

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

BIANCA SILVEIRA DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA

2014

BIANCA SILVEIRA DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof^ª. Carla Rocha Pordeus

SOUSA

2014

BIANCA SILVEIRA DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof^ª. Carla Rocha Pordeus

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 11/09/2014.

Orientadora: Prof^ª. Carla Rocha Pordeus

Prof. Jardel de Freitas Soares

Prof. Eligidério Gadelha de Lima

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, pai celestial e fonte de toda sabedoria, que me concede toda a força necessária para acreditar que sou capaz de conquistar meus objetivos e me guia pelo caminho correto.

Aos meus pais, pelo apoio e amor imensuráveis, por acreditar nos meus sonhos e fazer deles os seus. Obrigada, Francisco Deusdete e Eva Sandra, vocês são os meus heróis!

A minha avó, Chiquita, *in memoriam*, fonte de um carinho e sabedoria sem fim. Vozinha, as minhas vitórias são suas!

Aos meus irmãos, pela admiração de sempre.

Ao meu noivo, Ricardo, bem como toda sua família, por todo carinho, amor e atenção que me foram presenteados.

Aos meus familiares, pelas orações e torcida sincera!

A minha gratidão à professora Carla Rocha Pordeus, pela excelente orientação, conversas e conselhos que tivemos durante este tempo árduo de preparação. Professora, muito obrigada por tudo, sua orientação foi de extrema importância para que eu conseguisse construir esse trabalho.

Aos meus mais que amigos, irmãos, companheiros de toda essa jornada acadêmica, André, Acácio, Isaac, Joabson, Luiz Augusto, Regina e Rhuana, nunca esquecerei o carinho, amor, atenção, risadas e choros que tivemos durante esse todo esse tempo estudantil. Que Deus os abençoe e os torne grandes operadores do Direito!

Aos demais amigos, bem como aos colegas de trabalho da Procuradoria da República no Município de Sousa, por toda força, carinho e determinação que me foram repassados.

A todos vocês dedico um dos acontecimentos mais importantes da minha vida!

"A finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser sensível (...) O seu fim (...) é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo."

(Cesare Beccaria)

RESUMO

O Poder Judiciário Brasileiro, em especial no que se refere à Justiça Criminal, conta com um grande número de processos em trâmite, grande parte deles, inúteis, uma vez que não se faz mais possível ao Estado aplicar a sanção correspondente. Diante de tais dados, magistrados, promotores e advogados começaram a usar a criatividade, bem como todo o conhecimento jurídico que possuíam, com vistas a buscar solucionar de maneira célere as questões postas em juízo, surgindo daí o instituto da prescrição virtual. Esse novo tipo de prescrição, apesar de não possuir previsão legal expressa, vem sendo adotado por muitos operadores do Direito, correspondendo a uma das espécies da prescrição da pretensão punitiva, na qual o magistrado, ou outro operador do Direito, simula a mais grave sanção possível para o réu se o mesmo fosse condenado ao fim da instrução criminal e, sendo tal caso, já vislumbra antecipadamente o esgotamento do prazo prescricional no momento da propositura da ação penal, ou mesmo em seu curso. Assim, a prescrição em perspectiva pauta-se, principalmente, na ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, uma vez que se ausentes a possibilidade de reconhecimento e atribuição do direito pleiteado, qual seja, a sanção penal, bem como se verificada a impossibilidade de serem atingidos os fins da condenação através do provimento jurisdicional utilizado, não se pode falar em interesse de agir. Nesse diapasão, pretendendo demonstrar a natureza do referido instituto e a admissibilidade do mesmo pelos tribunais brasileiros, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, o histórico comparativo como método de procedimento e, como técnica de pesquisa, a teórica, que se deu através de pesquisa bibliográfica, onde se fez uso de livros, leis, jurisprudência, bem como estudos encontrados nos meios eletrônicos, como forma embasar e sustentar a abordagem do objeto. Dessa forma, ao final da pesquisa, constatou-se que - apesar de ainda muito criticada por diversos tribunais, estando dentre eles o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça - a prescrição virtual representa um avanço da doutrina e jurisprudência, uma vez que esta busca o afastamento de processos fadados ao fracasso, dando lugar aos casos que mereçam maior atenção e celeridade, possibilitando assim que estes possam ter um julgamento razoável e dentro dos ditames previstos no ordenamento. Portanto, apesar de combatida, erroneamente, pelas mais altas cortes judiciárias brasileiras, a prescrição virtual é uma realidade e se faz presente, como um grande passo, na busca para que a celeridade processual não seja prevista apenas na norma, mas sim como uma verdadeira realidade no âmbito processo criminal brasileiro.

Palavras-chave: Prescrição Virtual. Admissibilidade. Ausência do interesse de agir. Celeridade Processual.

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary Power, especially regarding to criminal justice, has a large number of pending proceedings, most of them unnecessary, once it becomes more unlikely to the State the application of the corresponding penalty. Facing these data, judges, prosecutors and lawyers began to use the creativity, as well as all the legal knowledge they owned, willing to find the faster way to resolve the issues discussed into judgment, arising from this the Institute of virtual limitation. This new type of limitation, despite having no expressed legal provision, it has been adopted by many Law operators, corresponding to one of the species of the limitation of punitive claim, in which the judge, or other Law operator, simulates the most severe possible penalty applied for the defendant if it were condemned in the end of the criminal process and, being that applicable, they perceive in advance the exhaustion of the limitation period at the time of the proposal of the criminal action, or even during its course. So, the limitation period in perspective is based especially on the absence of one of the conditions of action, which it is the interest of acting, once if absent the possibility of recognizing and application of the pleaded right, namely, the criminal penalty, and if verified the impossibility of being hit the purposes of the condemnation through the jurisdictional provision used, there is no possibility of interest of acting. According to this understanding, intending to demonstrate the nature and the admissibility of the aforementioned institute by the Brazilian Courts, were used, as a method of procedure, the deductive approach and historical comparison methods, and the theoretical as a research technique, which was made through bibliographic research, by the using of books, laws, jurisprudence, as well as studies available on electronic media, supporting the point of the object in discussion. This way, in the end of the research, it was found that – although still heavily criticized by several courts, including Supremo Tribunal Federal and Superior Tribunal de Justiça -, the virtual limitation is an advancement from the doctrine and jurisprudence, since it's been seeking the reduction of the large amount of processes doomed to failure, replacing them with cases that deserve more attention and urgency, making it possible to them to have a fair trial, just the way the law predicted it must be. Thus, even wrongly opposed by the highest Brazilian judicial courts, the virtual limitation is feasible and represents a great step to reach the procedural celerity, making it not just a legal text, but a reality in Brazilian criminal process.

Keywords: Virtual Limitation Period. Admissibility. Absence of the interest of acting. Procedural Celerity.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

MP – Ministério Público

PPP – Prescrição da Pretensão Punitiva

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DO DIREITO DE PUNIR: ASPECTOS HISTÓRICOS E TIPOS DE PENA.....	12
2.1 FINALIDADES DA APLICAÇÃO DA PENA.....	14
2.2 DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	15
2.3 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.....	17
2.4 DA PENA DE MULTA.....	20
2.5 A AÇÃO PENAL E SUAS CONDIÇÕES.....	21
3 DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	27
3.1 DOS MODOS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	28
3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES.....	30
3.2.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.....	34
3.2.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.....	35
3.2.3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.....	37
3.2.4 PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A LEI Nº 12.234/2010.....	39
4 DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ANÁLISE ACERCA DA ADMISSIBILIDADE.....	43
4.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....	44
4.2 A AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....	46
4.3. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	49
4.4 ENTENDIMENTO DO STF E STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....	52
4.5 A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Com o enorme número de processos criminais em trâmite nos órgãos judiciários brasileiros, encontrando-se, grande parte deles, inúteis - uma vez que já se sabe, desde o início, ou durante a instrução criminal, que pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos, bem como as condições pessoais do acusado, a quantidade de pena que seria aplicada ao acusado, e com base nesta, já se poderia aferir a prescrição ocorrida -, criou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, através do trabalho doutrinário e jurisprudencial, uma nova forma de prescrição, qual seja, a prescrição virtual.

Como se sabe, a Ciência Criminal é um ramo do Direito que apresenta grande número de temas ricos e controvertidos, estando, dentre eles, a prescrição.

Diante das divergências existentes, o presente trabalho de conclusão de curso vem com o objetivo de aprofundar o estudo da prescrição virtual, tema relativamente novo na doutrina e jurisprudência, sem previsão legal expressa, e que vem gerando inúmeros debates nos Tribunais Brasileiros.

Igualmente nominada de prescrição em perspectiva ou projetada, esse instituto gera inúmeras discussões acerca do seu reconhecimento, seja como forma de extinção da punibilidade, seja como hipótese de ausência do interesse de agir na ação penal, diante da constatação da carência processual, uma vez que se faz possível a decretação da prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia, ou da prolação da sentença.

Tendo como fundamento principal a falta da condição da ação supramencionada (ausência do interesse de agir), a prescrição virtual vem ganhando força nos Tribunais Brasileiros, apesar da sua completa rejeição pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, e, por tal divergência, o presente trabalho científico tem como objetivo geral apurar a admissibilidade e possibilidade de acolhimento do instituto em questão sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, com amparo na doutrina e na jurisprudência, como objetivos específicos, buscar-se-á demonstrar a natureza jurídica do referido instituto, bem como seus argumentos contrários e favoráveis de forma comparativa e dialética, permitindo-se assim uma visão pormenorizada do tema em estudo. Contudo, ressalta-se que a abordagem efetuada nesse trabalho não tem por pretensão esgotar as vias de debate – que, aliás, são inúmeras -,

mas, demonstrar a importância da prescrição em perspectiva na estrutura do Direito Penal Brasileiro.

Com o objetivo de alcançar os objetivos supramencionados, será utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que, será analisado o objeto em estudo de forma geral para se chegar a conclusões particulares. Os métodos de procedimento, conforme já informado em linhas anteriores, serão o histórico e o comparativo, uma vez que se busca, a partir da evolução do próprio direito de punir estatal, bem como da prescrição, realizar-se uma comparação entre as correntes favoráveis e contrárias ao objeto em estudo, traçando-se assim as principais críticas e argumentos da prescrição virtual.

Como técnica de pesquisa temos a teórica, que ocorrerá por meio de estudo bibliográfico, como forma de sustentar e embasar o objeto em estudo, sendo, dessa forma, utilizados como fonte bibliográfica livros, leis, jurisprudência, bem como estudos encontrados nos meios eletrônicos.

Dessa forma, este trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro abordará a evolução do Direito Penal, desde os tempos mais antigos, em que prevalecia a vingança privada, até os dias atuais, sob a égide do Estado como forma de resolução de conflitos, através da jurisdição. Buscar-se-á também demonstrar os tipos de pena – privativas de liberdade, restritivas e direito e multa -, bem como as finalidades de sua aplicação, sejam elas preventiva, retributiva ou mista, e, por fim, serão explanadas as condições da ação penal, com foco no interesse de agir, uma vez que este é subsídio para aplicação da prescrição virtual e será um dos pontos principais a ser abordado em tópico posterior.

O segundo capítulo desse trabalho buscará detalhar a extinção da punibilidade na seara criminal e o modo como essa ocorre, tendo como foco principal o estudo da prescrição penal, seu conceito, natureza jurídica e modalidades. Dessa forma, busca-se, primeiramente, entender o que é prescrição para poder compreender as formas como esta pode ocorrer, dividindo-a em diversas espécies, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva, que engloba a prescrição superveniente e a prescrição executória, e a prescrição da pretensão executória.

Por fim, o terceiro capítulo adentrará ao estudo mais aprofundado da prescrição virtual no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando assim um conhecimento sobre o nascimento do referido instituto, sua natureza jurídica, argumentos favoráveis e contrários, bem como a aplicação do mesmo por diversos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro.

Iniciando-se pelos argumentos favoráveis, verificar-se-á que a prescrição em perspectiva tem como base de sustento principal a ausência do interesse de agir, bem como está em consonância com o princípio da celeridade processual. Passando-se pelos contrários, o trabalho demonstrará a visão de diversos Tribunais, os quais apontam, como principal crítica ao instituto, a falta de previsão legal expressa e o desrespeito ao princípio do devido processo legal.

Desse modo, observa-se, portanto, que a temática do presente trabalho de conclusão de curso é essencial para Academia, uma vez que traz uma questão relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, a qual é prevista apenas na doutrina e na jurisprudência, e, de forma detalhada, busca demonstrar a sua principal finalidade, qual seja, a de extinguir inúmeros processos criminais inúteis existentes nos Tribunais Brasileiros, possibilitando assim ao Poder Judiciário o julgamento de processos realmente importantes de maneira célere e que tragam uma resposta à sociedade, que tanto espera e clama por justiça.

2 DO DIREITO DE PUNIR: ASPECTOS HISTÓRICOS E TIPOS DE PENA

O Direito Penal é o ramo do direito que tem a função de selecionar os comportamentos humanos considerados “mais graves” à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para o convívio social, e cominar-lhes as respectivas sanções, funcionando, portanto, como um instrumento de controle social do comportamento desviado e que visa assegurar a necessária disciplina, bem como a convivência harmônica da sociedade.

Atualmente, o Estado exerce o direito de punir por meio dos três poderes previstos na Constituição Federal: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. O primeiro atua na elaboração das leis, o segundo as aplicando ao agente que age ilegalmente e este no tocante à execução das penas, resultantes da lei aplicada ao caso concreto.

Ocorre que essa atuação dos três Poderes nem sempre ocorreu, havendo, no início da civilização, a aplicação da lei do mais forte, ou seja, a vingança privada, como assim explicitam Mirabete e Fabrini:

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a 'expulsão da paz' (banimento), que o deixava a mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da 'vingança de sangue', considerada como obrigação religiosa e sagrada, 'verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 16).

Diante do grande exagero punitivo, foi necessária a criação de um sistema proporcional de cominação de pena, surgindo assim a Lei de Talião, a qual foi adotada por babilônios, hebreus e romanos, através do Código de Hamurabi, Êxodo e da Lei das XII Tabas, respectivamente.

Com o famoso brocardo “olho por olho, dente por dente”, esta lei representou o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, à época, demonstrando assim, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.

Contudo, após o decorrer do tempo, como o número de infratores era grande, as populações acabaram ficando deformadas, tendo em vista a perda de um membro, sentido ou função, que a aplicação da Lei de Talião proporcionava. Desse modo, diante de tais fatos,

passou-se a buscar uma nova forma de resolução de conflitos.

Após vários anos e, principalmente, após uma sucessão de mudanças sociais, as pessoas foram concedendo autoridade ao Estado, soberania e poderes, buscando assim que este garantisse o mínimo vital, qual seja, mínimas condições de convivência em sociedade, buscando manter a ordem social e, quando necessário, a promoção da resolução de conflitos.

O pensamento supramencionado é disposto por Beccaria, em seu clássico “Dos delitos e das penas”:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano o povo (BECCARIA, 1980, p. 26).

Surge assim a ideia do *ius puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado, agindo este na elaboração de normas, criando tipos penais, estabelecendo quais condutas seriam consideradas ofensivas aos bens jurídicos relevantes para sociedade, bem como aplicando as leis ao caso concreto.

Conforme dispõe Jawsnicker (2008, p. 27), “o direito de punir abstrato consiste no direito que o Estado tem definir quais violações à ordem jurídica devem ser consideradas infrações penais, por afrontarem os bens jurídicos mais caros à sociedade”.

De forma concreta, o direito de punir está presente no direito de sancionar, impor penalidades, em resposta à conduta ofensiva do agente aos bens jurídicos por ele, Estado, protegidos.

Com base nisto, a legislação pátria brasileira criou os tipos de pena previstos para os casos de condutas que afrontem os tipos penais dispostos no Código, bem como na legislação extravagante, sendo elas: as penas privativas de liberdade, as restritivas de direito e a multa.

Através da criação das sanções penais, surgiu na sociedade a preocupação da racionalização das punições, bem como a preocupação com a dignidade da pessoa humana, pensamentos estes que deram início a construção de diversas teorias e fundamentos que buscavam justificar a sanção penal, tema de grande relevância e denominado de finalidades da aplicação da pena.

2.1 FINALIDADES DA APLICAÇÃO DA PENA

O Estado, no âmbito do Direito Penal, é acionado quando da prática de um ilícito, devendo assim cominar a sanção prevista na lei, materializando o direito de punir estatal.

A resposta estatal ao ilícito penal praticado pode ser a cominação de uma pena ou medida de segurança, não sendo estas aplicadas aleatoriamente, mas sim com uma função, seja ela repressiva, preventiva ou ambas.

São três as teorias que explicam a finalidade da aplicação da pena, não sendo ela, portanto, aplicada ao livre arbítrio do magistrado, e, possuindo, dessa forma, um objetivo específico.

Zaffaroni e Pierangeli expõem as três teorias da pena previstas na doutrina brasileira, declarando:

As teorias da pena costumam ser classificadas em absolutas, relativas e mistas.

a) São chamadas teorias absolutas as que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores. Tais são as sustentadas por Kant e Hegel. Na atualidade, não possuem adeptos.

b) As teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias da prevenção geral e da prevenção especial, cujos conceitos já examinamos: na prevenção geral a pena surte efeito apenas sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado.

(...)

c) As teorias mistas quase sempre partem das teorias absolutas, e tratam de cobrir suas falhas acudindo a teorias relativas. São as mais usualmente difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de outro, não se animam a aderir à prevenção especial. Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: 'prevenção geral mediante retribuição justa'. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 108).

Diante do exposto, verifica-se que existem três teorias que explicam as finalidades da pena, sendo elas, a absoluta, também reconhecida como retributiva, que tem a pena como uma retribuição ao mal causado pelo infrator; a relativa, ou preventiva, cuja acepção é ver a pena como uma forma de prevenir que outros delitos voltem a acontecer, e a teoria mista, ou eclética, que declara a pena, em sua acepção moral, como repressiva, mas também preventiva, sendo assim um misto de correção e educação.

Passada tal explicação a respeito das finalidades da pena, necessário se faz, a partir

deste momento, o exame pormenorizado de cada uma de suas espécies, as quais estão previstas no art. 32, do Código Penal, e possuem vários detalhes que merecem ser melhor estudados.

Nesse diapasão, os próximos tópicos abordarão o tema supramencionado, começando-se pelo estudo das penas privativas de liberdade.

2.2 DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A sanção penal corresponde a privação ou restrição de um bem jurídico imposto através de uma decisão criminal ao infrator pela prática de um delito, correspondendo, portanto, a principal consequência do fato punível.

Conforme exposto em linhas anteriores, três são os tipos de pena previstos no Código Penal Brasileiro, sendo elas as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a multa.

As penas privativas de liberdade constituem o núcleo central do sistema penal contemporâneo brasileiro, conforme salienta Zaffaroni:

Em algum momento, pretendeu-se substituí-las, tornando as penas pecuniárias o núcleo principal. De toda maneira, essas inovações não chegaram a frutificar as experiências efetivadas, mas, tanto seu âmbito como a confiança neles depositada, estão altamente reduzidos nos países centrais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 675).

Assim, a prisão-pena significa a legítima privação do direito de liberdade do condenado.

Esse tipo de pena pode ser subdividida em três subespécies, quais sejam, reclusão, detenção e prisão simples:

Existem três espécies de penas privativas de liberdade – reclusão, detenção e prisão simples – que, na realidade, poderiam ser unificadas sob a denominação de pena de prisão. A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semi-aberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos. (NUCCI, 2009, p. 380)

Desse modo, verifica-se que a pena de prisão simples é somente aplicada no caso de

contravenção penal, sendo as de detenção e reclusão destinadas aos crimes; estas possuem critérios de aplicação, dentre os quais pode-se citar que a pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes, fechado, semi-aberto e aberto, sendo que a detenção somente pode ter início nos regimes semi-aberto e aberto.

Nucci detalha as diferenças existentes entre as penas de reclusão e detenção, podendo ser, além da mencionada anteriormente:

(...) a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo Código Civil, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação de regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida em primeiro lugar (art. 69, caput, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito. (NUCCI, 2009, p. 380).

Algumas das diferenças supramencionadas estão previstas na Seção I do Código Penal Brasileiro, que informa no artigo 33, “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

O Código Penal menciona ainda as instalações onde as penas de reclusão e detenção devem ser cumpridas, podendo ser em estabelecimentos de segurança máxima ou média; colônias penais agrícolas, industriais ou similares; casas de albergado e similares, assim dispendo Zaffaroni e Pierangeli:

Os estabelecimentos de segurança máxima ou média são destinados ao regime fechado, sendo denominados de 'penitenciária' pela Lei de Execução Penal (art. 87), lá alojando-se os condenados em cela individual, com seis metros quadrados de área mínima (art. 88). O regime semi-aberto é cumprido em colônias, local onde os apenados são alojados coletivamente (arts. 91 e 92 da Lei de Execução Penal). O regime aberto é cumprido em casas de albergado, em imóvel que deve situar-se em centro urbano, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos contra a fuga (arts. 93 e 94 da Lei de Execução Penal). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 683)

Ademais, é imperioso ressaltar que as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas de modo progressivo, ou seja, do regime mais grave para o menos severo, e ainda segundo o mérito do condenado:

Iniciado o cumprimento da pena no regime estabelecido na sentença, possibilita-se ao sentenciado, de acordo com o sistema progressivo, a transferência para regime menos rigoroso desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar a progressão. A decisão do juiz do processo é provisória e, a partir do regime fechado, pode-se transferir o sentenciado para o regime semi-aberto e deste para o regime aberto. (MIRABETE e FABBRINI, 2010, p. 245).

Diante de todo o exposto, fazendo-se um comparativo com o tópico anterior, extrai-se que as penas privativas de liberdade têm por finalidade a retribuição do mal causado pelo infrator (prática de um crime, nos casos de reclusão e detenção, ou contravenção, nos casos de prisão simples), bem como busca prevenir que outros delitos não venham acontecer, através da progressão de regimes e, conseqüente, busca da ressocialização do condenado, encaixando-se assim na teoria mista ou eclética da finalidade da pena.

Por outro lado, o Código Penal Brasileiro prevê que, preenchidos certos requisitos, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por outro tipo de sanção penal, qual seja, a pena restritiva de direito, que se encontra prevista na Seção II do Título V do diploma legal em epígrafe, e também mencionada neste trabalho.

2.3 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

As penas restritivas de direito são sanções penais autônomas e substitutivas, uma vez que são fruto da troca que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade; e autônoma, porque subsistem após tal sanção.

Assim dispõem Zaffaroni e Pierangeli, que, além de explicitar a origem das penas restritivas de direito, manifestam-se no tocante às características deste tipo de pena:

A inserção das penas restritivas de direitos no Código Penal se fez, no início, de uma forma bastante tímida, mas mesmo assim representou um grande avanço no sentido da política criminal contemporânea. A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, atendendo ao apelo da política criminal dos nossos dias, ampliou as possibilidades de adoção das penas restritivas de direitos, não só reprisando as contidas na legislação anterior, mas acrescentando ao Código duas outras espécies dessas penas (art. 43, incisos I, II, IV, V e VI). Além disso, estabeleceu que essas penas são aplicadas de maneira autônoma, em substituição às penas privativas de liberdade que não sejam superiores a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, ou, qualquer que a seja a pena, nos crimes culposos (art. 44, I e II). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 691)

Conforme exposto acima, bem como com base nas disposições do Código Penal, as penas restritivas de direito são aplicadas em substituição às privativas de liberdade, possuindo como condições: I – que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Além das condições supramencionadas, o Código Penal destaca ainda:

(...) a condenação privativa de liberdade igual ou inferior a um ano pode ser substituída por uma restritiva de direitos ou multa; se a condenação for superior a um ano, a substituição poderá ser por duas penas restritivas de direito ou uma restritiva de direito e uma multa. (NUCCI, 2009, p. 413).

Vários são os tipos de penas restritivas de direito, os quais são expostos no art. 43 do CP que, dessa forma, elenca:

Art. 43. As penas restritivas de direito são:
I – prestação pecuniária;
II- perda de bens e valores;
IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V – interdição temporária de direitos;
VI – limitação de fim de semana.

Relatando detalhadamente cada pena restritiva de direito, cumpre informar que a prestação pecuniária, prevista no inc. I do art. 43, do CP, consiste no pagamento, em dinheiro, à vítima do delito, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada, que tenha destinação social, de valor determinado pelo juiz da causa, não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários.

O segundo tipo previsto, qual seja, a perda de bens e valores, “consiste no confisco em favor do Fundo Penitenciário Nacional de quantia que pode atingir até o valor referente o prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”. (MIRABETE e FABBRINI, 2010, p. 259)

A prestação de serviços à comunidade está prevista no art. 46, do CP, referindo-se à atribuição de tarefas gratuitas ao condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, as quais devem ser atribuídas conforme a aptidão do condenado.

No que concerne à interdição temporária de direitos, Zaffaroni e Pierangeli informam que esse tipo de pena é apenas aplicável em certas hipóteses, afirmando:

As penas restritivas de direito que alude a lei penal vigente são aplicáveis apenas em certas hipóteses, que o próprio Código precisa: nos casos de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo (inc. I do art. 47) e de 'proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público' (inc. II do art. 47), deve ser imposta pena somente nos crimes cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função e com violação dos deveres que lhes são inerentes (art. 56). A pena de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (inc. III do art. 47) só é aplicável no caso de crime culposos de trânsito. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 695)

Além destas supramencionadas, o art. 47 do CP ainda prevê, como espécie de interdição temporária de direitos a proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, inc. IV) e a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos, não podendo, naquele caso a pena ser aplicada de modo genérico e impreciso, devendo, pois, o juiz especificar expressamente quais os lugares que o condenado está proibido de frequentar.

Como última modalidade de pena restritiva de direitos temos a limitação de fim de semana, a qual, segundo Nucci, “nas comarcas onde não houver Casa do Albergado ou local específico para reter o condenado por cinco horas aos sábados e domingos, ministrando-lhes palestras ou cursos, deve ser essa pena evitada”. (NUCCI, 2009, p. 423)

Esse tipo de pena visa, portanto, que o sentenciado permaneça, durante o final de semana, por cinco horas, em estabelecimento adequado, oportunidade na qual poderão ser oferecidos cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

De mais a mais, é imperioso ressaltar que a pena restritiva de direitos pode ser convertida em privativa de liberdade sempre que ocorra o descumprimento injustificado da restrição imposta, ou no caso de sobrevir condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, devendo, em ambos os casos, ser deduzido o tempo da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão, de modo como dispõe o art. 44, § 4º, do CP.

Diante do exposto, verifica-se que as penas restritivas de direitos buscam evitar o encarceramento dos criminosos, autores de infrações penais mais leves, promovendo sua ressocialização através da restrição a certos direitos.

Separada ou conjuntamente com a pena restritiva de direitos, bem como com a privativa de liberdade, pode ser aplicada uma outra espécie de pena, qual seja, a multa, sanção

pecuniária a ser paga em favor do Estado, e que é aplicada com base nas circunstâncias objetivas e subjetivas em que ocorreram o delito.

2.4 DA PENA DE MULTA

A multa é prevista expressamente no Código Penal Brasileiro no art. 49, o qual a define como sendo o pagamento de quantia fixada na sentença, ou outra decisão criminal, e calculada em dias-multa, ao fundo penitenciário.

Mirabete e Fabbrini (2010, pág. 273) veem a multa como uma vantagem, uma vez que, com a aplicação desta, não é cerceada a liberdade do condenado, privando-o do convívio com a família e de suas ocupações, bem como porque a mesma não acarreta despesa alguma para o Estado.

Essa sanção penal deve ser aplicada individualmente, obedecendo a um critério bifásico, onde:

- a) firma-se, em primeiro lugar, o número de dias-multa (mínimo de 10 e máximo de 360), valendo-se do sistema trifásico previsto para as penas privativas de liberdade;
- b) estabelece-se, na sequência, o valor do dia-multa (piso de 1/30 do salário mínimo e teto de 5 vezes esse salário), conforme a situação econômica do réu. (NUCCI, 2009, p. 425)

Conforme exposto, verifica-se que a multa tem um piso, bem como um valor máximo, qual seja, 1/30 do salário mínimo e 5 vezes esse salário, respectivamente, significando assim que esta nunca poderá ser inferior à remuneração devida por um dia de trabalho, nem superior ao quántuplo da remuneração por um mês daquele.

Ademais, este tipo de pena é aplicado também com base no aspecto temporal, sendo assim denominado dias-multa, não podendo estes serem inferiores a 10, nem superiores a 360, concedendo-se assim ao juiz a faculdade de fixar a pena de dias-multa de um terço do salário mínimo a um teto de 1.800 salários mensais.

Frise-se ainda que a multa pode ser a pena principal quando, no caso, é aplicada abstratamente como sanção específica a um tipo penal, ou de modo cumulativo, alternativo, à pena privativa de liberdade, bem como pode ser substitutiva, quando for aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano e o sentenciado preencher os demais

requisitos exigidos na lei.

No que concerne à aplicação da multa no caso concreto, o juiz tem que levar em conta diversos critérios, os quais são dispostos por Mirabete e Fabbrini:

Em sua fixação, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu (art. 60). Serão fixados, portanto, principalmente de acordo com a situação de seu patrimônio, rendas, meios de subsistência, nível de gastos ou outros elementos que o juiz considerar adequados. Deverá, assim, ser considerada a situação econômica global do condenado, sem que o juiz tenha de ater-se a seu padrão de salário, quando se tratar de assalariado. É claro que, se o condenado viver exclusivamente do produto de seu salário, o dia-multa não poderá ser inferior a sua renda diária. (MIRABETE e FABBRINI, 2010, p. 277).

Desse modo, para a pena de multa ser devidamente aplicada devem ser observados a condição econômica do condenado – uma vez que penas com valores supérfluos não atingiriam sua finalidade –, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, as agravantes e atenuantes, além das causas de aumento e diminuição de pena.

É imperioso ainda ressaltar que, ao contrário das penas restritivas de direito, uma vez não paga, a multa não pode ser convertida em pena privativa de liberdade, já que, com o advento da Lei 9.268/90 e, por conseguinte, alteração do art. 51 do Código Penal, a multa passou a ser considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública.

Em linhas finais, declara-se que, para que estas três espécies de penas possam ser aplicadas ao caso concreto, faz-se necessário o ajuizamento da ação penal respectiva (denúncia ou queixa), e o desenvolvimento do processo tendo, como resultado, uma decisão condenatória.

Contudo, este ajuizamento da ação penal não pode ser feito de modo aleatório, devendo a mesma preencher diversos requisitos, os quais estão dispostos no Código de Processo Penal, e são conhecidos como condições da ação.

2.5 A AÇÃO PENAL E SUAS CONDIÇÕES

Com o descumprimento da norma e, por conseguinte, a ofensa ao bem jurídico protegido, surge para o Estado o direito de punir em concreto, direcionado àquele que

praticou a conduta descrita no tipo penal incriminador.

A partir da vedação da autotutela, sendo, contudo, admitida em raríssimas exceções, bem como a justiça atribuída aos deuses, o Estado passou a ser o único detentor do *ius puniendi*, tendo assim o poder-dever de resolver os conflitos, bem como aplicar punições.

Nesse diapasão é a lição de Bitencourt, que assim expõe:

O Estado, sintetizando uma luta secular em que se resume a própria história da civilização, suprimiu a autodefesa e avocou a si o direito de dirimir os litígios existentes entre os indivíduos. Assumiu o dever de distribuir justiça, criando, com essa finalidade, tribunais e juízos para tornarem efetiva a proteção dos direitos e interesses individuais garantidos pela ordem jurídica. Nasceu, como consequência direta, o direito do cidadão de invocar a atividade jurisdicional do Estado para solucionar seus litígios e reconhecer os seus direitos, que, na esfera criminal, chama-se direito de ação penal. (BITENCOURT, 2010, p. 791).

Conforme exposto acima, a atividade de dizer o direito é desenvolvida pelo Estado por meio da jurisdição (atividade do Estado de dizer e aplicar o direito ao caso concreto), a qual é provocada através da ação penal que, por sua vez, dá início à prática de diversos atos processuais.

Assim é conceituada a ação penal por Távora:

É o direito público subjetivo de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto. A Constituição consagra, no art. 5º, XXXV, que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Logo, sendo a jurisdição inerte, e estando a autotutela banida, como regra, do ordenamento jurídico, resta aos interessados, através do exercício do direito de ação, provocar a jurisdição no intuito de obter o provimento jurisdicional adequado à solução do litígio. (TÁVORA, 2012, p. 157).

Desse modo, extrai-se que a ação é o instrumento pelo qual a parte lesada invoca a jurisdição buscando resolver o conflito surgido através do descumprimento da norma penal.

Esse entendimento também é exposto por Prado:

O direito de ação consiste, pois, no direito subjetivo que assiste ao particular de levar ao conhecimento dos órgãos estatais, instituídos na distribuição da justiça, o conhecimento de litígios que pretendam ser solucionados. Destarte, é na proibição imposta pelo Estado aos particulares de fazer justiça por si próprios que reside o fundamento do direito de ação, garantido constitucionalmente como direito público, indeterminado, genérico e abstrato (art. 5º, XXXV). (PRADO, 2012, p. 840).

Diante do exposto, pode-se verificar que, embora o Estado seja o detentor do direito de

punir, a sanção não pode ser aplicada de forma automática, vez que a pretensão punitiva deve ser satisfeita por meio do devido processo penal, que tem início, em regra, pelo Ministério Público (no caso das ações penais públicas) ou pelo ofendido (no caso das ações privadas) e finalizado por meio do Poder Judiciário, na figura do Estado-Juiz.

Contudo, para que o Estado possa ser invocado por meio da ação penal, ou seja, para que a pretensão punitiva possa ser realizada, a ação deve preencher requisitos, conhecidos como condições da ação.

Nesse sentido merecem ser expostos os esclarecimentos do Procurador da República Eugênio Pacelli:

As denominadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento e julgamento da pretensão veiculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências, ligadas ora à identidade das partes, com referência ao objeto da relação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional. (OLIVEIRA, 2013, p. 103).

As condições da ação são, portanto, os requisitos necessários ao exercício regular do direito de ação.

No que concerne a tais condições vale ser ressaltado que há uma divergência doutrinária, entendendo, alguns doutrinadores, existirem apenas a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para causa. Outra corrente acrescenta às anteriores uma quarta condição da ação, qual seja, a justa causa.

Távora expõe tal divergência doutrinária declarando:

De início, as condições da ação podem ser vistas de forma genérica: legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, indicadas no art. 267, inciso VI do CPC, e incorporadas ao processo penal na antiga redação do art. 43, inc. III. Atualmente, o inciso II do art. 395 do CPP trata das condições da ação, na redação conferida pela Lei nº 11.719/2009. A justa causa é trabalhada de forma autônoma no inciso III do art. 395, CPP, sendo polêmico o enquadramento como uma quarta condição da ação. (TÁVORA, 2012, p. 159).

A legitimidade diz respeito à exigência que somente determinadas pessoas possam promover a ação penal, sendo, como regra, atividade privativa do Estado, por meio do Ministério Público, podendo também ser exercida pelo particular, em atenção às peculiaridades de algumas infrações penais.

Essa condição da ação ainda exige que o polo passivo da ação seja ocupado pelo possível autor do fato criminoso, como demonstra Fernando Capez:

É, na clássica lição de Alfredo Buzaid, a pertinência subjetiva da ação. Cuida-se, aqui, da 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 (CPP, arts. 24, 29 e 30), quanto o polo passivo, pelo provável autor do fato, e da legitimidade ad processum, que é capacidade para estar no polo ativo em nome próprio, e na defesa de interesse próprio (CPP, arts. 33 e 34). (CAPEZ, 2012, p. 158).

Portanto, em um conceito simples exposto por Távora (*apud* MIRABETE, 2012, págs. 159-160), “a ação só pode ser proposta por quem é titular do interesse que se quer realizar e contra aquele cujo interesse deve ficar subordinado ao do autor”.

A segunda condição da ação, qual seja, o interesse processual, ou interesse de agir, encontra-se pautado no trinômio necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional.

O interesse-necessidade tem como finalidade identificar se a lide pode ser resolvida na seara extrajudicial ou por outras formas de contenção de conflitos, sendo, portanto, o Direito Penal aplicado em último caso, quando os demais ramos do direito não forem suficientes para solucionar o conflito.

A adequação seria o ajustamento da providência judicial requerida à solução do conflito subjacente ao pedido, ou seja, conforme explicita TÁVORA (2012, págs. 159-160), “em relação ao interesse-adequação, como a solução do litígio vazado em juízo pressupõe a entrega ao julgador do meio hábil a solucioná-lo, esta eleição do mecanismo a ser empregado é vital ao preenchimento da condição em estudo”.

Já no que se refere ao interesse utilidade, este só existe se houver esperança, mesmo que remota, da realização da punição estatal, com aplicação da sanção penal adequada, conforme relata Pacelli:

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro plus ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva da efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a

sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade. (OLIVEIRA, 2013, p. 104)

Conforme veremos em posteriores linhas, esta condição da ação é um dos pontos primordiais deste trabalho, uma vez que o arquivamento do inquérito ou peças de investigação com base na prescrição virtual se dará por falta do interesse de agir e, mais precisamente, por falta do interesse – utilidade - de agir.

A terceira condição da ação é a possibilidade jurídica do pedido, que consiste na exigência que a providência requerida pelo demandante em sua petição inicial seja admitida pelo direito objetivo.

A respeito da matéria, assim preleciona Capez:

Se no processo civil o conceito de possibilidade jurídica do pedido 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. Nesse passo, a denúncia deverá ser rejeitada quando o fato narrado não constituir crime. (CAPEZ, 2012, p. 157)

Em curtas linhas, a possibilidade jurídica do pedido pode ser entendida como a previsão no ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida. Ausente ela, seria o caso de carência da ação penal, por falta de condição da ação.

Por fim, a justa causa como condição da ação gera dissenso entre os doutrinadores brasileiros, conforme mencionado em linhas anteriores. Há quem defende ser ela a quarta condição da ação penal, alguns a enquadram no interesse de agir; e, por fim, há quem entende que ela está situada na possibilidade jurídica do pedido, o que, contudo, não é tema deste trabalho e, portanto, não será demandado de forma pormenorizada.

Em um conceito resumido, a justa causa seria o conjunto probatório mínimo apto a fundamentar a abertura de um processo criminal, estando tal posicionamento exposto por Távora, que assim declara:

A ação só pode ser validamente exercida se a parte autora lastrear a inicial com um mínimo probatório que indique os indícios de autoria, da materialidade delitiva, e da constatação da ocorrência de infração penal em tese (art. 395, III, CPP). É o *fumus commissi delicti* (fumaça da prática do delito) para o exercício da ação penal. Como a instauração do processo já

atenta contra o status *dignitatis* do demandado, não se pode permitir que a ação seja uma aventura irresponsável, lançando-se no polo passivo, sem nenhum critério, qualquer pessoa. (TÁVORA, 2012, p. 162)

Extrai-se, portanto, que a justa causa, sendo ou não condição da ação, funciona como uma barreira, buscando impedir a existência de demandas infundadas, sem lastro probatório, que só iriam emperrar a máquina judiciária, bem como abalar a dignidade do acusado.

Portanto, verifica-se que presentes todas as condições da ação poderá ocorrer o ajuizamento da ação penal respectiva, buscando-se assim a aplicação da sanção penal cabível.

3 DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O presente capítulo tem por objetivo conceituar a extinção da punibilidade, explanando os modos previstos na legislação penal, sendo ressaltado o instituto da prescrição, tema do presente trabalho de conclusão de curso.

A punibilidade é uma consequência da infração do direito penal, através do *ius puniendi* estatal, sendo resultado da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável realizada pelo agente infrator da norma.

Conforme explanado no capítulo anterior, nem sempre assim se deu a forma de resolução de conflitos, havendo uma evolução da primeira forma – autotutela – até a atual fase da jurisdição, onde, na presença de um conflito de interesses, o mesmo deverá ser levado até o Estado-juiz, o qual deverá resolvê-lo com base nos princípios e regras aplicáveis ao caso concreto.

Ocorre que, em determinadas situações, previstas expressamente em lei, o Estado pode, ou deve, abrir mão desse direito de punir, conforme afirma Rogério Greco:

Mesmo que, em tese, tenha ocorrido uma infração penal, por questões de política criminal, o Estado pode, em algumas situações por ele previstas expressamente, entender por bem em não fazer valer o seu *ius puniendi*, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de extinção da punibilidade. (GRECO, 2012, p. 692)

Extrai-se, portanto, que a extinção da punibilidade é a impossibilidade do direito do Estado de impor a pena, não havendo assim alternativas para aplicação de sanções penais ao infrator.

Habitualmente, a extinção da punibilidade ocorre com o cumprimento da pena imposta pelo autor do fato criminoso, contudo, existem possibilidades em que seja extinta a punibilidade antes mesmo que o Estado tenha o direito de aplicar a punição em concreto, sendo tais ocorrências conhecidas como causas de extinção da punibilidade.

3.1 DOS MODOS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 107, dispõe os modos pelos quais pode ser extinta a punibilidade. *In literis*:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:
I – pela morte do agente;
II – pela anistia, graça ou indulto;
III - pela retroatividade da lei que não mais considera o fato 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 que a lei a admite;
VII – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Fazendo-se uma resumida explanação sobre tais causas extintivas - à exceção da prescrição, que merecerá maior detalhamento em futuras linhas -, extrai-se que o inc. I do artigo supramencionado elencou a morte do agente como modo de se extinguir a punibilidade.

Tal causa é baseada em postulado do direito penal, qual seja, o princípio da pessoalidade da pena, que declara que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, 1ª parte, CF), afirmando assim o caráter personalíssimo da sanção penal. Desse modo, uma vez afirmada a morte do condenado, através da certidão de óbito, há o fim do inquérito ou ação penal.

Contudo, faz-se imperioso ressaltar, em acordo com o disposto no art. 5º, XLV, 2ª parte, da CF/88, que os efeitos civis da condenação transitada em julgado ainda persistem, podendo o dever de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser estendida aos sucessores do condenado, até o limite do valor da herança.

A anistia, a graça e o indulto, previstas no inciso II do artigo em debate, por sua vez, são manifestações de indulgência soberana, sendo aquela concedida por ato do Congresso Nacional (arts. 21, XVII, e 48, VIII, CF), antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, extinguindo-se os efeitos penais.

Por outro norte, o indulto e a graça são atos privativos do Presidente da República, previstos no art. 84, XII, da Constituição Federal, tendo por diferença o caráter coletivo do indulto, sendo a graça, individual. Ademais, enquanto a graça é solicitada, o indulto pode se dá de forma espontânea.

No que se refere à causa extintiva representada pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, ocorre a denominada *abolitio criminis*, “havendo o fenômeno da retroatividade da lei penal mais benéfica. Assim acontecendo, nenhum efeito penal subsiste, mas apenas as consequências civis, conforme a situação”. (NUCCI, 2012, p. 605).

A decadência, por seu turno, consiste na perda do direito de ingressar com ação privada, bem como com a representação, por não terem sido exercidas no prazo legal. Diante disso, “a decadência fulmina o direito de agir, atinge diretamente o *ius perseguendi*”. (BITENCOURT, 2010, p. 804).

Outra forma de ser extinta a punibilidade é por meio da preempção, sendo esta uma sanção aplicada ao querelante pela sua inércia, sendo presumida, portanto, a desistência quanto ao prosseguimento da ação.

O Código de Processo Penal elenca as formas pelas quais ocorre a preempção, dando-se assim, segundo Luís Regis Prado:

O Código de Processo Penal (art. 60) estabelece que nos crimes perseguíveis mediante ação penal privada considerar-se-á preempta a ação penal:

- a) quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos (inc. I);
- b) quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36 (inc. II);
- c) quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixe de formular o pedido de condenação nas alegações finais (inc. III);
- d) quando, sendo o querelante pessoa jurídica (vide art. 37, CPP), esta se extinguir sem deixar sucessor (inc. IV) (PRADO, 2012, p. 827-828).

Diante do exposto acima, observa-se que a preempção apenas ocorre nos crimes de ação exclusivamente privada, deixando o querelante, que já iniciou a referida ação, de realizar atos necessários ao seu prosseguimento, ficando assim o processo inerte.

Ainda nos casos de ação privada, o Código Penal elenca outros dois modos de extinção da punibilidade, quais sejam, a renúncia do direito de queixa e o perdão aceito pelo ofendido.

O primeiro modo – renúncia do direito de queixa – ocorre antes de iniciada a ação penal, pelo desinteresse de ser exercido o direito de queixa pelo particular ofendido, sendo,

desse modo, ato unilateral, não precisando de aceitação.

Por seu turno, o perdão, em breves linhas, é ato bilateral e se dá quando o agente desiste de prosseguir com a ação penal privada, dependendo de aceitação do acusado. Logo, se o querelado o recusa, não produz efeito algum.

O inc. VI do artigo em comento prevê ainda a retratação do agente como forma de ser extinta a pena, nos casos que a lei admite, sendo este o ato de que tem por escopo buscar e resguardar a verdade, reconhecendo o agente que cometeu um delito, bem como procurando impedir o dano que poderia resultar. Exemplos desse modo de extinção da punibilidade ocorrem nos crimes de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia. Como requisito dessa forma de extinção há o lapso temporal, uma vez que esta deve anteceder a decisão de primeira instância, bem como a ausência de dolo ou grave ameaça durante a sua prática.

Por fim, o perdão judicial é o instituto pelo qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena tendo em vista a existência de determinadas circunstâncias expressamente determinadas, sendo assim:

(...) a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu. (NUCCI, 2012, p. 609)

Em complementação à informação anteriormente relatada, Nucci cita ainda situações que podem ensejar o perdão judicial, quais sejam, o homicídio culposo, injúria, receptação culposa, subtração de incapazes, dentre outros.

Cumpra-se ainda assinalar que há outra forma de extinção da punibilidade, a qual não foi citada neste título por merecer atenção especial, sendo objeto das próximas linhas deste trabalho: a prescrição.

3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES

Em linhas anteriores, falamos que o Estado pode abrir mão do seu direito de punir, bem como, em outras hipóteses, vir a perdê-lo. A prescrição é uma dessas situações em que o

Estado perde seu *ius puniendi*, em virtude do decurso de certo lapso temporal.

Dessa forma, a prescrição pode ser conceituada como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”. (GRECO, 2012, p. 711).

Reforçando o conceito acima, Paulo Queiroz afirma:

A prescrição penal é a extinção do direito de punir em virtude do decurso do prazo legal para o exercício da ação penal ou para promover a execução da sentença penal condenatória. No primeiro caso, haverá a prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação; no segundo, prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação. (QUEIROZ, 2013, p. 589).

Vários são os motivos do surgimento da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se destacar o esquecimento a respeito da infração penal no decorrer do tempo, bem como o desaparecimento da necessidade de exemplo ao meio social, devido ao grande lapso temporal decorrido.

Assim declara Greco *apud* Damásio, “a prescrição, em face da nossa legislação penal, tem tríplice fundamento: 1º) o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato); 2º) a correção do condenado; e 3º) a negligência da autoridade”. (GRECO, 2012, p. 711).

Desse modo, pode-se afirmar que os efeitos da prescrição são justos e adequados, uma vez que, com o grande lapso temporal ocorrido, há a pacificação social, ou seja, o esquecimento ou não mais se deseje ver condenado aquele que violou a lei penal no passado; o Estado é punido por sua ineficácia, já que não é justo ordenar ao cidadão, que porventura tenha praticado um crime, que fique eternamente aguardando a iniciativa dos órgãos de repressão; bem como pode ter ocorrido a regeneração do infrator, através dos meios informais de controle, quais sejam, a família, escola, religião, etc.

No que concerne à natureza jurídica da prescrição, muito se discute se esta é instituto do Direito Penal ou Processual Penal.

A favor do primeiro argumento, tem-se que ela atinge o direito de punir do Estado, sendo, portanto, inequívoca a sua natureza material. Ao revés, a favor do segundo, tem-se que, historicamente, a prescrição objetivou paralisar o prosseguimento da demanda penal contra o infrator, sendo certo que não apenas a sua contagem, mas, também, as hipóteses de suspensão ou interrupção, estariam vinculadas aos institutos processuais penais. (SOUZA;

JAPIASSÚ, 2012, p. 559).

Além das duas correntes expostas acima, há ainda a mista, também conhecida como eclética, a qual afirma que a prescrição tem natureza jurídica híbrida, ou seja, pertence tanto ao ramo material quanto ao processual, uma vez que gera consequências nas duas esferas do Direito.

Contudo, é imperioso declarar que, apesar da divergência existente, a corrente majoritária afirma que a prescrição é instituto do Direito Penal, uma vez que sua natureza é de direito material, regulado pelo Código Penal.

A prescrição é ainda matéria de ordem pública, ou seja, deve ser decretada independentemente de provocação do interessado, a qualquer tempo, constituindo, dessa maneira, questão prejudicial ao conhecimento do mérito da causa, por falta de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Como regra no ordenamento jurídico brasileiro, há a prescritibilidade de todos os crimes, sejam eles de ação penal pública ou privada, hediondos ou não. Contudo, a Constituição Federal previu uma exceção ao declarar certos crimes como imprescritíveis:

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Dessa forma, a Carta Magna Brasileira previu que seriam imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado Democrática.

Nesse ponto, *data venia*, é merecedor de críticas tal dispositivo constitucional, uma vez que, apesar de abarcar tais crimes, a imprescritibilidade não seria a melhor saída para coibir a prática de tais infrações, existindo no ordenamento jurídico brasileiro outros delitos mais graves que não possuem o caráter imprescritível, a exemplo dos crimes hediondos.

Contudo, além desses mencionados, também são imprescritíveis “os chamados crimes internacionais, de competência dos tribunais internacionais, a exemplo dos crimes de

genocídio, contra humanidade, de guerra e de agressão (art. 29), previstos no Estatuto de Roma (art. 5º) que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI)”. (QUEIROZ, 2013, p. 590).

Outro grande conflito na doutrina surge da possibilidade ou não de lei ordinária ampliar o rol dos crimes ditos imprescritíveis, tendo posicionamento favorável o doutrinador Paulo Queiroz, que assim declara:

Discute-se se a lei ordinária poderia ampliar o rol dos crimes ditos imprescritíveis, parecendo-nos que sim, por se tratar de típica matéria infraconstitucional, além de existir, na legislação ordinária, infrações mais graves. Enfim, o rol constitucional dos crimes imprescritíveis é meramente exemplificativo, motivo pelo qual o legislador ordinário poderá eventualmente dispor a esse respeito, ampliando ou restringindo o elenco das infrações imprescritíveis, inclusive porque a afirmação constitucional da imprescritibilidade de certos delitos implica a imprescritibilidade mesma, e não a prescritibilidade de todos os demais crimes. (QUEIROZ, 2013, p. 590).

Em posicionamento contrário aparece o ilustre Cessare Beccaria, o qual afirma que:

(...) tratando-se de crimes atrozes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga. Não é, todavia, o caso dos delitos ignorados e pouco consideráveis: é mister fixar um tempo após o qual o acusado, bastante punido pelo exílio voluntário, possa reaparecer sem recear novos castigos. (BECCARIA, 1980, p. 77)

Comunga-se do pensamento do célebre Beccaria, uma vez que se a própria Constituição, em seu artigo 5º, declara expressamente os crimes ditos imprescritíveis, não faz sentido que esse rol possa ser estendido por meio de lei infraconstitucional, a qual possui forma de votação mais simples do que as emendas constitucionais, causando assim grande divergência no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, no que se refere à hierarquia da nossa Carta Magna.

Por tudo que foi exposto pode-se afirmar que a prescrição se trata da causa mais importante de extinção da punibilidade, sendo também a mais frequente, podendo atingir tanto a pretensão punitiva quanto a pretensão executória, as quais serão melhor analisadas a partir deste momento.

3.2.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A prescrição da pretensão punitiva está prevista no art. 109 do Código Penal, e regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, assim disposta:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Sendo assim, a prescrição da pretensão punitiva é calculada pela pena abstratamente disposta no preceito secundário do tipo penal, seja ele simples ou derivado, uma vez que:

Se o cálculo deve ser realizado antes mesmo de qualquer sentença condenatória, na qual é concretizada a pena aplicada ao agente, podemos concluir que a prescrição que leva em consideração a pena máxima cominada a cada infração penal diz respeito à pretensão punitiva do Estado. (GRECO, 2012, p. 713)

Portanto, para se analisar se no caso concreto ocorreu ou não a prescrição da pretensão punitiva, cumpre tomar o *quantum* máximo cominado ao respectivo delito e comparar se ele se insere nos prazos estabelecidos pelo art. 109, do Código Penal.

Um exemplo que melhor explica o caso é relatado pelo doutrinador Rogério Greco:

Assim, suponhamos que alguém tenha praticado um delito de lesões corporais cuja pena máxima seja de um ano de detenção. Em razão do disposto no inciso V do art. 109 do Código Penal, a prescrição pela pena máxima em abstrato ocorrerá em quatro anos. Se, por exemplo, durante a instrução do processo, após o primeiro marco interruptivo da prescrição, que, como veremos, é o recebimento da denúncia, já tiver decorrido período igual ou superior a quatro anos, o juiz interromperá a instrução do feito e reconhecerá a extinção da punibilidade com base na prescrição punitiva do Estado. (GRECO, 2012, p. 124)

Desse modo, para o cálculo da pretensão punitiva basta verificarmos qual a pena máxima aplicada ao delito e verificar o prazo para ela estabelecido no art. 109 do CP. Sendo apreciado que já decorreu o prazo estabelecido no artigo supramencionado, sem que tenha ocorrido o recebimento da denúncia ou queixa, pode-se afirmar que ocorreu a prescrição, com base na pena em abstrato.

Outrossim, um ponto que merece ser ressaltado é que, nos concursos de crime (material, formal ou continuado), a prescrição é analisada em relação a cada infração de forma isolada, conforme disposto no art. 119, do CP. Nesse sentido também dispõe a Súmula 497, do Supremo Tribunal Federal: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

Em linhas finais, necessário se faz informar que os prazos fornecidos pelo art. 109, do Código Penal servirão não apenas para o cálculo da prescrição, considerando-se a pena máxima em abstrato, mas também para aqueles referentes à pena já concretizada na sentença condenatória, o que será melhor explicitado a partir desse momento.

3.2.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

A prescrição da pretensão executória está disposta no art. 110, caput, do Código Penal, surgindo depois de transitar em julgado a sentença condenatória, é regulada com base na pena em concreto – lembrando que a prescrição antes da sentença condenatória é calculada com base na pena em abstrato -, e tem como referencial os mesmos prazos fixados no art. 109, do CP, os quais devem ser aumentados de um terço se o réu for reincidente. *In literis*:

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 aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Como explicitado no texto legal, transitada em julgado a sentença condenatória, será satisfeito o direito de aplicar a pena, uma vez que este foi reconhecido e julgado de acordo com o caso concreto, surgindo assim para o Estado o direito de executá-la.

Em outros termos, com a sentença, bem como outra decisão criminal definitiva, a

pretensão punitiva está devidamente concretizada, tendo, a partir deste marco, o Estado prazo para satisfazer a pretensão executória, ou seja, para aplicar a penalidade prevista no instrumento decisório.

Desse modo, a prescrição da condenação pode ser conceituada como “a perda, em razão da omissão do Estado durante determinado prazo legalmente previsto, do direito e do dever de executar uma sanção penal definitivamente aplicada pelo Poder Judiciário”. (MASSON, 2010, p. 884).

Um exemplo da aplicação desse instituto é exposto pelo Promotor Hέλvio Simões Vidal, que assim relata:

Assim, um crime de furto simples (CP, art. 155, caput), por exemplo, tem a prescrição da pretensão punitiva regulada em 08 anos (CP, art. 109, IV). Se, no caso concreto, o réu é condenado a 01 ano de reclusão (além da eventual multa), a prescrição da pretensão executória dá-se em 04 anos (CP, art. 109, V). (VIDAL, 2011, p. 430)

Portanto, baseando-se no caso acima exposto, o Estado disporia de 04 anos para executar a sanção penal, depois de transitada em julgado a decisão. Passado tal prazo, sem ação do Estado, haveria a prescrição da pretensão executória.

Faz-se necessário ainda informar que a prescrição da pretensão executória extingue somente a pena (efeito principal), não sendo extintos os demais efeitos da condenação, a exemplo da reparação civil, bem como a inscrição do réu no rol dos culpados, o qual continuará até que seja alcançada a reabilitação.

Outrossim, apesar de haver a perda do direito de executar a sanção penal, subsiste a condenação, ou seja, não é rescindida a sentença penal, funcionando assim como pressuposto de reincidência dentro do período previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Desse modo, verifica-se que a prescrição da pretensão executória funciona como um limitador do poder punitivo do Estado, fazendo com que este haja de modo célere na aplicação da pena ao definitivamente condenado, sob a consequência de que, após um lapso temporal sem tal ação, não se possa mais ser aplicada a sanção penal respectiva.

Por fim, além da prescrição executória, depois de prolatada a sentença condenatória, mas antes do trânsito em julgado, são aplicáveis regras da prescrição anteriormente estudada, a prescrição da pretensão punitiva, em dois outros tipos de prescrição, quais sejam: a prescrição intercorrente, ou superveniente, e a prescrição retroativa.

3.2.3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente é modalidade da prescrição da pretensão punitiva que tem como fundamento a pena aplicada na sentença transitada em julgado para acusação, daí a origem de seu nome, superveniente, ou seja, posterior à sentença.

In literis:

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 aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Há de se verificar, contudo, que o art. 110, caput, do CP deve ser conjugado com o seu § 1º, através da nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.234/2010, que diz que “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”, uma vez que, caso ambas as partes tenham recorrido e, não havendo o trânsito em julgado para o Ministério Público, tal sentença ainda poderá ser modificada, aumentando-se a pena aplicada.

Entretanto, se não houve recurso do Ministério Público, ou depois de ele ter sido improvido, a pena aplicada não poderá mais ser elevada (princípio do *non reformatio in pejus*), podendo assim a contagem do prazo prescricional ser realizada com base na pena disposta na sentença.

Não por outra razão, assim é conceituada a prescrição intercorrente:

Cuida-se de exceção à regra geral da prescrição da pretensão punitiva, visto que não é regulada pela pena em abstrato, mas pela pena aplicada. Ela será possível de ocorrência nos casos em que exista o trânsito em julgado para acusação ou, caso tenha apelado, quando haja improvimento do seu recurso. Isso se deve ao fato de que a pena aplicada não poderá mais ser alterada para maior, tendo em vista a vedação da *reformatio in pejus*. (JAPIASSÚ; SOUZA, 2012, p. 543).

Dessa forma, também é exposta:

Prescrição intercorrente (subsequente ou superveniente) é perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena concreta, com trânsito em julgado para acusação, ou improvido seu recurso, cujo lapso para contagem tem início na data da sentença e segue até o trânsito em julgado desta para a defesa. (NUCCI, 2009, p. 586)

Tal modalidade de prescrição é prevista na Súmula 146, do Supremo Tribunal Federal, que declara: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Ora, se a sentença condenatória aplicou uma pena ao réu, e contra tal decisão não foi interposto recurso, ou, se o foi, negou-se provimento, não pode ser a pena aumentada para o acusado, conforme exposto no art. 617 do Código Penal, que consagra o princípio previsto no ordenamento jurídico brasileiro da *non reformatio in pejus*. Sendo assim, a pena imposta na sentença a mais grave que o réu poderia suportar.

Diante de tal fato, o cálculo prescricional deverá utilizar como base a pena em concreto prevista na sentença transitada em julgado para acusação, e o lapso temporal para verificação da prescrição se dará entre a data da publicação da sentença e o seu definitivo trânsito em julgado.

Um exemplo que melhor esclarece a prescrição intercorrente é exposto por Vidal:

Suponha-se que o réu tenha sido condenado a 06 meses de pena privativa de liberdade, não recorrendo a acusação. Nesse caso, se somente a defesa recorre, porém, entre a publicação da sentença (que interrompe a prescrição – CP, art. 117, IV) e o julgamento da apelação há o curso do prazo de 03 anos, é evidente que, aplicando-se o art. 109, VI, do CP, terá havido prescrição da própria pretensão punitiva (já que não houve trânsito em julgado da condenação, e, assim, quando do julgamento do recurso, não podendo o tribunal aumentar a pena, esta deverá regular a prescrição. Assim, o tribunal deverá declarar extinta a punibilidade do agente. (VIDAL, 2011, p. 433)

Dessa forma, a prescrição intercorrente pode ocorrer por dois motivos: demora em se intimar o réu da sentença, ou seja, ultrapassa-se o prazo prescricional e o réu ainda não foi intimado (art. 392, CPP); ou demora no julgamento do recurso de defesa, ou seja, foi intimado o réu, superou-se o prazo da prescrição e o Tribunal ainda não apreciou o recurso, ou seja, não houve trânsito em julgado para defesa.

É imperioso ressaltar que esse tipo de prescrição é exceção à regra geral, uma vez que, caso a acusação apele objetivando a elevação da pena aplicada na sentença, acolhendo, o

Tribunal, o referido recurso, não se pode falar em prescrição intercorrente, ou superveniente.

Por fim, outra hipótese de aplicação da prescrição da pretensão punitiva após a sentença condenatória se dá com o instituto da prescrição retroativa, tema que gera muita polêmica na doutrina e jurisprudência e que será melhor detalhado no tópico seguinte.

3.2.4 PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A LEI Nº 12.234/2010

O instituto da prescrição retroativa é uma criação tipicamente brasileira que surgiu da prática forense diante da percepção de que o cálculo do prazo prescricional pela pena máxima, ou seja, conforme é feito através da prescrição antes de transitar em julgado a sentença, com base nos prazos expostos no art. 109, do CP, causaria uma grande injustiça ao réu.

Tal percepção se deu com base na edição da Súmula 146, do STF, com o seguinte verbete: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação”, servindo assim a pena aplicada como base para o cálculo da prescrição sempre que o juiz fixasse a pena e somente houvesse recurso da parte ré.

Apesar da súmula supramencionada, a admissibilidade de tal modo de prescrição nunca foi unanimidade entre os juristas brasileiros, sendo a tese aceita, ou não, a depender do modo de composição do órgão julgador.

Como defensor da aplicação do referido instituto surgiu o Ministro Alfred Buzaid *apud* Nelson Hungria, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, para quem:

A prescrição se regula pela pena imposta, desde que não interposta apelação pelo M.P., impossibilitando a *reformatio in pejus*; e deve ser declarada se, entre o recebimento da denúncia e a própria sentença condenatória já decorreu tempo suficiente. Concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena *ab initio* que era justa. A pena cominada in abstracto, a que se referia a denúncia, revelou-se na espécie, demasiada. A pena adequada, a pena que realmente devia ter sido solicitada pelo M.P., era a que veio ser imposta pelo juiz. Assim, a prescrição deve ser entendida como relacionada, desde o princípio, à pena aplicada in concreto.

Em sentido contrário veio a redação inicial do Código Penal de 1969, promulgado através do Decreto-Lei nº 1004, o qual dispunha:

Em matéria de prescrição, o Projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e seriedade da repressão.

Ocorre que, após vários anos de debates, esse modo de extinção da punibilidade acabou, primeiramente, sendo aceito em partes no ordenamento jurídico brasileiro. Fala-se em partes porque se vedava o cálculo prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa.

Já com a Reforma da Parte Geral do Código, ocorrida em 1984, foi também adotada essa forma de prescrição - entre a data do fato e o recebimento da petição inicial - sendo, desse modo, a prescrição retroativa conceituada como:

A perda do direito de punir do Estado, considerando-se a pena concreta estabelecida pelo juiz, com trânsito em julgado para a acusação, bem como levando-se em conta prazo anterior à própria sentença (entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da sentença, como regra). (NUCCI, 2012, p. 616).

Nos mesmos termos, também afirma Bitencourt:

A prescrição retroativa leva em consideração a pena aplicada, in concreto, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição in abstracto, que tem como referência o máximo da pena cominada ao delito. A prescrição retroativa (igualmente a intercorrente), como subsespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109. Tem – segundo Damásio de Jesus – 'por fundamento o princípio da pena justa', significando que, ausente recurso da acusação ou improvido este, a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto. Por isso, deve servir de parâmetro para a prescrição, desde a consumação do fato, inclusive. (BITENCOURT, 2010, p. 814).

Pelo exposto, extrai-se que a prescrição retroativa podia ser considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória com trânsito em julgado para condenação, uma vez que, após tal fato, a pena imposta não poderia ser modificada.

De modo fácil e claro, esse instituto foi explanado pelo doutrinador penalista Rogério Greco, o qual declara:

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é data do fato (..) Portanto, teremos de percorrer novamente todos os caminhos, desde a prática do fato até o primeiro marco interruptivo da prescrição que é o despacho de recebimento da denúncia ou queixa; em seguida, faremos novamente o cálculo entre a data de recebimento da denúncia ou queixa, até a sentença penal condenatória recorrível. Se entre esses dois marcos houver decorrido tempo previsto na lei penal como caracterizador da prescrição, deverá ser declarada a extinção da punibilidade, com base na prescrição retroativa. (GRECO, 2012, p. 258)

Tal modalidade de prescrição era exposta no parágrafo segundo, do artigo 110, do Código Penal, e fruto da combinação entre este, o parágrafo primeiro do referido artigo e o artigo 109 do mesmo diploma legal, prevendo assim o reconhecimento da prescrição retroativa em dois momentos distintos, como já afirmado em linhas anteriores.

Ocorre que, apesar de todo o debate pelo reconhecimento do instituto da prescrição retroativa, esse instituto acabou sendo modificado por meio da Lei nº 12.234/2010, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, que propôs a “revogação do disposto no art. 110, § 2º, do Código Penal, dispositivo legal que consagrou o instituto da prescrição retroativa”, sob o argumento de que “a prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade”.

Assim, verifica-se que o projeto de lei tinha como objetivo a eliminação total do instituto da prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro, o que, contudo, não ocorreu por causa da apresentação da Emenda nº 4, de autoria do deputado Fernando Coruja, a qual foi acolhida na íntegra e transformada no §1º, art. 110, CP, possibilitando o reconhecimento da prescrição punitiva processual, ou seja, aquela que ocorre entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação.

Diante do exposto, a Lei nº 12.234/2010 extinguiu apenas a possibilidade da prescrição da pretensão punitiva, no modo retroativo, quando já houver decisão criminal com trânsito em julgado para acusação, bem como se improvido o recurso, calculada antes do recebimento da denúncia ou queixa.

Portanto, prevalece o entendimento doutrinário que ainda existe a prescrição retroativa

durante a persecução penal judicial, tendo como início da contagem do prazo o recebimento da denúncia e, como termo *ad quem*, a decisão criminal com trânsito em julgado para acusação, verificando-se assim se foi operado tal instituto com base no lapso temporal decorrido entre estes dois marcos, levando-se ainda em conta o art. 109, do CP.

Ademais, cumpre ainda ressaltar, com base no direito intertemporal, que a nova lei foi desfavorável ao réu, logo, irretroativa, só podendo assim ser aplicada para fatos que tenham ocorrido de 06/05/2010 para frente. Os delitos ocorridos até a data em epígrafe continuam sendo regidos pela norma anterior, tendo em vista a ultratividade da lei penal mais benéfica, sendo assim, para os crimes praticados em período anterior à modificação do diploma legal faz-se possível o reconhecimento da prescrição retroativa contada da data do fato até o recebimento da denúncia ou desta até a publicação da sentença.

Em linhas finais, faz-se imperioso ressaltar que, como derivação da prescrição retroativa, surgiu a prescrição virtual, também conhecida como antecipada, projetada ou em perspectiva, tema deste trabalho de conclusão, sendo devidamente explanada a partir deste momento.

4 DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ANÁLISE ACERCA DA ADMISSIBILIDADE

O objetivo do presente capítulo é detalhar o instituto da prescrição virtual, tema relativamente novo na doutrina e jurisprudência, sem previsão legal expressa, e que vem gerando diversos debates nos Tribunais brasileiros em torno da possibilidade de sua aplicação nos processos penais.

Devido ao imenso número de processos em tramitação nos foros criminais, magistrados, promotores e advogados começaram a usar a criatividade, bem como todo o conhecimento jurídico que possuíam, com vistas a buscar solucionar de maneira célere as questões postas em juízo. O instituto da prescrição virtual vem a ser fruto desse trabalho inovador.

De acordo com Igor Teles de Fonseca de Macedo, o referido tipo de prescrição surgiu nos Tribunais de Alçada de São Paulo, e “desde então muitas foram as manifestações favoráveis e contrárias a ela na jurisprudência e doutrina nacional”. (MACEDO, 2007, p. 77).

Com base em tais manifestações, formaram-se dois entendimentos sobre o referido tema, com seus respectivos defensores. De um lado, encontram-se a grande maioria dos tribunais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que adotam posição contrária à adoção do instituto; de outro, apresentam-se os partidários, sendo principalmente formado por Promotores de Justiça e Juízes de primeira instância, os quais são favoráveis ao tipo prescricional em estudo.

Contudo, é imperioso ressaltar que a adoção do instituto é crescente, passando-se da fase do absurdo jurídico - fase inicial, ou de criação da prescrição virtual, em que houve uma negativa de aplicação sem discussão do assunto -, para fase da simpatia, na qual seus defensores a viam como uma realidade viável, continuando a utilizá-la independentemente da crítica dos demais juristas.

Feitas tais digressões iniciais sobre o instituto da prescrição virtual, passemos agora ao estudo do seu conceito e natureza jurídica.

4.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Conforme já explicado no capítulo anterior, a prescrição é vista no ordenamento jurídico brasileiro como a perda do direito do Estado de aplicar seu *ius puniendi*, em decorrência do tempo decorrido, sendo assim considerada por muitos como uma fonte geradora de impunidade, mas que, na verdade, busca livrar o infrator da aplicação da sanção penal e punir o Estado pela incapacidade de realizar seu direito de punir em tempo hábil.

Há poucos anos passou a ser admitido na doutrina e na jurisprudência um novo tipo de prescrição, tipo este denominado de prescrição virtual, antecipada, em perspectiva ou ainda projetada de pena, o qual não possui previsão legal expressa, sendo assim fruto da criação de juristas e doutrinadores, e que vem gerando diversas polêmicas pelos aplicadores do Direito.

O referido instituto foi conceituado por diversos estudiosos brasileiros, sendo assim exposto por Antônio Lopes Baltazar:

(...) o reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade. (BALTAZAR, 2003, p. 107)

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci simplificadamente afirma que “a denominada prescrição antecipada ou virtual leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado por ocasião de uma sentença futura”. (NUCCI, 2012, p. 616).

Júlio Medeiros, em seu trabalho Prescrição Virtual no Supremo Tribunal Federal: uma questão de princípios, destaca que:

(...) a prescrição virtual nada mais é que uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva (“prescrição da ação”) na qual o magistrado simula, tendo por base os aspectos objetivos e subjetivos do crime, a pior sanção possível para o réu se condenado fosse ao final da instrução criminal e, sendo o caso, vislumbra o esgotamento do prazo prescricional já no momento da instauração da ação penal, ou mesmo em seu curso. (grifos acrescidos)

Por sua vez, o Professor Luiz Flávio Gomes, em seu artigo Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ, define a prescrição virtual como:

A prescrição da pretensão punitiva virtual (subespécie da PPP) é, como dissemos, 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).

Desse modo, pode-se afirmar que a prescrição virtual nada mais é do que uma modalidade de prescrição da ação, mais precisamente prescrição da pretensão punitiva, na qual o magistrado, ou outro operador do Direito, simula, tendo por base os aspectos objetivos e subjetivos do crime, previstos no artigo 59 e seguintes, do Código Penal, a mais grave sanção possível para o réu se o mesmo fosse condenado ao fim da instrução criminal e, sendo tal caso, já vislumbra antecipadamente o esgotamento do prazo prescricional no momento da propositura da ação penal, ou mesmo em seu curso.

Tal caminho a ser percorrido é detalhado pela advogada Magna Oliveira Pires de Santana, em seu trabalho Prescrição Virtual à luz do princípio da dignidade humana, que assim declara:

Ao observarem - o magistrado, no momento em que receber a inicial acusatória, ou o membro do Ministério Público, diante do inquérito policial ou mesmo da peça de informação, ou ao fazer a denúncia - que as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) e legais (arts. 61 e 65, do CP), acrescidas das condições pessoais do suposto agente da conduta delitiva, como não ser reincidente, ter confessado, são totalmente favoráveis, bem como inexistirem causas de aumento de pena, ocasionando, provavelmente, a fixação concreta da pena em seu mínimo legal, deve-se reconhecer a prescrição virtual, haja vista que uma eventual condenação já estaria fulminada pelo lapso prescricional. (SANTANA, 2013)

Com vistas a um melhor entendimento, oportuno se faz um exemplo exposto por Nucci:

Quando o juiz recebe a denúncia por uma lesão corporal leve 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, se já tivesse decorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia um prazo superior a 3 anos. Se o magistrado se baseasse na pena em abstrato 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, 2012, p. 616)

Portanto, o método pretendido por essa espécie de prescrição visa o afastamento de processos inúteis do Poder Judiciário, ou seja, daqueles em que já se sabe que uma eventual sentença criminal condenatória fixaria uma pena hipotética em determinada quantidade, a qual já se poderia aferir a prescrição.

Assim, qualquer demanda penal se mostra inútil e desnecessária quando possuir miragem de uma pena que nunca será efetivamente aplicada ou quando tem em vista uma ação com o direito de punir debilitado em face da prescrição ocorrida.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a aplicação da prescrição virtual baseia-se primordialmente na perda do direito material de punir do Estado, uma vez que lhe faltará uma das condições para a propositura da ação penal, qual seja, o interesse de agir, já que não se alcançará com a propositura da ação criminal o resultado que dela se aguarda, qual seja, a punição do agente infrator.

4.2 A AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Como minuciosamente detalhado no tópico 2.5 desse trabalho, o exercício da ação penal está ligado ao preenchimento de certas condições conhecidas como condições da ação, elementos mínimos necessários para o ajuizamento da ação criminal. Embora não haja consenso na doutrina e jurisprudência brasileiras, afirma-se que estas são: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade das partes e a justa causa.

Nesse trabalho importa particularmente o interesse de agir, ou seja, interesse em iniciar a ação penal, necessidade de uma tutela judicial que seja útil e apta a produzir a punição do autor do ilícito penal, buscando assim um resultado objetivo.

A condição da ação em epígrafe encontra-se pautada no trinômio necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional, como já exposto em linhas anteriores.

Em resumidas linhas, a necessidade é inerente ao processo criminal, uma vez que não existe a possibilidade de se impor pena sem o devido processo legal. A utilidade refere-se à eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do Estado. Por último, a adequação seria o ajustamento da providência judicial requerida à solução do conflito

subjacente ao pedido.

Portanto, se ausentes a possibilidade de reconhecimento e atribuição do direito pleiteado, qual seja, a sanção penal, bem como se verificada a impossibilidade de serem atingidos os fins da condenação através do provimento jurisdicional utilizado, não se pode falar em interesse de agir.

É esse fundamento que dá suporte à prescrição virtual, uma vez que uma das hipóteses de inutilidade do processo criminal é quando, de antemão, vislumbra-se que, pelo máximo da pena provavelmente aplicada na sentença condenatória, estar prescrita a pretensão punitiva.

Diante do exposto, com base na prescrição virtual deve-se rejeitar a denúncia ainda não recebida ou ser extinto o processo em curso, como resultado da desnecessidade de utilização do processo criminal, tendo em vista a perda do direito material de punir.

Sobre o tema, o Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira declara:

diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da impossibilidade fática da imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente. (OLIVEIRA, 2013, p. 78).

É nesse sentido também o entendimento do discente César Eduardo Lavoura Romão *apud* Osvaldo Palotti Júnior, em sua Tese de Mestrado de tema “Prescrição Virtual: uma realidade no Direito Penal Brasileiro”, que aduz:

O interesse de agir está jungido à utilidade do provimento jurisdicional pleiteado. Destarte, se a prestação jurisdicional mostra-se, de antemão, inútil, exsurge daí o desaparecimento do interesse de agir, o que justifica o trancamento da ação penal em curso ou mesmo o não recebimento de denúncia oferecida. Em outras palavras: ausente o interesse de agir, inexistente pretensão digna de ser julgada. Para os defensores dessa corrente, se o Juiz constatar, no caso concreto, que à vista das circunstâncias do fato e das condições pessoais do réu – especialmente sua primariedade e bons antecedentes – a pena, no caso de condenação, seria atingida pela prescrição, pode reconhecer o desaparecimento do interesse de agir do Estado e, por consequência, declarar extinta a punibilidade do réu pelo reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. (ROMÃO, 2009, p. 109).

O mesmo raciocínio supramencionado é exposto pelo Juiz Juliano Serpa *apud* Fabio Guedes Macho, no artigo “A prescrição virtual como causa de extinção da punibilidade no

Direito Penal Brasileiro, o qual ratifica:

Pode-se afirmar que o Direito Penal que exercesse seu fundamento imperativo nessas condições, isto é, com a constatação da perda do valor simbólico de sua intervenção, é ilegítimo, pois que somente a danosidade social pode constituir-se como fundamento para legitimação da punibilidade e, por consequência, onde houver estabilização social como resultado da prática de um fato delituoso alcançado pela prescrição projetada não se justifica a interferência do Direito Penal. Destarte, a tolerabilidade social com um fato ocorrido não pleiteia a resposta do sistema através do processo e da pena.(SERPA, 2008, p. 162).

Portanto, a certeza de que o processo, ou procedimento investigatório criminal, não produzirá resultado algum constitui ausência de justa causa para iniciar a ação penal, pois, inexistindo o interesse de agir, faltaria uma das condições da ação, o que daria ensejo, conforme o art. 43, III, do Código de Processo Penal, ao seu arquivamento.

Nesses termos cumpre expor o que decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento do Recurso nº 287:

PROCESSO-CRIME - Prescrição retroativa antecipada - Reconhecimento - Alegação de prejuízo - Inocorrência - Falta de interesse de agir - Recurso não conhecido - JTJ 287/480

"De nenhum efeito a persecução penal com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão ex officio de habeas corpus para trancar a ação penal" (TACRIM/SP - HC - Rel. Sérgio Carvalho - RT 669/315). (grifos acrescidos)

Diante do exposto, é imperioso ressaltar que, na visão desse trabalho de conclusão de curso, o entendimento exposto pelos doutrinadores supramencionados, bem como no Acórdão em epígrafe, é compatível com a legislação criminal brasileira, uma vez que, em muitos casos, antes mesmo do ajuizamento da ação penal, faz-se possível uma análise dos fatos apurados, dos possíveis infratores, bem como se ter uma base da possível sanção penal máxima que seria aplicada ao condenado, a qual, em virtude do extenso lapso temporal decorrido na fase investigativa, já estaria alcançada pela prescrição.

Assim, conclui-se que a prescrição em perspectiva não é uma causa extintiva da punibilidade - uma vez que esta não está prevista expressamente na legislação pátria brasileira

-, mas sim uma ideologia utilizada para se aferir a utilidade do processo, que, se tiver um resultado negativo, retira uma das condições da ação penal, qual seja, o interesse de agir.

Ademais, pode-se afirmar que quando o representante do *Parquet*, seja ele Federal ou Estadual, verificar que o processo não conseguirá atingir a sua finalidade, não havendo assim utilidade do ajuizamento da ação penal, deverá requerer o arquivamento do feito, sem o oferecimento da denúncia. Por seu turno, se a denúncia for oferecida, caberá ao magistrado rejeitá-la pela ausência de uma das condições da ação, com fulcro no art. 395, II, do Código de Processo Penal, ou extinguir o processo sem resolução de mérito, com base no art. 267, do mesmo diploma legal.

Em linhas finais, cumpre ainda ser ressaltado que a prescrição em perspectiva encontra respaldo no princípio da economia processual, bem como não viola o do devido processo legal, uma vez que seria absolutamente inútil dar prosseguimento a um feito no qual será impossível a imposição da sanção penal, tema este que será melhor aprofundado nesse momento.

4.3. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA CELERIDADE PROCESSUAL

A Constituição Federal dispôs como direito fundamental do cidadão o devido processo legal, declarando no art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

De acordo com tal dispositivo, todos têm direito a um processo justo, célere e imparcial, que deverá observar todos os direitos e deveres inerentes às partes, e, somente após toda a instrução processual, com base no contraditório e ampla defesa, seria realizado um juízo de valor através da sentença, condenatória ou absolutória.

Uma das principais críticas ao instituto da prescrição virtual reside no possível desrespeito ao princípio do devido processo legal, uma vez que, de acordo com a posição contrária à adoção do assunto em questão, a aplicação da prescrição em perspectiva geraria uma condenação antecipada do acusado, sem que houvesse um processo regularmente desenvolvido.

Nesse sentido dispõe o doutrinador Antônio Lopes Baltazar:

(...) a condenação não pode ser aceita pela parte; urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o status de condenado, por isso, como afirma José Carlos Marrone, 'há evidente obstáculo constitucional para se reconhecer a prescrição antecipada, que toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado de sentença condenatória, ou de hipotética condenação. (BALTAZAR, 2003, p.110)

Ao que se vê, no entender do referido defensor, os agentes da persecução penal têm a obrigação de atuar até a decisão final. Assim, o delegado tem o dever de instaurar o inquérito policial, o representante do Ministério Público tem a responsabilidade de ajuizar a ação penal e, por fim, o magistrado determinar o processamento do feito com, ao final, a prolação da decisão, condenatória ou absolutória.

Cezar Roberto Bitencourt igualmente condena o instituto da prescrição virtual com base no desrespeito do devido processo legal, declarando:

(...) o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa, violando os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (artigo 5.º, LVII, da CF). (BITENCOURT, 2010, p. 815).

Tal crítica é exposta também por Antônio Sérgio Cordeiro da Piedade, em seu artigo “Prescrição retroativa antecipada é ilegal”, o qual cita interessante decisão do Agravo de Instrumento n.º 764.670- RS, julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e afirma:

A prescrição retroativa antecipada se baseia em uma provável condenação, violando além do princípio da presunção de inocência o princípio da individualização da pena, segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça da lavra da ministra Maria Thereza de Assis Moura,
(...) já que o mero fato de o recorrente afirmar que as circunstâncias judiciais do agravante são favoráveis não lhe garante a pena mínima, cabendo apenas ao juiz competente, que é o juiz de primeiro grau, verificar, em caso de eventual condenação, qual deverá ser a pena aplicada, de acordo com a valoração de cada uma das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. (STJ: Agravo de Instrumento n.º 764.670- RS – 2006/0077817-9)

Diante de tais dados, extrai-se que, no entender da referida corrente, durante o recebimento da inicial acusatória, ou no curso da instrução criminal, não seria momento para

análise da pena a ser aplicada ao réu, sendo que tal ocasião, na qual deverá ser aplicada a sanção penal adequada, é a prolação da sentença, oportunidade em que o julgador faz uma análise detalhada das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, bem como todos os demais elementos colhidos durante a instrução processual.

O entendimento supramencionado é aceito por grande parte da doutrina jurisprudência brasileira, contudo, acredita-se, na visão desse trabalho científico, que tal posicionamento não é o mais adequado.

Ora, o decurso prolongado do processo criminal causa grande constrangimento ao acusado, o qual fica aguardando por longos meses, ou até anos, seu julgamento para que, mesmo sobrevivendo condenação, não terá a sanção penal aplicada, tendo em vista ter ocorrido a prescrição.

Assim, não se pode compreender que, depois de toda movimentação da máquina judiciária, gerando inúmeros custos e causando atrasos em diversos outros processos, seja declarado que, embora o réu seja condenado, não poderá cumprir a pena, ou seja, a referida condenação não existe.

Convergindo com o referido pensamento, Ricardo Nunes expõe:

(...) pelo simples fato de que a prescrição retroativa, mesmo quando reconhecida após a preclusão da faculdade recursal da acusação ou o desprovimento de seu recurso, afasta a condenação inicialmente imposta ao réu. Logo, se reconhecida antecipadamente, não haverá condenação sem processo, pois a condenação, de toda sorte, jamais chega a se consumar. Verifica-se, tão somente, a constatação preliminar da ocorrência da extinção da punibilidade, ato que dispensa a formação da relação processual e que, por demais óbvio, não traz nenhum prejuízo para o suposto agente. (NUNES, 2002, p. 11)

Desse modo, entende-se que se a máquina judiciária estatal não for capaz de, dentro do intervalo de tempo que lhe é designado, dar fiel cumprimento à legislação, não deverá ater-se inutilmente naquele caso já prescrito virtualmente, e possibilitar que com outros o mesmo ocorra.

Portanto, a prescrição em perspectiva representa uma aplicação do princípio da celeridade processual, uma vez que é absolutamente inútil dar seguimento a um feito, gerando incalculáveis gastos ao Estado, bem como esforços inúteis, que se defrontará com a prescrição.

Em confronto com a posição antagônica à aplicação do referido instituto, detalhada

nas linhas anteriores, o Juiz Juliano Serpa *apud* Maurício Lopes informa que os pressupostos em favor da prescrição em perspectiva:

encontram respaldo suficiente no princípio da economia processual, vez que é de indagar a razão de movimentar-se inutilmente a máquina judiciária com um processo onde já se sabe de antemão que, após a prolação de um édito condenatório, será impossível a imposição da sanção penal, face à ocorrência da prescrição. (SERPA, 2008, p. 162)

Em acréscimo, pode-se citar ainda o entendimento de Baltazar, o qual afirma que o princípio da celeridade processual manda que, entre duas opções, deve ser escolhida aquela que cause um ônus menor, tanto à parte, quanto ao Estado, buscando-se assim “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais, e, conseqüentemente, de despesas, sem, contudo, suprimir atos previstos no rito processual em prejuízo às partes”. (BALTAZAR, 2003, p. 107).

Ressalte-se que a máquina judiciária trabalha em busca de resultado, uma condenação ou absolvição justa, e não um vazio, um “nada jurídico”. Desse modo, acredita-se que, com a continuidade dos inúmeros processos fadados ao fracasso, o Poder Judiciário, já taxado de lento e ineficaz, perderá ainda mais sua credibilidade perante à sociedade, e os processos que efetivamente merecem maior atenção do Poder Público terão seu desenvolvimento travado pelo grande número de casos inúteis.

Diante do exposto, verifica-se que, conforme já informado anteriormente, o assunto em epígrafe não encontra posicionamento uníssono na doutrina e jurisprudência, tendo diversos argumentos contrários – como o desrespeito ao devido processo legal, a ausência de previsão legal -, e favoráveis – a ausência do interesse de agir, a celeridade processual, dentre outros – o que acabou causando sua adoção por alguns tribunais e completa rejeição por outros, conforme será explicitado a partir deste momento.

4.4 ENTENDIMENTO DO STF E STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Nos dias atuais, a prescrição em perspectiva é um dos temas mais polêmicos do ordenamento jurídico brasileiro, tendo gerado inúmeros debates na jurisprudência pátria.

Enquanto alguns tribunais ainda debatem sobre a aceitação ou não do referido instituto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são pacíficos quanto ao não acolhimento desta modalidade prescricional.

Como argumento mais relevante apresentado pelos Tribunais Superiores, ao rejeitar a referida tese, aparece a inexistência de previsão legal expressa, sendo incluído também o desrespeito ao devido processo legal, uma vez que, para os Ministros que lá atuam, o instituto da prescrição somente se regula pela pena em concreto, não sendo assim possível saber, sem o término da instrução processual, qual será a pena aplicada ao réu.

Nesse sentido é o entendimento do Ministro Relator do STJ, Paulo Galotti, no julgamento do RHC 12636, in verbis:

EMEN: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NÃO RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS. EXAME APROFUNDADO. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. 1. **Não é possível a declaração da prescrição da pretensão punitiva com base em pena virtual, isto é, aquela que, em tese, será imposta na sentença, em caso de condenação, hipótese não contemplada na legislação de regência.** 2. Tendo o Tribunal de origem afirmado não serem ilícitas as provas que sustentam a ação penal, mostra-se inviável entender de forma diversa, na via estreita do habeas corpus, por demandar um exame aprofundado dos elementos fático-probatórios. 3. Deve ser trancada a ação penal diante da ausência de precisão acerca da autoria do delito, imprescindível para se imputar a alguém a condição de réu. 4. Recurso parcialmente provido. ..EMEN:
(RHC 200200434921, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/06/2009 ..DTPB:.) (grifos nossos)

O STJ, em julgado posterior, reafirmou seu posicionamento sobre a impossibilidade de utilização do referido instituto:

EMEN: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO E USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É vedada a análise profunda dos elementos probatórios em sede de habeas corpus, que permite apenas exame superficial para constatar atipicidade, extinção da punibilidade

ou evidente ausência de justa causa. 2. Não há falar em trancamento da ação penal quando a denúncia é clara e suficiente na imputação dos fatos que ensejaram a persecução penal. 3. Não há declarar a extinção da punibilidade se não há elementos suficientes nos autos para se constatar a ocorrência da prescrição, até por que a via estreita do habeas corpus não comporta exame fático-probatório. 4. **Não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva, uma vez que a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime (CP, art. 109) ou, depois do trânsito em julgado para a acusação, pela pena efetivamente aplicada (CP, art. 110), conforme expressa previsão legal.** 5. Recurso não provido. EMEN: (RHC 200801203801, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:26/04/2010 ..DTPB:.) (grifos acrescidos)

O referido entendimento também foi exposto no Supremo Tribunal Federal no julgamento Habeas Corpus 102439, o qual declarou:

Habeas corpus. 2. Redução à condição análoga à de escravo – CP 149, caput e § 2o., I. 3. Alegações de falta de justa causa e reconhecimento da prescrição antecipada. Não ocorrência e inadmissibilidade. 4. **Satisfeitos os requisitos do CPP 41 e não comprovadas, de plano, atipicidade, incidência de causa extintiva de punibilidade ou ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Inadmissível a prescrição punitiva em perspectiva, projetada, virtual ou antecipada à minguada de previsão legal.** Jurisprudência reafirmada no RE 602.527/RS. 5. Precedentes.6.Ordem denegada. (STF - HC: 102439 MT , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2013 PUBLIC 13-02-2013) (grifos nossos)

Diante do exposto, verifica-se, portanto, que os Tribunais Superiores rejeitam a tese da prescrição virtual. O STJ, a propósito, editou a Súmula 438, a qual versa sobre o referido instituto, dispondo que “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Assim, para o STF e STJ, sem previsão no ordenamento jurídico, inexistente aplicação da prescrição da pretensão punitiva com base no cálculo de pena que seria hipoteticamente aplicada ao réu caso fosse condenado, a denominada prescrição em perspectiva.

Contudo, faz-se necessário informar que o entendimento adotado pelo STF e STJ não é seguido por vários tribunais brasileiros, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os referidos órgãos do Poder Judiciário que possuem posicionamento favorável ao instituto, embora de maneira tímida, vêm aceitando a tese em exame e, com fundamento nela,

rejeitando petições iniciais acusatórias, bem como trancando diversas ações penais já devidamente instauradas, sendo, a maioria da corrente que adota tal tese, composta por Juízos Singulares.

4.5 A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Apesar da não aceitação do instituto da prescrição virtual pelos Tribunais Superiores, vários juízes de 1º grau, bem como Desembargadores, vêm aplicando a prescrição virtual em seus julgados, fundamentando o referido uso com diversos argumentos, a maioria dos quais já foram expostos ao longo desse trabalho de conclusão de conclusão, a exemplo do princípio da celeridade processual, não intervenção da máquina judiciária em processos fadados ao fracasso, dentre outros.

A fim de ilustrar o referido entendimento, apresento alguns julgados oriundos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PENAL. ESTELIONATO TENTADO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DA LIDE. EXTINÇÃO DO IUS PUNIENDI. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. EXCEPCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. Assegura a Constituição Federal a todos os cidadãos, a razoável duração do processo. Não somente o ofendido, mas também o acusado têm o direito de obter prestação jurisdicional em prazo adequado.
2. A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção a ser aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade, em razão do tempo decorrido entre os fatos e a denúncia.
3. Na hipótese dos autos, há elementos corroborando tal inteligência eis que, considerando o período transcorrido desde as condutas delituosas (mais de 6 anos) sem que a peça acusatória tenha sido oferecida, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória - que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo legal cominado ao delito por que responde o acusado (1 ano de reclusão) mormente levando-se em conta a redução prevista no art. 14, II, do CP.
4. Falece interesse processual (art. 43, inc. II, CPP) na continuidade do feito, ocasionando, assim, ausência de justa causa em face da prescrição antecipada.
5. Extensão do decisum aos demais acusados (art. 580 da Lei Processual). (TRF 4, RSE n. 2007.072.09.000935-7/SC, rel. Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, j. 10.10.2007) (grifos acrescidos)

APELAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. Se a acusação obtivesse a condenação, a pena não chegaria sequer em dois anos de reclusão. Tendo transcorrido mais de cinco anos desde o fato até a presente data, estará, ao final, extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. É inegável, no caso dos autos, mesmo sem se declarar a prescrição em perspectiva, a falta de interesse de agir por parte do órgão estatal, pois o final da demanda é previsível e inútil aos fins propostos. **APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA.** (Apelação Crime Nº 70051706752, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 05/06/2014) (TJ-RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 05/06/2014, Sétima Câmara Criminal)

Por outro lado, cumpre salientar que há diversos tribunais que não apresentam posicionamento consolidado sobre o tema, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, dependendo sua aceitação ou não, do convencimento do julgador responsável pelo processo, conforme pode se extrair dos julgados abaixo, os quais deliberam, respectivamente, pela possibilidade, e não, do referido instituto:

Recurso em sentido estrito. **Prescrição virtual. Possibilidade**, desde que haja não somente a possibilidade, mas certeza de que o processo redundará em extinção da punibilidade. Hipótese em que os acusados (primários, sem antecedentes e menores de vinte e um anos) teriam de ser apenados em mais do que o dobro do mínimo para evitar a prescrição. Decisão mantida. Recurso do Ministério Público não provido. (TJ-SP - RECSENSES: 82556920078260270 SP 0008255-69.2007.8.26.0270, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 22/11/2012, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 22/11/2012) (grifos acrescidos)

HABEAS CORPUS RECEPÇÃO (art. 180, § 3º, do CP) EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PRESCRIÇÃO VIRTUAL IMPOSSIBILIDADE A prescrição retroativa antecipada não é prevista na legislação penal nem admitida pela jurisprudência desta Corte e dos Tribunais Superiores Súmula 438 do STJ Constrangimento ilegal inexistente **ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.** (TJ-SP - HC: 00356566720138260000 SP 0035656-67.2013.8.26.0000, Relator: Amado de Faria, Data de Julgamento: 07/05/2013, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/05/2013) (grifos nossos)

Em outro ponto, ao lado daqueles que rejeitam a aplicação da prescrição em perspectiva está o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual fundamenta a não possibilidade de sua utilização na inexistência de precisão legal do instituto, conforme foi observado em

diversos julgados, dentre eles:

APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL - ART. 129, § 9º, DO CPB - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO DE CASSAÇÃO DA SENTENÇA, COM A RETOMADA DO CURSO PROCESSUAL ATÉ FINAL JULGAMENTO DE MÉRITO - ACOLHIMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. **A denominada prescrição antecipada, que tem como referencial condenação hipotética, não possui amparo jurídico em nosso sistema processual penal. 2. Entendo, pois, pela inaplicabilidade da prescrição antecipada ou em perspectiva, ainda que exista entendimento contrário, posto que a legislação penal brasileira não versa sobre esta hipótese. 3.** No caso dos autos, ainda que fosse analisada a prescrição pela pena máxima cominada, ou seja, em abstrato, não estaria configurada. (TJ-MG , Relator: Walter Luiz, Data de Julgamento: 03/06/2014, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL) (grifos nossos)

Assim, faz-se imperioso ressaltar que, apesar da súmula publicada pelo STJ e do posicionamento adotado pelo guardião da Constituição (o STF), a prescrição virtual ainda não é assunto consolidado na doutrina e jurisprudência, abarcando assim inúmeras teorias, as quais giram em torno da defesa ou rejeição do tema em epígrafe.

De fato, a aplicação da prescrição virtual deve se dar caso a caso, aproximando o juiz da sociedade, bem como da realidade em que vive, permitindo-se a aplicação de concepções que não criem obstáculos ao desenvolvimento social e jurídico do Direito Penal enquanto sistema aberto que deve ser, tendo assim por objetivo o cumprimento do Direito Penal moderno, qual seja, “buscar ao caso concreto uma solução mais justa, ainda que tenha que posicionar a dogmática em segundo plano”. (MACHADO, 2000, p. 201).

Em outro norte, *data venia*, entende-se que merecem críticas os que adotam a impossibilidade de aplicação da prescrição virtual em decorrência da falta de previsão legal. Ora, se o nosso ordenamento jurídico possibilita, através da interpretação sistemática e teleológica da legislação existente, a leitura da norma de forma que esta possibilite, a bem do interesse público, o combate efetivo à criminalidade e a arrecadação de tributos, pode dá margem também à prescrição em perspectiva, como forma de economicidade e devido privilégio aos processos que possam obter algum resultado aplicável.

Ademais, não permitir aos operadores do Direito, principalmente juízes e promotores, que utilizem a prescrição virtual sob o argumento da ausência de previsão legal expressa seria o mesmo que extinguir o poder da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro,

extraindo assim o caráter humano e social a que o Direito está vinculado.

Portanto, os Tribunais que vêm aplicando o referido instituto, acertadamente, não almejam defender a impunidade, o que se realmente quer é que os operadores do Direito possam reconhecer a prescrição em perspectiva como forma de extinção da punibilidade diante das circunstâncias do caso do concreto, ou seja, a mesma não seria obtida com base em dados aleatórios, mas sim diante dos fatos, bem como as circunstâncias pessoais, expostos no processo, não causando assim ao cidadão um constrangimento desnecessário de ser processado por vários meses, ou anos, diante da falta de interesse de agir do Estado.

CONCLUSÃO

O presente estudo abordou a importância do instituto da prescrição virtual no âmbito da doutrina e jurisprudência, instituto que, apesar de rejeitado por alguns Tribunais brasileiros, é um importante instrumento na busca da extinção de processos inúteis, bem como propicia maior celeridade às lides criminais.

Desse modo, os objetivos mencionados foram alcançados, uma vez que se constatou através dessa pesquisa, cujo tema gira em torno da admissibilidade da prescrição virtual, a atual existência de inúmeras polêmicas, principalmente na doutrina e jurisprudência, acerca da possibilidade da aplicação do referido instituto no âmbito das lides criminais brasileiras.

Assim, observou-se que tal modalidade de prescrição não possui previsão legal expressa e baseia-se na pena virtualmente aplicada ao réu em caso de uma eventual condenação, antecipando assim, os cálculos que seriam feitos quando da dosimetria da pena e, com base nas circunstâncias pessoais do agente, bem como nos elementos objetivos do crime em questão, verificar se eventual pena imposta teria sido alcançada pela prescrição.

Como principal fundamento desse instituto, relativamente novo, temos a ausência do interesse de agir, condição da ação fundamental ao ajuizamento da ação penal, que busca, através do trinômio necessidade, utilidade e adequação, que o provimento judicial seja capaz de pacificar a lide em questão.

Sua teoria tem como pilar, portanto, o afastamento de processos fadados ao fracasso, ou seja, inúteis, aqueles em que já se sabe, desde o início, ou durante a instrução criminal, que pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos, bem como as condições pessoais do acusado, a quantidade de pena que seria aplicada ao acusado, e com base nesta, já se poderia aferir a prescrição ocorrida.

Diante do exposto, entende-se que a prescrição virtual não é uma causa extintiva da punibilidade, uma vez que não está prevista em qualquer diploma legal, mas sim um meio com o qual se busca auferir a utilidade do processo. Sendo tal resultado negativo, conclui-se pela ausência do interesse de agir, uma das condições da ação penal, e, por conseguinte, pela carência da ação.

Nesse cenário, diante da inutilidade de eventual processo, não existe lógica em prosseguir, ou até mesmo dá início, a uma lide em que se sabe, de antemão, ser absolutamente infrutífera, ou seja, que não gerará alteração alguma no mundo fático do infrator.

Dessa forma, se o representante do Ministério Público observar que um eventual processo não conseguirá atingir sua finalidade, não tendo assim utilidade nenhuma, deverá requerer o seu arquivamento. Contudo, caso a denúncia seja oferecida, cabe, nesse caso, ao magistrado rejeitá-la, uma vez que se estaria ausente uma condição da ação, o interesse de agir.

É imperioso ressaltar que um processo inútil, além de trazer enormes gastos ao Estado e sofrimento ao acusado, acaba por causar uma expectativa na sociedade, a qual acredita na aplicação da sanção penal cabível ao infrator, e não um vazio. Portanto, acredita-se que, com a continuidade dos inúmeros processos fadados ao fracasso, o Poder Judiciário, já taxado de lento e ineficaz, perderá ainda mais sua credibilidade perante à sociedade, e os processos que efetivamente merecem maior atenção do Poder Público terão seu desenvolvimento travado pelo grande número de casos inúteis.

Não se deve extinguir tal inovação jurisprudencial e doutrinária com base no argumento da falta de previsão legal, uma vez que não é porque a lei não a prevê, que a mesma não possa ser obtida com base na interpretação doutrinária sistemática ou finalista, interpretação essa tão defendida por diversos doutrinadores e juristas brasileiros.

Ademais, não se pode conceber a ideia de afronta ao princípio da legalidade, uma vez que este é uma garantia do acusado contra as ingerências do Estado, buscando assim a melhor interpretação possível ao réu.

Por outro turno, entende-se também que a prescrição virtual não viola o princípio do devido processo legal, uma vez que a obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal só vem existir quando presentes todas as condições da ação, portanto, se ausente o interesse de agir, não há que se falar em ajuizamento obrigatório da ação penal.

Mencione-se também o processo criminal tem como fim a aplicação da sanção penal e não pode ser instaurado por um simples apego ao formalismo. Se, conforme já explicitado anteriormente, já se sabe que após todo o trâmite processual, este não resultará em qualquer pena, tal processo será inútil e sua imediata extinção é medida mais justa.

Assim, a prescrição em perspectiva, mesmo não prevista em lei, deve ser aplicada aos processos pelos diversos operadores do Direito, tendo como fundamentos a economia e celeridade processual e a extinção de processos fadados ao fracasso.

A prescrição projetada é consonante com o princípio da celeridade processual porque visa a eliminação dos processos inúteis, dando lugar aos casos que mereçam maior atenção e

celeridade, possibilitando assim que os mesmos possam ter um julgamento razoável e dentro dos ditames previstos no ordenamento.

Além do mais, reforça-se que o grande número de processos inúteis causa um desperdício imensurável de recursos públicos, bem como de ordem material e intelectual, sendo, portanto, a tese em epígrafe apta a ensejar a utilização da máquina judiciária em processos que não possuem qualquer utilidade.

Observando-se sob a ótica do acusado, pode-se extrair que a prescrição em perspectiva não traz qualquer prejuízo ao mesmo, uma vez que a decisão que o absolve com base em tal instituto não gera reincidência, aparecimento na ficha de antecedentes criminais, tampouco inclusão do nome no rol de culpados.

Portanto, após a apresentação de diversas teses favoráveis e contrárias ao instituto em questão, pode ser demonstrada a possibilidade jurídica da adoção e aplicação da prescrição virtual no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesses termos, na atual conjuntura processual penal, não tem lógica e vai em desencontro à finalidade do processo penal o atual posicionamento do STF, STJ e demais Tribunais Superiores de não reconhecer o instituto da prescrição virtual.

Ora, mesmo sem previsão legal, pode o magistrado extinguir um processo quando entender que este não terá resultado algum, não podendo mais o direito ser confundido com um mero esquema de leis, como exposto por Hans Kelsen, inclusive é isso que vem sendo feito por muitos magistrados atuantes na primeira instância, os que realmente sentem o peso de carregar, por anos e anos, um processo que resultará em um “nada jurídico”.

Portanto conclui-se que, apesar de combatida, erroneamente, pelas mais altas cortes judiciárias brasileiras, a prescrição virtual é uma realidade e se faz presente, como um grande passo, na busca para que a celeridade processual não seja prevista apenas na norma, mas sim como uma verdadeira realidade no processo penal brasileiro, bem como para que os processos que realmente merecem atenção estatal possam ser julgados em um tempo razoável e com a devida atenção que merecem.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. Bauru: Edipro, 2003.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo Oliveira. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1980.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mai. 2014.

BRASIL **Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 jul. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Exposição de Motivos do Código Penal Militar**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224150>>. Acesso em 20 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 200200434921**, da Sexta Turma. Relator: Paulo Gallotti. Brasília: 1º de junho de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4283950/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12636-mg-2002-0043492-1>>. Acesso em 25 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 200801203801**, da Quinta Turma. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília: 26 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9114402/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-23735-sc-2008-0120380-1>>. Acesso em 25 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. In: _____. Súmulas. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0438.htm>. Acesso em 6 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102439**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília: 13 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508467/habeas-corpus-hc-102439-mt-stf>>. Acesso em 25 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 146**. In: _____. Súmulas. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0146.htm>. Acesso em 7 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 497**. In: _____. Súmulas. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0497.htm>. Acesso em 4 jul. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso em Sentido Estrito nº 2007.072.09.000935-7**, da Oitava Turma. Relator: Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro. Santa Catarina: 10 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2004087/recurso-em-sentido-estrito-rse-8304>>. Acesso em 25 jul. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE MACEDO, Igor Teles Fonseca. **Prescrição Virtual**. Salvador: Juspodivm, 2007.

FABRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **ARTIGO DO DIA - Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2190486/artigo-do-dia-prescricao-virtual-ou-antecipada-sumula-438-do-stj>>. Acesso em 5 jun. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Niterói: Editora Impetus, 2012.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Britos Gueiros. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

MEDEIROS, Júlio. **Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14441/prescricao-penal-virtual-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 8 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0024.11.046757-8/001**, da 1ª Câmara Criminal do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 6 de junho de 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123330302/apelacao-criminal-apr-10024110467578001-mg/inteiro-teor-123330352>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Ricardo Pieri. **Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2002, n. 119, outb/2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Prescrição retroativa antecipada é ilegal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/antonio-piedade-prescricao-retroativa-antecipada-ilegal>>. Acesso em 4 jun. 2014.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70051706752**, da Sétima Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Etcheverry. Porto Alegre, 05 de junho de 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126516977/apelacao-crime-acr-70051706752-rs>>. Acesso em 25 jul. 2014.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura Romão. **Prescrição Virtual: uma realidade no Direito Penal Brasileiro**. 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SANTANA, Magna Oliveira Pires de. **Prescrição Virtual à luz do princípio da dignidade humana**. Disponível em: <<http://sustenere.co/journals/index.php/scientiamjuris/article/view/ESS2318-3039.2013.001.0005>>. Acesso em 1 jun. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 00356566720138260000**, da 3ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Amado de Faria. São Paulo, 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116129613/habeas-corpus-hc-356566720138260000-sp-0035656-6720138260000>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 287**. Relator: Sérgio Carvalho. São Paulo, 4 de março de 2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22662924/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-82556920078260270-sp-0008255-6920078260270-tjsp>>. Acesso em 25 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso em Sentido Estrito nº 82556920078260270**, da 10ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Francisco Bruno. São Paulo, 22 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22662924/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-82556920078260270-sp-0008255-6920078260270-tjsp>>. Acesso em 25 jul. 2014.

SERPA, Juliano. **A prescrição penal antecipada como causa de extinção da punibilidade no Direito Penal Brasileiro**. Revista da ESMEC, Rio de Janeiro, v. 5, n. 21, 2008.

VIDAL, Hélio Simões. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: Juruá, 2011.