual já se poderia estimar a ocorrência da prescrição.

Até mesmo antes do ajuizamento da ação penal e de concluído toda a instrução processual, as informações colhidas durante a fase inquisitorial podem demonstrar as circunstâncias que serão consideradas para a dosimetria da pena quando da fase do art. 59 do CP.

Para fins didáticos, vamos explicar resumidamente como é feita a dosimetria da pena no sistema trifásico, adotado pelo nosso código penal, preconizado por Nélson Hungria.

O legislador adotou o sistema trifásico de Nélson Hungria para a fixação da pena na reforma da Parte Geral do Código Penal, afastando completamente o sistema bifásico.

Na dicção do art. 68 do CP, podemos observar com clareza as três fases do cálculo da pena, *ipsis litteris*: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Na primeira fase será fixada a pena-base, na qual aprecia-se as circunstâncias judiciais do crime e do Réu, nos ditames do art. 59 do CP, que são elas: (i) a culpabilidade; (ii) os antecedentes; (iii) a conduta social; (iv) a personalidade do agente; (v) os motivos; (vi) as circunstâncias e consequências do crime e o (vii) comportamento da vítima.

Assim, após a apreciação das circunstâncias judiciais, o juiz chegará a uma parcela de pena, que deverá estar nos limites previstos no artigo 59, inciso II, do CP.

Após o cálculo da pena-base, o juiz passará para a segunda fase da dosimetria, na qual examinará as circunstâncias agravantes e atenuantes. As circunstâncias agravantes estão previstas, taxativamente, nos arts. 61 e 62 do CP. Dentre elas, sobressaem a reincidência, a traição, o motivo fútil, a paga ou promessa de recompensa e a embriaguez pré-ordenada. A aplicação das agravantes deve se ater às previstas nos arts. 61 e 62 sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal.

Por sua vez, as circunstâncias atenuantes estão inseridas nos arts. 65 e 66 do CP. Tais circunstâncias não são taxativas, em razão de serem benéficas ao réu. Desta forma, o magistrado pode considerar qualquer circunstância relevante do crime para a aplicação da atenuante, consoante o art. 66 do diploma.

Por fim, no terceiro e último momento da dosimetria, consideram as causas de aumento e de diminuição da pena, que estão previstas em frações fixas (dobro ou metade), ou em limites ($1/3$ a $2/3$). Estas circunstâncias estão inseridas em diversos artigos do Código Penal, seja na parte geral (por exemplo, nos arts. 14, 16, 21, 70), ou na parte especial (arts. 121, § 1º; 129, § 4º; 334, § 3º).

Após o término da dosimetria da pena, o juiz chega a uma quantidade de pena, obtendo, desta forma, a sanção concreta.

A maioria das informações que são consideradas na dosimetria da pena, já estão inseridas nos autos desde a fase de investigação, e são conhecidas pelo Ministério Público durante todo processo inquisitorial, e especialmente quando do oferecimento da denúncia e o juiz, por obvio, quando do recebimento da exordial.

Assim, examinando as circunstâncias do caso concreto, é possível que desde o seu início vislumbre a possibilidade de uma eventual condenação e a respectiva valoração da pena, com o objetivo de estimar a utilidade do processo, ou se este já teria se tornado inútil, em razão da constatação da prescrição retroativa com base na pena virtualmente aplicável ao Réu.

Nas varas criminais tornou-se comum que após um longo trâmite processual e a sua respectiva instrução probatória, na qual, por exemplo, são ouvidas testemunhas, feitas perícias e muitas outras diligências, logo após, o magistrado, ao proferir a sentença, condenando o acusado e concretizando a pena, deverá reconhecer a extinção da punibilidade em razão prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, tornando-se inútil todo o trabalho que foi desenvolvido no curso do processo.

Nesse contexto, é que surge a utilização da prescrição virtual, a qual tem o escopo de afastar do Poder Judiciário os processos sabidamente inúteis, que só contribuirão para o acúmulo de serviço, aumentando a lentidão no trâmite processual, e tornando ainda mais custoso para o erário, bem como para o Réu com o pagamento de honorários advocatícios, causando todo um transtorno para o órgão jurisdicional, para a acusação e para o Réu.

2.4.2 SÚMULA Nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atualmente, a Súmula 438 do STJ veda o reconhecimento da prescrição punitiva pela pena virtualmente aplicada ao Réu, *ipsis litteris*: “**Súmula 438 - É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. (Súmula 438, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)**”.

Face o exposto, apesar do STJ atualmente vedar a aplicação da prescrição virtual, mesmo em casos em que pode vislumbrar e antever a ocorrência da prescrição retroativa, o Egrégio Tribunal, de forma incomum, anteriormente à edição da referida súmula já decidiu de forma diversa, conforme julgado a seguir:

PENAL. PROCESSUAL. RECEPÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RESSARCIMENTO. ARREPENDIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA. REDUÇÃO NO GRAU MÁXIMO. "HABEAS CORPUS". 1. INDUBITÁVEL QUE SO PODE HAVER EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA SE HOVER, ANTES, SENTENÇA CONDENATORIA. 2. **SENDO O ACUSADO PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, CONSIDERANDO QUE HOVE, ANTES DA AÇÃO PENAL, POR ATO VOLUNTÁRIO, RESSARCIMENTO DA COISA, HIPÓTESE EM QUE SE REDUZ A PENA A GRAU MÁXIMO, DECRETA-SE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA.** 3. "HABEAS CORPUS" CONHECIDO; PEDIDO DEFERIDO (Superior Tribunal de Justiça. HC nº 4795/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 29/10/1996, p. 41670.) (grifei).

2.4.3 MUNDANÇAS ELENCADAS PELA LEI Nº 12.234/10

A Lei 12.234/2010 foi sancionada em 5 de maio de 2010, e alterou pontos importantíssimos do Código Penal, sendo eles: o quantitativo mínimo do prazo prescricional, fim da prescrição retroativa compreendida da data do fato ao recebimento da denúncia, e alterou, também, a redação do art. 109, caput e inciso VI, e do art. 110, parágrafo 1º, todos do Código Penal.

Antes de adentrarmos ao tema, é de bom alvitre lembrar da normas que regem a lei penal no tempo, as quais fazem com que citada lei seja irretroativa para os crimes ocorridos até 05/05/2010, por ser desfavorável ao Réu (*novatio legis in pejus*). Desta forma, ela só pode ser aplicada para fatos ocorridos a partir do dia 06/05/10.

Ato contínuo, a referida lei trouxe as seguintes modificações pro Código Penal:

A primeira mudança elencada pela Lei 12.234/2010 refere-se ao prazo mínimo de prescrição, o qual passou de 2 para 3 anos. Assim, para os delitos cuja pena máxima seja inferior a um ano, o prazo prescricional passou a ser de 3 anos.

Assim, analisando a atual redação do Código Penal, com as alterações trazidas pela Lei 12.234/2010, é errado afirmar que os prazos prescricionais sejam apenas aqueles previstos no artigo 109 do Código, visto que o art. 114, inciso I, permanece intacto e prevê que o prazo prescricional de dois anos aplicando-se somente à pena de multa, desde que esta seja a única cominada. Deste maneira, hodiernamente, temos 2 cômputos de prazos prescricionais no Código Penal, que são os elencados no artigo 109 (incisos I a VI) e o outro previsto no art. 114, inciso I.

A segunda, diz respeito ao art. 109, caput, do Código Penal, o qual deixa de citar o § 2º do art. 110 do mesmo Código (que foi revogado pelo art. 3º, da Lei 12.234/2010), tendo em vista a revogação do aludido parágrafo que previa que a contagem do prazo prescricional poderia ter o termo inicial a data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

Em análise a esta última alteração, verifica-se que o revogado § 2º do art. 110 do CP, o qual estabelecia que a prescrição após a sentença ou acórdãos condenatórios poderia ter o termo inicial a data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Tal dispositivo permitia a contagem da prescrição retroativa entre a data do fato até o recebimento da exordial acusatória.

Assim, com a modificação na redação do §1º do art. 110 do CP, o prazo prescricional atualmente não pode ser contabilizado entre a data do fato e o recebimento da denúncia o que tornou-se proibido pela nova lei.

Porém o prazo pode ser contado a partir do recebimento da denúncia ou da queixa, desde que para o cálculo da prescrição abstrata, como por exemplo: houve a denúncia em 2008, por um furto simples, cujo Réu tem as circunstâncias do art. 59 do CP favoráveis, todavia, houve a demora na instrução e depois do transcurso do lapso prescricional da pena virtual (de um ano por exemplo), já não é viável continuar com a ação penal em 2013 (por de justa causa). Do recebimento da denúncia, em 2008, até o ano de 2013 transcorreram-se cinco anos.

A pena que seria virtualmente aplicada de 1 ano prescreve-se em 4 anos, ou seja, houve o transcurso da prescrição retroativa.

Desta maneira, conforme o exposto, mais uma vez os legisladores optaram por restringir direitos, e dificultar ainda mais o trabalho jurisdicional. Ao invés de inovar, possibilitando ao judiciário que priorize aos delitos de maior relevância, e por conseguinte, trazendo maior economia processual, na contramão de tudo isso, o legislativo vedou a contagem do prazo prescricional retroativo entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa.

2.4.4 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À SUA APLICAÇÃO

Não obstante os fortes argumentos usados para a defesa do instituto, bem como maioria da doutrina defendê-lo, contrariamente à aplicação da prescrição virtual tem a edição da Súmula n.º 438 do Superior Tribunal de Justiça, a qual os órgãos jurisdicionais se submetem.

Isto posto, aqueles que são contra a prescrição antecipada, fundamentam-se, basicamente, nos princípios que norteiam o processo penal, que serão abaixo esmiuçados.

Contrariamente à prescrição virtual temos um doutrinador de peso, que é o Cezar Roberto Bittencourt, que na suas palavras:

“Finalmente, não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de

mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em uma hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente, de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art.5.º, LVII, CF)” (BITENCOURT, 1999, p. 753).

Ato contínuo, hodiernamente, temos o Princípio da Legalidade, o qual os tribunais superiores utilizam, em razão da ausência de previsão legal para afastar a aplicação da prescrição retroativa virtual. Eles baseiam-se no fundamento de que, a partir da leitura do art. 110, do CP, verifica-se que a prescrição retroativa requer uma sentença condenatória, sendo que, antes dela, a prescrição apenas poderá ser pela pena máxima privativa de liberdade cominada ao delito, ou seja, cabível somente a prescrição em abstrato.

Por sua vez, outro princípio de peso utilizado por aqueles que são contrários, é o da obrigatoriedade, o qual tem o fito de retirar do parquet a liberalidade de agir, face a indisponibilidade da ação penal em nosso ordenamento jurídico. Destarte, não é permitido ao Ministério Público fazer um juízo de utilidade da futura ação penal, para que eventualmente deixe de oferecer a denúncia, e tampouco requerer o reconhecimento da prescrição virtual da pena, ou quiçá o juiz decretá-la de ofício.

Aduzem, ainda, que o reconhecimento da prescrição virtual interferiria na presunção de inocência, baseando-se que enquanto o acusado não for definitivamente condenado, com sentença transitada em julgada, presume-o inocente. É o que se extrai da redação do art. 5º, LVII, da CF/88. Apesar de tal princípio, não violam a análise da prescrição virtual, uma vez que tão somente constata antecipadamente a pena que ao final seria aplicada ao réu. O reconhecimento da prescrição virtual não induz que o réu seria culpado, nem interfere no mérito da questão, meramente visualiza que o processo não terá mais utilidade.

Por fim, temos outro princípio, que é oriundo da teoria geral do processo, o qual é o direito à sentença de mérito, parecido com princípio do devido processo legal, afirma a corrente contrária que este repele a prescrição virtual, uma vez que é direito do réu para si a prolação de uma sentença judicial de mérito, seja declarando-o culpado ou inocente.

2.4.5 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS À SUA APLICAÇÃO

Conforme exposto nos tópicos anteriores, apesar do legislador ter feito das mais variadas formas para tentar restringir a prescrição e suas modalidades, mormente considerando a criação da Lei nº 12.234/2010, e a Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça que a vedou expressamente, ainda persistem fortíssimos fundamentos para seu reconhecimento.

De acordo com os defensores do instituto (doutrinadores contemporâneos, como: Rogério Greco, Guilherme Nucci, Renato Brasileiro de Lima e Fernando Capez) o reconhecimento antecipado da futura e inevitável prescrição retroativa pouparia um provimento jurisdicional ineficaz, fazendo com que houvesse uma maior economia processual, haja vista a irracionalidade de movimentar os órgãos jurisdicionais desnecessariamente com ações fracassadas.

Ademais, os defensores da prescrição virtual valem-se de fortes argumentos, bem como de alguns princípios para defesa deste instituto, sendo os principais: a ausência de interesse de agir, a dignidade da pessoa humana (que é violada, bem como o *status dignitatis*), a economia processual, dentre outros (ATAÍDE, 2009).

A seguir, veremos, na ordem em epígrafe, os princípios que ensejam a validade e a aplicação do instituto.

Considerando a importância que o princípio do interesse de agir possui no processo penal, bem como para o instituto da prescrição, em modo geral, vamos analisa-lo primeiramente, conforme a seguir.

Inicialmente, cumpre destacar que, toda ação penal para ser efetivamente exercida deve atender a alguns pressupostos e condições. Outrossim, as condições da ação são necessárias para dar utilidade e viabilidade ao provimento jurisdicional, uma vez que a movimentação da máquina judiciária não pode ser utilizada com processos desnecessários.

Assim, o interesse de agir refere-se à premissa de que o Estado não pode demandar o órgão jurisdicional sem que desse processo possa-se extrair algum resultado útil. No âmbito do processo penal, a falta de interesse de agir é semelhante com a ausência de justa causa (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2014, p. 279).

Diante do exposto, caso constate-se a falta de possibilidade de reconhecimento do direito pleiteado, ou ainda, verifique-se a impossibilidade de se atingir os fins a que se destina o provimento jurisdicional pleiteado, torna-se manifesta a ausência de interesse de agir.

Neste sentido, temos o exemplo trazido na obra de Renato Brasileiro de Lima:

Imagine-se o seguinte exemplo: em data de 12 de maio de 2008, o Ministério Público tem vista de autos de inquérito policial relativo a suposto crime de furto simples ocorrido em 25 de outubro de 2005. À época do delito, o investigado era menor de 21 (vinte e um) anos, além de ser primário e portador de bons antecedentes.

Nesse caso concreto, ainda não houve prescrição da pretensão punitiva abstrata. De fato, tal espécie de prescrição leva em consideração o máximo da pena cominada ao delito – no exemplo, 4 (quatro) anos de reclusão; considerando que o lapso prescricional seria de 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV, do CP, contado pela metade – 4 (quatro) anos –, por se tratar de acusado menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime, resta evidente que não transcorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a data do crime – 25 de outubro de 2005 – e a data em que o Ministério Público teve vista dos autos (12 de maio de 2008). Porém, se ainda não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva abstrata, já se pode visualizar, no caso concreto, a presença da prescrição em perspectiva. O delito de furto simples tem pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos; tendo em conta que o acusado é primário, portador de bons antecedentes, mesmo antes de instaurado o processo penal, o Promotor de Justiça já pode visualizar que, se acaso proferida sentença condenatória, a pena a ser imposta ao acusado seria de 1 (um) ano.

Pois bem, supondo-se que a pena imposta pelo juiz fosse de 1 (um) ano, dar-se-ia a prescrição da pretensão punitiva retroativa em 04 (quatro) anos, prazo este que é contado pela metade, logo, em 02 (dois) anos, por se tratar de acusado menor de 21 anos (CP, art. 115). Ora, entre a data do crime – 25 de outubro de 2005 – e a data em que o Ministério Público teve vista dos autos – 12 de maio de 2008 – já transcorreu lapso temporal superior a 02 (dois) anos.

Portanto, o órgão ministerial já pode visualizar, antecipadamente, que o processo está fadado à prescrição da pretensão punitiva retroativa, porquanto, mesmo que o acusado seja condenado no futuro, haverá o

reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa (LIMA, 2016, p 257).

A instauração de ações penais, atualmente, tem superado o limite razoável de duração do processo, fazendo com que o Estado se aposse ilegalmente do tempo do particular de forma dolorosa e irreversível. “Essa apropriação ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, porque o processo em si mesmo é uma pena” (LOPES JR, 2016, p. 76).

O ajuizamento de processos temerários, fadados à inutilidade, faz com que atinja desarrazoadamente o *status dignitatis* do cidadão, bem como secundariamente viole o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, basta uma simples consulta nas pesquisas processuais e o nome daquele que injustamente responde a um processo derrocado estará lá, ou ainda, processos que já “nasceram mortos” que tão somente trazem desconforto para as partes, sendo de um lado está o Ministério Público, estritamente vinculado à obrigatoriedade da ação penal, perdendo o tempo com processos sabidamente infrutíferos, e do outro lado o réu, constrangido e tendo que arcar com o ônus da defesa.

Por tais razões, devem existir mecanismos para se evitarem ao máximo que alguém seja processado injustamente, sendo necessário, para tanto, que haja justa causa para a manutenção da ação penal. Neste contexto, entra em cena o instituto da Prescrição Virtual, cujo objetivo precípuo é de evitar o ajuizamento e a manutenção de ações desnecessárias, visto que é indiscutível, a necessidade de um processo útil, no qual seja possível atingir sua finalidade, que é obter uma eventual condenação daquele que transgrediu a norma penal e, caso o processo não possua essas diretrizes, será meramente um constrangimento ilegal ao réu (FERREIRA, 2013)

Assim, em síntese, submeter alguém ao incômodo de uma ação penal, tendo a certeza que ela é desnecessária, consiste na ocorrência de constrangimento ilegal, visto que a injustiça, oriunda de uma acusação que manifestamente não alcançará condenação do réu, existe tão somente para justificar a ineficiência e os caprichos dos poderes executivo e legislativo, posto que uma superveniente sentença condenatória será maculada pela prescrição.

O princípio da economia processual preconiza que o processo deve ser eficiente, e, desta forma, alcançar o seu resultado com o mínimo de constrangimento e ônus possível para todos aqueles que participam da ação penal, inclusive os órgãos jurisdicionais.

A sua relação com prescrição virtual é intrínseca, tornando o principal fundamento na defesa do instituto. É sabido que atualmente o judiciário brasileiro, seja os órgãos jurisdicionais federais, quanto os estaduais, vivem afogados de processos, dentre os quais existem uma parcela que possuem manifesta inutilidade.

Assim, o aludido princípio serve de subterfúgio para a aplicação da prescrição virtual, vislumbrando a extinção de processos sabidamente inúteis, para que todos os envolvidos na persecução deixem de envidar esforços e gastos desnecessários com processos temerários.

O princípio da economia processual também guarda relação com o *status dignitatis* do acusado – citado anteriormente, à medida que a postergação desnecessária do processo manterá o nome do réu de forma infundada em registros processuais criminais, de forma a eventualmente atrapalhar até mesmo sua vida pessoal.

A introdução deste princípio no nosso ordenamento jurídico deu-se através da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, na qual o Brasil é signatário. Sendo que no seu art. 8, I, tem a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse sentido, em defesa do instituto da prescrição virtual, segue as ideias de Fábio Ataíde:

Milhares dos processos criminais demandados no Judiciário até 2005 já estão fadados à prescrição retroativa, a tomar como referência a possível

pena a ser aplicada no caso concreto. Por isso, muitos magistrados reconhecem antecipadamente a prescrição retroativa (...).

Neste particular, ao contrário da tendência do processo penal moderno, tanto o STF (cf. HC 94.757-3/08), como também o STJ (cf. HC 111.330, DJe 09.02.09), parecem seguir em um campo meramente burocrático, sem identificar as razões práticas que levam os juízes a encontrar na prescrição antecipada uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo (...).

Dessa forma, muitos processos continuam tramitando sem que seja possível tirar deles qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São ações que, quando resultam em condenação, acabam atingidas pela prescrição retroativa, perdendo o Estado o poder de aplicar qualquer sanção. Reforça o aspecto alegórico da lei penal a crença num Judiciário preso à lei e incapaz de inovar, principalmente no campo penal. A derrocada do Direito Penal começa com seu simbolismo. Pode parecer contraditório, mas a lei penal encontra adversários também dentre seus áduos defensores, que acreditam poder defendê-la por inteiro, sem ter de extirpar uma parte para salvar o todo. O simbolismo penal vincula-se, primitivamente, à ideia de criminalização como fator de dissipação do medo social (...).

O simbolismo penal acontece de maneira generalizada no sistema punitivo, desde institutos como a fiança até o momento da ressocialização do sentenciado. Fazendo uma análise do instituto em estudo à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, cabe esclarecer que a questão da prescrição antecipada não é meramente formal, mas abrange aspectos para a real proteção dos direitos fundamentais (ATAIDE, 2009, p. 14-15).

Ademais, não se pode olvidar que alguns tribunais sabiamente admitiam o reconhecimento da prescrição antecipada, sob os argumentos acima colacionados, conforme depreende-se do seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

“É cabível o reconhecimento da prescrição em perspectiva, em casos excepcionais, quando evidente que o prosseguimento da ação penal redundará em nada. **Tanto a persecução penal, como a prestação jurisdicional, espécies do gênero das ações estatais, pautam-se pela observância ao princípio constitucional da eficiência** (artigos 5º, LXXVIII e 37, caput, da Constituição Federal)” (TRF 4ª R. – 4ª S. – EINRSE 2007.72.04.001453-9 – Rel. Paulo Afonso Brum Vaz – j. 19.06.2008 – DJU 04.07.2008) (grifei).

3. CONCLUSÃO

Como visto alhures, o instituto da prescrição penal representa, em síntese, a perda do poder de punir do Estado em virtude do transcurso de tempo, dentre o qual não haja o início ou término da persecução penal, sendo que este é o meio hábil para atingir o *jus puniendi*.

Trata-se de um instituto basilar do nosso ordenamento jurídico pátrio, que até o próprio conceito da palavra denota sua importância. Nesse sentido, a prescrição regula e limita o direito de punir estatal, inibindo que o utilize arbitrariamente, trazendo segurança jurídica para a sociedade.

Dentro da prescrição penal temos uma subespécie, que é a Prescrição Virtual ou Antecipada, em apertada síntese, tal subespécie defende que desde o início de uma persecução penal o operador do direito poderá vislumbra uma pena hipotética a ser aplicada ao acusado na sentença final, de modo a antever também o respectivo prazo prescricional dessa sanção.

Desta forma, toda vez que o acusado ou investigado possuir circunstâncias judiciais favoráveis, de forma que seja evidente e inevitável a ocorrência da prescrição retroativa, deve o juiz reconhecê-la antecipadamente e até mesmo *ex officio*. Assim sendo, o magistrado disporá de um instrumento para pôr fim aos processos inúteis, nos quais o gasto processual tornaram-se dispensáveis.

A aplicação, validação e legalização deste instituto em face da atual problemática vivenciada pelos órgãos jurisdicionais, é de grande valia e servirá para reduzir a lentidão na prestação jurisdicional, sendo certo que esta causa inúmeros transtornos àqueles que dependem de um provimento.

Além disso, deve-se ser analisado como fortíssimo argumento o constrangimento ocasionado ao acusado, que sob a aflição de um processo derrocado tem ferido o seu *status dignitatis*.

De outro lado, apesar dos evidentes benefícios que pressupõe a aplicação do instituto, há uma corrente contrária que entende que a prescrição antecipada, considerando a sua inexistência no ordenamento jurídico, fere os princípios da legalidade, presunção de inocência, obrigatoriedade da ação penal e o devido processo legal.

Malgrado as teses contrárias, o princípio da economia processual, bem como a ausência de interesse de agir, diante da atual problemática vivenciada no

judiciário e de todo o formalismo desnecessário, sobressaem em face dos argumentos contrários, mormente considerando os fins a que se destina a aplicação da prescrição virtual.

Por todo o exposto durante este trabalho, mesmo diante da posição contrária dos tribunais superiores, infere-se que a aplicação do instituto é possível no nosso sistema processual penal, mormente considerando a sua previsão nos sistemas de outros países, tornando-se necessário romper com o formalismo e, fazer com que o direito de punir estatal seja submisso ao *jus libertatis* (liberdade e dignidade da pessoa humana) quando houver a ausência de justa causa para o prosseguimento da persecução penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIRABETE, Julio Frabrinni. **Manual de Direito Penal, v. 1: parte geral**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. De. **Prescrição Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 17. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 6ª. Ed. – Rio de Janeiro: RT. 2006.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. – nº 69. São Paulo: 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1 - 22ª Ed**. São Paulo: Saraiva. 2018.

Código Penal Brasileiro. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado durante os meses de abril e maio de 2018.

Código de Processo Penal Brasileiro. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado durante todos os meses de abril e maio de 2018.

ATAÍDE, Fábio. **A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 202, p. 14-15, set. 2009

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Ano 2010. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2190486/artigo-do-dia-prescricao-virtual-ou-antecipada-sumula-438-do-stj>>. Acesso em 09 de junho de 2018.

Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%277.mat.#TIT41TEMA0>>. Acesso em 11 de junho de 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. **Prescrição penal em perspectiva e sua aplicação no direito penal brasileiro**. TCC para obtenção de Graduação no Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5207/1/RA20857090.pdf>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Objetivo: Comentários atualizados**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

KANT, E. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **Súmula que veda prescrição virtual é retrocesso. 2010**. Artigo disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jun-06/sumula-stj-proibe-prescricao-virtual-retrocesso>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.