

## 1 INTRODUÇÃO

A prescrição é instituto antigo, remonta a data anterior ao nascimento de Cristo. Sua relevância para a ciência jurídica é algo indubitável, pois representa não somente uma garantia individual, mas, sobretudo um desenvolvimento à sociedade, vez que satisfaz os anseios sociais de segurança jurídica na determinação e aplicação da pena.

Recentemente surgiu no cenário jurídico a famigerada Prescrição Virtual, também conhecida por Prescrição em Perspectiva, Projetada, Hipotética, Antecipada ou Pré-calculada; tema bastante complexo e inquietante, afeto à ciência criminal, tem gerado conflitos na doutrina e jurisprudências nacionais.

Nessa esteira, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tenciona expor a viabilidade jurídica desse novel instituto, demonstrando que, através de uma interpretação sistemática e integrativa do ordenamento jurídico brasileiro, é perfeitamente possível sua aplicação pelos atores do direito (juízes, promotores, defensores, etc.), eis que encontra supedâneo na norma penal, bem como acha-se em perfeita simetria com os princípios gestores do Direito Penal.

O procedimento adotado para tal mister foi a pesquisa bibliográfica da doutrina nacional e de arestos jurisprudenciais dos Tribunais Pátrios - já que é criação brasileira, inexistindo no direito comparado qualquer instituto que se assemelhe a ela -, os quais tiveram papel proeminente nesta obra, pois possibilitou o entendimento e interpretação tanto das matérias que lhe dão sustentáculo, quanto à própria Prescrição Virtual.

A par disso, o cotidiano da Procuradoria da República de Marabá/PA foi fundamental, igualmente, para o desenvolvimento deste estudo, na medida em que pelo exame de alguns processos e inquéritos policiais que regulamente tramitam naquele Órgão Ministerial, tornou-se possível aferir a atualidade e importância deste tema, bem como sua aplicação em casos concretos.

O instrumento metodológico escolhido foi o método dedutivo, ou seja, fez-se uma abordagem geral das principais matérias que dão suporte à Prescrição Virtual, quais sejam: prescrição penal *lato sensu* (com ênfase à modalidade prescricional da prescrição retroativa) e as condições da ação penal, encarada do ponto de vista de uma Teoria Geral do Processo, pois é por meio delas que este instituto é compreendido e justificado; funcionando, inclusive, como verdadeiras premissas de sua cognição, já que conseqüência lógica de seu entrelaçamento.

Após o estabelecimento de seus alicerces, a partir de uma abordagem geral sobre o fenômeno prescritivo no Direito Penal, sedimentando suas principais regras, modalidades e nuances, bem como das condições da ação, precipuamente do interesse de agir na modalidade interesse-utilidade, passou-se à investigação específica da Prescrição em Perspectiva, abordando seu conceito, evolução histórica e natureza jurídica, seus importantes efeitos e benefícios, assim como as principais teses favoráveis e desabonadoras deste nobre instituto, procurando-se sempre refutar as teorias contrárias por meio de seu principal argumento, qual seja, fórmula de reconhecimento da carência da ação, por ausência de interesse de agir, na sua faceta interesse-utilidade.

## 2 PRESCRIÇÃO PENAL

### 2.1 CONCEITO

É sabido que o decurso do tempo produz efeitos relevantes no ordenamento jurídico, tais como nascimento, alteração, transmissão ou a perda de direitos, pois ele é capaz de revestir de caráter imutável as relações jurídicas desenvolvidas no seio social. O simples passar dos anos, que é um acontecimento fático natural, importa na aquisição de direitos e obrigações (a exemplo da maioridade penal atingida aos dezoito anos de idade).

Nesse contexto, desponta no mundo jurídico o fenômeno conhecido por prescrição, instituto comum a todos os ramos do Direito, isso porque tem por fundamento um dos princípios mais relevantes para o ordenamento jurídico: que é a segurança jurídica.

Na Ciência Penal, especificamente, desempenha importante papel, na medida em que influencia na continuidade ou não da persecução criminal, bem como na necessidade em se executar uma sanção aplicada ao autor do delito, ou seja, a pretensão concreta de se punir o criminoso ou de se executar a punição.

Dessa forma, com a instituição da prescrição o Estado limitou o *jus puniendi* concreto (direito de punir) e o *jus executionis* (executar a pena imposta) a lapsos temporais preestabelecidos pela norma criminal, cujo transcurso permite-se avaliar a conveniência política de não ser mantida a situação criada pela violação da norma repressiva.

A prescrição no Direito Penal brasileiro pode ser vista sob diversos prismas, o que enseja a existência de conceitos mais ou menos distintos.

Assim, alguns penalistas enxergam-na como a renúncia ao direito de punir. Basileu Garcia, por exemplo, ensina que a prescrição é a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo (apud JAWSNICKER, 2008, p. 699); José Frederico Marques, por sua vez, verbera ser a prescrição a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo (apud MACEDO, 2007, p.3).

Nessa mesma direção, Bento de Faria consigna que a prescrição representa a renúncia do Estado ao efetivo poder de punir (apud JAWSNICKER, 2008, p.30). Já o ilustre professor Damásio Evangelista de Jesus (2005), com maior precisão, enuncia que a prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo.

Comungando com esse entendimento, Luiz Regis Prado deduz que a prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado (apud JAWSNICKER, p. 31); e finalmente, Fernando Capez (2005, p. 544), de seu turno, conceitua como perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não-exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo.

Das sobreditas definições, que apresentam poucas nuances entre um autor e outro, já que é vista ou como renúncia ou como perda de um direito, extraem-se dois elementos essenciais, a saber: o decurso do tempo e a inércia estatal.

O decurso do tempo consiste no transcurso dos prazos preestabelecidos nos incisos do art. 109 do Código Penal Pátrio, considerados de acordo com a pena máxima abstratamente cominada ou a sanção em concreto (aquela em que o acoimado foi efetivamente condenado).

Já a inércia estatal diz respeito à ausência de atividade dos órgãos estatais em exigir do sujeito passivo o cumprimento de uma obrigação. Lembrando-se que não necessariamente essa inércia será plena, vez que, malgrado mobilizado todo o aparato estatal, pode ocorrer a prescrição quando não se obtiver êxito em solucionar o delito dentro do prazo tido pelo legislador como razoável.

Nessa esteira, de uma forma ou de outra, a prescrição constitui um impedimento ao direito de punir estatal ante a sua inércia em exercer o *jus puniendi* ou o *jus executionis* em prazo hábil, uma vez que a pena deixa de ser justa quando por demais tardia, perdendo, no todo ou em parte, seu sentido.

Em outras palavras, o fenômeno prescritivo da pena é uma decorrência da inércia estatal, da falta de reação do Estado-juiz, que por meio de seus órgãos não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva contra o ato lesivo ou perigoso do delinqüente a um bem da vida penalmente tutelado.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

Não são atuais os debates travados pelos penalistas, nacionais e estrangeiros, acerca da natureza das normas que regulamentam a prescrição, ou seja, busca-se defini-las como normas materiais ou enquadrá-las como processuais. Essa definição tem importância prática, pois que se tiverem natureza processual, a lei nova que amplia o prazo prescricional terá aplicação imediata por força da dicção do art. 2º do Código de Processo Penal (“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”).

No entanto, se for de natureza substancial, a lei nova ampliadora do prazo prescricional não poderá ser aplicada de pronto, posto que sendo mais gravosa ao réu, deve-se obediência ao princípio da reserva legal (anterioridade) coligido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, assim como o da irretroatividade da lei penal, consubstanciado no art. 1º, do Código Penal e art. 5º, inciso XL, da Norma Suprema.<sup>1</sup>

Segundo o doutrinador Ricardo Teixeira Lemos (2007, p. 21), essa discussão acerca da natureza jurídica da prescrição, que se circunscreve à admissibilidade ou não da retroatividade da norma processual, tem perdido a razão de ser, eis que se tem reconhecido a retroatividade das leis processuais quando benéficas ao réu, de molde que o princípio do *tempus regit actum* é aplicável apenas quando a nova lei processual for mais gravosa ao acusado.

Afirma, ainda, que a corrente dominante a considera como de Direito Penal, embora haja conseqüências imediatas de Direito Processual Penal, pois a prescrição é tida como um direito do réu, direito de não ser julgado ou punido após o decurso do tempo previsto para se extinguir a punibilidade. E arremata, aduzindo que este direito, o réu adquire por efeito da renúncia do Estado ao poder-dever de punir, que só a ele incumbe.<sup>2</sup>

No Brasil, alguns dos doutrinadores de renome como Damásio Evangelista de Jesus, Celso Delmanto, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt, etc., situam-na no direito material, isto é, de natureza exclusivamente penal. Tanto é assim que, por constituir causa de extinção da punibilidade, vem disciplinada no Código Penal brasileiro, no art. 107, inc, IV.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum Saraiva. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>2</sup> Ibidem.

Finalmente, não se deve olvidar, todavia, que a prescrição é norma de ordem pública, sendo, pois, obrigatória sua decretação, de ofício pelo magistrado ou a requerimento de qualquer das partes, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal<sup>3</sup>.

### 2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição (tomada em seu sentido amplo, no tocante a seara penal) é, há muito conhecida e defendida, mostrando-se necessário e pertinente um breve estudo de sua evolução histórica.

Conforme já mencionado alhures, o tempo exerce inegável influência no Direito, em todos os campos, seja ele público ou privado, uma vez que não se pode conceber a possibilidade de exercício de um direito indefinida no tempo, sob pena de se promover a instabilidade no corpo social. E, é justamente baseado na paz social, na tranqüilidade da ordem jurídica que se busca o fundamento do fenômeno da prescrição (VENOSA, 2005, p.593)

A prescrição (formada pelos vocábulos latinos *prae* e *scribere* etimologicamente significa *escrever antes* ou no *começo*) surgiu como meio de aquisição de direitos no antigo Direito Romano, que reconhecia o possuidor como legítimo proprietário de um bem, depois de transcorrido certo intervalo de tempo.

No que tange ao direito penal, a doutrina de um modo geral sugere que a prescrição da pretensão punitiva, assim como inúmeros outros institutos jurídicos, tem sua origem no Direito Romano, cujo objetivo era evitar que o processo se arrastasse *ad infinitum*.

Nessa esteira, sobredito instituto foi inaugurado pela edição da *lex Julia de adulteriis*, no século XVIII a.C., que fixou o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes nela previstos – adultério, estupro e lenocínio. Tal prazo foi estabelecido em razão das festas lustrais (as quais se baseavam na idéia de perdão e de purificação dos indivíduos e das cidades, de modo a lavar-lhes as culpas religiosas), o que parece significar que os romanos associavam a prescrição à idéia de perdão.

Com o passar dos tempos, os romanos estenderam o fenômeno prescritivo para a generalidade dos delitos (com exceção apenas do parricídio, da apostasia e do parto

---

<sup>3</sup>Art. 61 do CPP: Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Parágrafo único: [...]

suposto), com a conseqüente ampliação daquele prazo, ou seja, de cinco para vinte anos. Entretanto, foi mantida a prescrição quinquenal para os crimes previstos na *lex Julia de adulteriis*, bem como para o crime de peculato.

No Brasil, durante o período imperial, em virtude de ainda não se ter um diploma processualista penal, as regras a respeito da prescrição eram extraídas do bojo do Código Criminal do Império, editado em 16 de dezembro de 1830. Tal diploma previa vários institutos, dentre os quais, a imprescritibilidade da condenação.

Isto implica dizer que, havendo condenação, a sanção imposta ao acoimado de modo algum prescreveria, ou nas palavras do diploma: “as penas impostas aos réus não prescrevem em tempo algum” (art. 65, do Código Criminal do Império)<sup>4</sup>. A *contrario sensu*, ao passo que se vedava a prescrição executória (aquela baseada na pena efetivamente imposta) estava-se, por via oblíqua, admitindo a prescrição da pretensão punitiva, fincando seus marcos no Direito material.

Assim, com a edição do Código Processual Criminal de 1832 (ou Código de Processo Criminal de Primeira Instância), a prescrição da pretensão punitiva foi inserida na legislação brasileira através dos arts. 54 a 57<sup>5</sup>. É a partir desse fato que se estabeleceu, até os dias atuais, a celeuma acerca da natureza jurídica deste instituto, se de caráter penal ou pertencente ao ramo processual.

Os prazos ali fixados correspondiam a um ano, para os delitos e contravenções penais; em seis anos para os delitos afiançáveis; já para os inafiançáveis era de dez anos, exigindo-se para todos eles os requisitos de presença interrupta no distrito, ou então ausência, desde que em lugar sabido, pois caso contrário passaria para dez anos em se tratando de crime afiançável. Registre-se, a prescrição não se estendia às indenizações, segundo o art. 57, poderiam ser demandadas em todo o tempo.

Posteriormente, o mencionado diploma criminal foi alterado pela Lei nº 261/1841, que por sua vez, foi regulamentado pelo Decreto nº 120, de 31.01.1842. Esse decreto trouxe inúmeras modificações, dentre as quais se podem citar: o estabelecimento de prazos distintos para os crimes inafiançáveis (vinte anos para os ausentes em lugar sabido dentro

<sup>4</sup> Op. cit, p. 35 et. seq.

<sup>5</sup> Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os juizes de paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquento presente sem a interrupção no districto, e por três annos, estando ausente em lugar sabido.

Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquento presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, comtanto que seja dentro do Império.

Art. 56. Os delictos que não admittem fiança só prescrevem por dez annos, estando o delinquento presente sem interrupção no termo.

Art. 57. A prescrição não se estende à indenização, que poderá ser demandada em todo tempo.

do Império; dez anos para os presentes, e estando o réu em lugar não sabido ou fora do Império o delito não prescreveria em tempo algum); as obrigações de indenizar se submetem, agora, ao prazo de trinta anos, contados do dia em que o delito foi cometido, etc.

No tocante à prescrição da pretensão executória, que é bem mais recente no ordenamento pátrio, foi criada pelo Código Penal Francês de 1791, estabelecendo como regra o prazo vintenário, assim como o princípio da imprescritibilidade de alguns crimes, nos mesmos moldes da legislação romana.

No Brasil, consoante mencionado alhures, ainda no período Imperial, essa modalidade de prescrição não era albergada pelo ordenamento jurídico de então (previsão do art. 65 do Código Criminal de 1830), vindo a ser admitida tão-somente em 20 de setembro de 1890 através do Decreto nº 774, em seus arts. 4º e 5º.

Consoante se observa, somente após a Proclamação da República a prescrição da condenação foi estabelecida no Brasil, por meio do referido Decreto de 1890, sendo posteriormente codificada pelo Código Penal, também de 1890, que, registre-se, veio a consagrar as duas modalidades de prescrição – da ação e da pena -, subordinando-as ao mesmo prazo prescricional, qual seja, máximo de vinte anos.

Já sob a égide do chamado Estado Novo (1937), Alcântara Machado apresentou o projeto do Novo Código Penal (1940), aumentando-se em metade os prazos prescricionais relativos a alguns crimes, tais como os cometidos contra a personalidade do Estado.

Hodiernamente, a prescrição é tratada nos arts. 109 a 119, do Código Criminal de 1940, promulgado pelo Decreto-lei nº 2.848 que adotou as seguintes expressões, as quais foram mantidas pela nova Parte Geral (Lei 7.209, de 11.07.1984) do vigente diploma repressivo: prescrição antes de transitar em julgado a sentença condenatória – indicando a prescrição da pretensão punitiva -, e prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória – alusiva à prescrição da pretensão executória. Ambas são vistas como causa de extinção da punibilidade.

Recentemente surgiu no ordenamento jurídico brasileiro um novo instituto denominado prescrição penal antecipada ou virtual da pena em perspectiva ou projetada, que não é prevista na lei de forma expressa, tratando-se, pois, de uma criação jurisprudencial e doutrinária, mas que é aceita e aplicada por muitos operadores do direito.



## 2.4 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL (PRINCIPAIS TEORIAS)

A prescrição penal nunca foi vista com bons olhos por diversos doutrinadores. Constituindo-se em tema que veicula inegável densidade de complexidade, proporcionando inquietantes debates e conflitos no palco da ciência criminal, era tida inicialmente como estimuladora de impunidade; como verdadeiro encorajamento aos criminosos à prática de novos delitos, além de ser um insulto à justiça criminal, à moral e aos bons costumes.

Atualmente, é inquestionável a grande relevância dada ao instituto que, na verdade se propõe ao estabelecimento de paz e segurança às relações jurídicas oriundas do corpo social. Assim, com vistas a demonstrar que a prescrição de forma alguma se inclina à disseminação de impunidades, mas muito pelo revés, Vincenzo Manzini (apud LEMOS, 2007, p.6), em sua obra *Tratatto di Diritto Penale*, apresenta algumas teorias que justificam a existência e a utilidade deste nobre instituto.

**a) Teoria do Esquecimento:** parte da premissa de que o tempo tudo apaga, tudo modifica. Assim, com o seu natural transcorrer, o crime é esquecido pela sociedade, e conseqüentemente desaparece o alarme social ocasionado por ele, não mais subsistindo interesse em se punir o infrator.

Em outras palavras, verificando-se a cessação de indignação pela prática de um fato delituoso, tanto em relação à vítima, quanto da sociedade, a imposição de uma pena não seria necessária, vez que a pacificação almejada já teria sido alcançada, de molde a prescindir-se da atuação estatal.

Nesse sentido, são preciosas as palavras de Renee do Ó Souza<sup>6</sup>, para o qual:

A pena imposta a um delinqüente visa a coerção, a punição e a exemplificação, consistindo numa compensação jurídica à ordem infringida, além de prestar-se a restabelecer as coisas ao estado mais próximo ao anterior da conduta criminosa. Contudo, por vezes, o decurso de longo tempo pode produzir este mesmo efeito, ou pelo menos conseqüência análoga. O sentimento de violação de direito que acomete a sociedade quando da prática de uma infração penal pode se extinguir com o andamento do tempo. O tempo vai apagando, pouco a pouco, as marcas deixadas pelo crime na sociedade. A comunidade local não mais se importará com o ocorrido e por vezes até a própria vítima não mais dará acuidade à violação de seu direito. Com o abrandamento do sentimento de revolta, indignação e alarma social, perde a pena aquele caráter compensatório e reconfortante de que se reveste.

---

<sup>6</sup> SOUZA, Renee do Ó. Reconhecimento e Validade da Prescrição Virtual ou Antecipada da Pena em Perspectiva. 2001. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2001. Disponível em [www.unitoledo.br/intertemas/resultado.asp](http://www.unitoledo.br/intertemas/resultado.asp). Acesso em: 8 de mar. 2008.

Ricardo Teixeira Lemos<sup>7</sup>, reconhecendo a relevância dessa teoria, traz exemplo cunhado de sua experiência como juiz de Direito do Estado de Goiás. Vejamos:

Isto nos faz lembrar um júri que ia realizar, onde foi contatado familiar da vítima, como já havia mais de vinte anos, eles apresentaram absoluto desinteresse devido ao tempo. Foi bom eles não comparecerem porque mais uma vez o júri não se realizou. Ficou claro que a família do morto queria por tudo esquecer aquilo.

**b) Teoria da Expição Moral:** o transcurso do tempo ocasionaria no infrator grande sentimento de angústia e de remorso, de tal modo que esses elementos seriam suficientes para sancioná-lo. Ou seja, trata-se de uma presunção em que o autor do crime, com o passar do tempo, teria expiado sua culpa em face do sofrimento advindo das tribulações que se sucedem durante o curso do prazo prescricional, de maneira que ditos suplícios funcionariam como um substitutivo da pena.

**c) Teoria da Emenda:** segundo esta teoria, se o delinqüente não praticar, em dado lapso temporal, novas condutas delitivas, presumir-se-á absolutamente redimido, o que tornaria despicienda a imposição de qualquer sanção, porquanto já obtida sua ressocialização. Dessa forma, cessaria para a sociedade o interesse de punir quando o culpado se redimiou realmente.

**d) Teoria Psicológica:** o tempo é capaz de mudar o perfil psíquico do culpado, eis que o nexó psicológico entre o fato criminoso e o agente é extinto. Isto significa que, o indivíduo sobre o qual recairá a pena não é o mesmo que praticou a conduta ilícita, por conseguinte, não se justificaria a imposição de pena devido à perda de seu valor e finalidade, pois não se tem mais um delinqüente.

**e) Teoria da dispersão das provas:** afirma-se que o decurso do tempo tornaria mais dificultoso a obtenção de provas, e por outro lado, também a defesa do acusado. Sendo incerta a apuração dos fatos, dá-se margem a sentenças injustas, pois a obtenção da verdade seria improvável num juízo muito tardio.

De fato, é indubitável que vestígios do crime podem desaparecer com o tempo, como por exemplo, pode se tornar uma tarefa árdua a localização e colheita de depoimento

---

<sup>7</sup> Op. cit. p. 7 et seq.

de testemunhas, dentre outras provas que serão praticamente quase impossível sua produção. Diante disso, a busca da verdade real, corolário do Direito Penal, restará comprometida, dada a dificuldade na elucidação do crime (comprovação da autoria e materialidade delitivas), inviabilizando, de conseguinte, a ação penal.

Da leitura detida de tais teorias, é clarividente suas fragilidades na tarefa a que se propõem, ou seja, tomadas isoladamente vê-se que não se prestam a embasar de modo inconcusso a existência e necessidade de tão vultoso instrumento, sendo, portanto, alvo de severas críticas.

Foi justamente por isso que doutrinadores, como os da linhagem de Aníbal Bruno (apud LEMOS, 2007, p. 15) preferiram fundamentar a realidade desse instituto a partir da mesclagem dessas teses (teoria do transcurso do tempo, da expiação moral, da emenda e psicológico), conforme prelecionou:

[...] a indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a revolta e a exigência de justiça dos ofendidos. Assim também com o tempo, vai-se mudando o réu em outro homem, esquece ou deforma a imagem do crime, e a pena, quer como instrumento de expiação, quer como instrumento de emenda, já não encontrará o mesmo sujeito, como saiu, com a sua culpa, da prática do delito, para nele aplicar-se com eficácia e justiça [...].

Todavia, mesmo com a junção dessas teses, ainda assim, não se mostram totalmente satisfatórias à justificar a prescrição, porquanto o faz tão-somente pelo viés jurídico. E sendo um instituto de cunho nitidamente político, há a necessidade de se dar, também, uma abordagem política.

Noutras palavras, Igor Teles Fonseca de Macedo<sup>8</sup> afirma que a prescrição:

[...] antes de ser pautada por razões de técnica judiciária, consiste em verdadeira construção de Política Criminal derivada de um sentimento de justiça relacionado à consciência altruísta de que o tempo, com sua ação modificadora de todos os acontecimentos humanos, se não os cancela, enfraquece-os enormemente.

Nesse trilhar, possuindo a prescrição caráter inegavelmente político, a justificativa para sua existência e necessidade deve ser extraída do repositório social. É por isso que o legislador, sopesando os prós e contras, preferiu estabelecê-la expressamente como regra, pois entendeu ser muito mais benéfica à sociedade; resguardando, assim, a imprescritibilidade para alguns delitos, em razão de sua maior gravidade ou importância

---

<sup>8</sup> LEMOS, loc. cit.

social, como ocorre, por exemplo, nos crimes de racismo e os cometidos por grupos armados, civil ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, estabelecidos no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988.

Assim, a permanência da prescrição traz inegáveis ganhos à sociedade, pois promove a estabilização das relações jurídicas, evitando a manutenção de um estado de perseguição *ad infinitum* em relação ao autor de um delito, ou seja, a pretensão punitiva estatal, não fosse a prescrição, se eternizaria, como a conhecida espada de Dâmocles<sup>9</sup> pendendo sobre a cabeça do provável infrator.

Ademais, é consabido que a prestação jurisdicional tardia não atinge o fim da jurisdição, qual seja, a justiça. Aliás, não foi outro o motivo que levou o grande Rui Barbosa a afirmar que “justiça tardia não é justiça.”

Diante disso, a prescrição está ancorada nas regras de Política Criminal - a qual presta relevante auxílio às ciências penais - pautadas nas necessidades e conveniências jurídicas e sociais. É a própria sociedade que exige a sua manutenção na ordem jurídica vigente, de modo que a fixação de seus pilares se justifica satisfatoriamente na esfera social.

## 2.5 ESPÉCIES LEGAIS DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

O Estado possui duas pretensões: a de punir (*jus puniendi*) e a de executar a punição do delinqüente (*jus executionis*). Logo, existem, igualmente, apenas duas espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva (PPP); e a prescrição da pretensão executória (PPE). Ambas preconizadas, respectivamente, no art. 109 (prescrição antes de transitar em julgado a sentença) e art. 110 (prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória), do Código Penal, no Título VIII, que trata da Extinção da Punibilidade. Vejamos as diferenças e as particularidades de cada classe:

---

<sup>9</sup> Dâmocles, ao que parece, era um cortesão bastante bajulador na corte de Dionísio I de Siracusa - um tirano do século 4 a.C. Ele dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado. Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar com ele por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte. À noite, um banquete foi realizado, onde Dâmocles adorou ser servido como um rei. Somente ao fim da refeição olhou para cima e percebeu uma espada afiada suspensa por um único fio de rabo de cavalo, suspensa diretamente sobre sua cabeça. Imediatamente perdeu o interesse pela excelente comida e pelos belos rapazes e abdicou de seu posto, dizendo que não queria mais ser tão afortunado. A espada de Dâmocles é uma alusão freqüentemente usada para remeter a este conto, representando a insegurança daqueles com grande poder (devido à possibilidade deste poder lhes ser tomado de repente) ou, mais genericamente, a qualquer sentimento de danação iminente. <http://www/opiniaio/a-espada-de-dmocles.shtml> - 28k . Acesso em: 24.11.2008

### 2.5.1 Prescrição da pretensão punitiva (PPP)

Essa modalidade de prescrição, conforme dispõe o art. 109 do CP, ocorre antes da sentença penal condenatória transitar em julgado, revelando-se como um impedimento de o Estado impor alguma sanção, em razão da perda de seu poder-dever de punir o agente no espaço de tempo previamente estabelecido.

Uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, não se poderá falar em decreto condenatório, ou nos dizeres de GRECO (2007) o Estado não poderá formar o seu título executivo de natureza judicial, pois perdeu seu direito de acusação e bem assim, de apreciar a lide surgida com a prática da infração penal.

Sua verificação, então, impedirá o início ou o andamento da ação penal que estava em tramitação, além de obstaculizar toda e qualquer tentativa de persecução criminal (instauração de Inquérito Policial, por exemplo) que tenha por fundamento os mesmos fatos, já fulminados pela prescrição.

Assim, a conclusão pela prescrição da pretensão punitiva acarretará repercussões importantíssimas, tanto na esfera penal como na civil. Podemos enumerar os seguintes efeitos da PPP:

a) impede o início (trancamento de inquérito policial) ou interrompe a persecução penal em juízo (ação penal);

b) afasta todos os efeitos da condenação, sejam eles principais e secundários, penais ou extrapenais. Isto significa que o réu continuará gozando do *status* de primário, não podendo ver maculado seus antecedentes penais, ou seja, será como se não houvesse praticado crime algum;

c) em regra, a condenação não poderá constar da folha de antecedentes criminal;

d) na seara cível, a vítima não terá como executar o decreto condenatório, visto que essa modalidade de prescrição impede a formação do título executivo judicial;

e) o reconhecimento da prescrição, ainda, impede o exame do mérito, haja vista que desapareceu o objeto do processo.

#### 2.5.1.1 Contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva

Como nessa classe de prescrição, ainda não ocorreu a implementação de sentença, e conseqüentemente não há falar em pena aplicada, o cálculo do prazo prescricional é

contado a partir da pena imputada abstratamente no tipo penal. Ou seja, tem como base a sanção máxima prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora.

É no art. 109, do Código Penal, que se veicula os marcos prescricionais pelos quais os operadores do direito irão se pautar. *In litteris*:

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

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

II – em 16 (dezesesseis) 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 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Assim, para se conhecer qual o prazo prescricional de um delito basta saber qual a pena máxima atribuída a ele, e em seguida enquadrá-la em um dos incisos do art. 109 do CP. De certo, um exemplo é bastante pertinente para um melhor entendimento. Vejamos:

O art. 70 da Lei 4.117/62, que cuida dos crimes contra as telecomunicações, fixa as penas de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção. Desse modo, como a pena a ser considerada para a fixação do prazo prescricional é a pena máxima, *in casu*, 2 (dois) anos, enquadrando-a ao inciso V do art. 109 do CP, chega-se ao prazo prescricional de 4 (quatro) anos. Assim, (não sendo caso de transação penal) se não oferecida a denúncia dentro desse lapso temporal de 4 (quatro) anos, por exemplo, a extinção da punibilidade deverá ser declarada, nos exatos termos do art. 107, inciso IV, do mesmo diploma repressivo.

Vale registrar, por outro lado, que na análise da aplicação do art. 109 não se levará em conta as circunstâncias judiciais (consignadas no art. 59 do CP), bem como as agravantes e atenuantes (previstas nos arts. 61 e 62; 65 e 66, todos do CP), pois não são capazes de alterar os limites legais da pena, ou seja, por mais atenuantes que haja, a pena não pode restar inferior ao mínimo; por mais agravantes que existam, não poderá ser superior ao máximo. Com exceção, lógico da previsão do art. 115 do CP (ser o agente menor de 21 anos na data do fato, e ser o agente maior de 70 na data da sentença), assim como do art. 110, *caput* (em caso de reincidência), do vigente *Codex* Repressivo.

O mesmo não se pode dizer quanto as causas de aumento e diminuição de pena, pois têm capacidade de alterar os marcos legais da pena, ou seja, reduzi-la a um *quantum*

inferior ao mínimo ou superior ao máximo. Por isso, devem ser levadas em consideração no cálculo da prescrição da pretensão punitiva.

#### 2.5.1.2 Termo inicial da prescrição (início da contagem do prazo)

A prescrição da pretensão punitiva antes de transitar em julgado a sentença condenatória começa a correr a partir dos seguintes marcos, coligidos no art. 111 do vetusto Código Penal: a) do dia em que o crime se consumou; b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; d) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Júlio Fabrini Mirabette (2001, p. 407) aduz que a regra geral para o início da contagem do prazo prescricional começa a ser contado do dia da consumação do delicto. Assim, nos crimes formais (em que o tipo descreve conduta e resultado) ou os de mera conduta (os quais a sua consumação se conforma apenas com a manifestação da atividade criminosa) a prescrição começa a correr do dia da prática da ação ou omissão.

Saliente-se, Rogério Greco<sup>10</sup> ao analisar o início do prazo de prescrição consigna que o Código Penal, em seu art. 4º, adota como regra a teoria da atividade, para a qual o crime considera-se praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Dessa forma, o aludido art. 111, inciso I, excepciona tal regra, pois que adotou a teoria do resultado.

#### 2.5.1.3 Causas interruptivas da prescrição

As causas que interrompem a prescrição estão sedimentadas, de forma exaustiva, no art. 117 do Código Penal. Diz-se interruptivas porque existem acontecimentos que fazem seu curso reiniciar do “zero”, desprezando-se o tempo já decorrido.

Assim, ocorrerá a recontagem do prazo prescricional quando: I – for recebida a denúncia ou queixa; II – pela pronúncia; III – pela decisão confirmatória da pronúncia; IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI – pela reincidência.

Nessa esteira, não havendo necessidade de maiores digressões sobre o tema, apenas se ressalta que as quatro primeiras situações dizem respeito à prescrição da

<sup>10</sup> Op. cit., p.789.

pretensão punitiva (PPP) e as demais (início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência) referem-se à prescrição da pretensão executória.

## 2.6. MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Conforme já sedimentado acima, se ainda não houver a configuração da *res judicata*, ou seja, da coisa julgada, fala-se em prescrição da pretensão punitiva, que por sua vez, subdivide-se em três categorias, a saber: prescrição da pena em abstrato; prescrição intercorrente; e prescrição retroativa.

### 2.6.1 Prescrição da pena em abstrato (ou propriamente dita)

Disciplinada no art. 109 e incisos do Código Penal, a prescrição da pena em abstrato consiste na verificação do prazo prescricional tendo por parâmetro a pena máxima abstratamente cominada ao delito.

Um exemplo vem a calhar. Vejamos:

Crime de furto simples; a pena varia de um a quatro anos de reclusão; a maior pena possível é a de quatro anos; logo, a prescrição será calculada em função desta<sup>11</sup>. Assim, cotejando-se tal prazo com as hipóteses elencadas no art. 109 do CP, chega-se ao lapso prescricional de 8 (oito) anos, eis que o seu inciso IV estabelece que “se o máximo da pena é superior a 2 (dois) e não excede a 4 (quatro) o delito prescreverá em 8 (oito) anos. Logo, pode-se concluir que o crime de furto, na modalidade simples, prescreve em 8 anos.

Vale ressaltar, ainda, o fato de que para se vislumbrar a pena máxima abstrata, é necessário levar em consideração as causas de aumento e diminuição da pena (caso estejam presentes), pois, conforme já declinado em linhas acima, elas têm o condão de alterar os limites legais da pena. Em outras palavras, podem elevar a pena a um *quantum* superior ao máximo, bem como podem deixá-la em valor inferior ao mínimo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 548.

<sup>12</sup> Súmula 231 do STJ: a incidência de circunstancia atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.



### 2.6.2 Prescrição intercorrente

A prescrição intercorrente, também chamado de superveniente à sentença condenatória ou subsequente, embora seja subespécie de prescrição da pretensão punitiva, não é regulada pela pena em abstrato, mas sim pela pena em concreto, aquela imposta pelo juiz na sentença condenatória<sup>13</sup>.

Assim, essa modalidade prescricional resulta da combinação entre os arts. 109, caput, e 110, § 1º, verificando-se em duas situações: a) havendo trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação; e b) sendo improvido o recurso interposto pela acusação. Ou seja, opera-se sempre no interstício entre o trânsito em julgado, para a acusação, da sentença condenatória e a decisão final da lide criminal<sup>14</sup>

A exigência do trânsito em julgado para a acusação se justifica na medida em que, havendo coisa julgada para o órgão acusatório, não será mais possível a ampliação da pena, em virtude do princípio da *non reformatio in pejus*.<sup>15</sup>

Luiz Regis Prado exemplifica: se o réu for condenado a seis meses de detenção – transitada em julgado a sentença para a acusação – e o tribunal vier a julgar a sua apelação após dois anos da publicação da decisão condenatória, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva superveniente<sup>16</sup>; pois a pena de 6 (seis) meses se enquadra no prazo prescricional de 2 (dois) anos, nos exatos termos do art. 109, inciso VI, do CP, e como dito transcorreu prazo superior.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça decidiram, respectivamente:

Caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, se entre a data da sentença ao dia do julgamento da apelação que nega provimento a recurso do MP decorreu o lapso prescricional, hipótese em que deve ser declarada de ofício. (AR – Rel – Rel. Célio Borja, RT 672/386).

Prescrição intercorrente. Consumado o lapso prescricional no curso da pendência do recurso especial, cabe declarar-se, preliminarmente, a extinção da punibilidade, com prejuízo do mérito do recurso (REsp. – Rel. José Dantas, RSTJ 22/312)

---

<sup>13</sup> Art. 110 [...] § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

<sup>14</sup> MACEDO, op. cit. p. 33.

<sup>15</sup> Art. 617 do CPP: O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o rei houver apelado da sentença.

<sup>16</sup> PRADO, Luiz Regis, *Apud* Francisco Afonso, p. 81.

### 2.6.3 Prescrição retroativa

O tratamento da prescrição retroativa está consubstanciado no § 2º do art. 110 de nosso diploma repressivo. Assim, reza tal dispositivo:

*Art. 110. (...)*

*§ 2º. A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.*

Igualmente ao que acontece com a prescrição superveniente, esta subespécie de prescrição tem esteio na pena em concreto; é calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que esteja passada em julgado para a acusação ou desde que improvido seu recurso.

Consistindo a diferença entre ambas no seguinte ponto: na intercorrente o prazo prescricional é contado para frente, isto é, da sentença condenatória com trânsito em julgado para a condenação em diante; na prescrição retroativa, conforme o nome já indica, o cálculo se dá regressivamente. Em melhores palavras, da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, até o recebimento da denúncia, e desta até a data do fato delituoso.

Fernando Capez, analisando referido instituto, menciona que se reconta a prescrição, que, antes teve seu prazo calculado em função da maior pena possível, e, agora, é verificada de acordo com a pena aplicada na sentença. Pode ser que, com prazo bem mais reduzido, tenham ocorrido a PPP entre marcos anteriores<sup>17</sup>.

E assim, elenca o seguinte exemplo:

*O prazo prescricional do furto simples calculado pela pena abstrata é de 8 anos (pena máxima = 4 anos de reclusão), mas, se a pena concreta for aplicada no mínimo de um ano, esse prazo despenará para 4 anos. É bem possível que, embora não tendo decorrido 8, tenha-se passado mais de 4 anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Assim, a recontagem pela pena concreta, ter-se-á operado a prescrição da pretensão punitiva, pela modalidade prescrição retroativa.*

Como se vê, teremos que percorrer novamente todos os caminhos já trilhados na verificação da prescrição abstrata, ou seja, desde a prática do fato até o primeiro marco interruptivo da prescrição, que é a data do recebimento da denúncia ou queixa; e assim, em seguida, calcularmos, igualmente, entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a sentença penal condenatória recorrível. Se por ventura, entre esses dois marcos houver

<sup>17</sup> Op. cit. p. 557.

transcorrido período de tempo superior ao consignado nas hipóteses do art. 109 do CP, calculado agora com base na sanção fixada, forçoso será a declaração de extinção de punibilidade.

Essa modalidade, genuinamente brasileira, é fruto de interpretações jurisprudenciais que ao final consolidou-se com a edição da Lei nº 7.209/84, introduzindo-a de forma expressa no *Codex Criminal* nacional, no citado art. 110, § 2º.

## 2.7 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DA EXECUTÓRIA - PPE

Sem maiores digressões sobre este tema, até porque para a compreensão do objeto deste trabalho importa tão-somente a análise perfunctória da prescrição da pretensão punitiva, pode-se dizer que a prescrição da pretensão executória (consubstanciada no art. 110, *caput*, do CP) ocorre quando o Estado já tiver formado seu título executivo judicial, o qual somente se dá com o trânsito em julgado para ambas as partes (acusação e defesa).

Assim, a PPE é sempre calculada pela pena concretamente aplicada ao agente, que deve corresponder aos prazos fixados no art. 109 do CP. No tocante às suas causas interruptivas, alhures sedimentadas, consistem: a) pelo início do cumprimento da pena; b) continuação do cumprimento da pena; c) reincidência. (art. 117, incisos V e VI, do CP).

### 3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

Como o próprio nome já nos remete, as condições da ação são categorias condicionantes ao exercício do direito de ação, neutralizando, assim, demandas sabidamente inócuas. Em melhores palavras, visa resguardar o poder judicante das ações esdrúxulas, totalmente desprovidas de viabilidade, de molde a permitir a máxima atenção às demandas plausíveis (MACEDO, 2007).

Nesse toar, tradicionalmente são três as condições da ação, a saber: legitimidade de ser parte; possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir. Diferenciando a ação penal das demais ações existentes no ordenamento, a ritualística penal acrescenta a justa causa como quarta condição, sendo que para muitos doutrinadores está inserida no interesse de agir.

Registre-se, não se verificando qualquer desses requisitos, os quais são essenciais ao regular exercício do direito de agir, ocorrerá o fenômeno conhecido por carência da ação, que resultará na extinção do processo sem resolução de seu mérito (à luz do art. 267, VI, do Código de Processo Civil).<sup>18</sup>

As condições da ação estão consubstanciadas no art. 43, inciso III, do Digesto Processual Penal, que estabelece, *ipsis litteris*:

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

(...)

III – for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único – Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou da queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Com a edição da lei 11.719, de 20 de julho de 2008, revogou-se tal dispositivo. Entretanto, nova redação foi dada ao art. 395 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte dicção:

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

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. (Revogado)

<sup>18</sup>Art. 267 do CPC: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Abordaremos, então, cada uma dessas condições, de modo sucinto, registrando-se que o interesse de agir é a condição que de fato nos interessa, pois fundamento para a viabilidade da prescrição em perspectiva.

### 3.1 LEGITIMIDADE DE PARTES (LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*)

Na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 276) legitimidade de parte corresponde à titularidade ativa e passiva para agir, que, via de regra, recai sobre o titular do direito subjetivo material.

No direito penal a legitimidade ativa será sempre do Estado, vez que ele é o titular do direito de punir, agindo em seu nome o Ministério Público, bem como o ofendido, dependendo da hipótese (ação penal pública e ação penal privada). O art. 100, *caput*, do Código Penal assim dispõe: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

### 3.2 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade do pedido está intimamente relacionada com a possibilidade de determinado pleito ser julgado favoravelmente, ou seja, a viabilidade de se ver satisfeita a pretensão formulada na exordial. Por outro lado, corresponde à possibilidade de certa pretensão sofrer análise meritória (GRECO, 2007)

### 3.3 JUSTA CAUSA

A autonomia da justa causa como condição da ação era bastante questionada na doutrina. Para alguns doutrinadores, a exemplo de Fernando da Costa Tourinho Filho, a justa causa seria parte integrante do interesse de agir. Contudo, este não é o entendimento majoritário, vez que é encarada também como uma condição para o início da fase judicial da *persecutio criminis*.

É conceituada como o lastro mínimo probatório, sem o qual é inadmissível o manejo de ação penal, pois esta deve estar arrimada em elementos que demonstrem a ocorrência da infração, bem como forneça indícios de sua autoria (elementos e circunstâncias fáticas de um suposto delito) a fim de justificar o mover da máquina estatal.

Assim, consoante sedimentado linhas atrás, o advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, deu nova redação ao art. 395, albergando expressamente, em seu inciso III, a justa causa como condição autônoma para o exercício da ação penal, pondo fim àquela discussão doutrinária. *In verbis*:

Art. 395. [...]
   
[...]
   
III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.
   
*Parágrafo único. (Revogado).*

### 3.4 INTERESSE DE AGIR

Igualmente necessário ao exercício da ação penal, é o interesse de agir, que conforme consignado linhas atrás, é de suma relevância à aplicabilidade da prescrição virtual, na medida em que tem por fundamento a ausência dessa condicionante à demanda penal. Para Ada Pellegrini Grinover, interesse de agir “é o interesse instrumental, ou seja, o interesse de conseguir pelos órgãos da justiça e através de sua atividade, a satisfação do interesse material”. E arremata:

[...] essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.<sup>19</sup>

José Frederico Marques (2003, p. 355), verberando sobre o tema, sedimenta que

[...] a jurisdição como lembra Morel, não é função que possa ser movimentada sem um motivo que justifique o pedido de tutela judiciária; e como este se faz através da ação, a regra é de que onde não há interesse não existe ação. Assim, para ele “o interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida.

A doutrina costuma subdividir tal condição em três subespécies, quais sejam, no trinômio interesse-necessidade, interesse-adequação e interesse-utilidade. Nessa trilha:

**a) Interesse-necessidade:** está intimamente ligado à imprescindibilidade do devido processo legal, isto é, na esfera criminal é inconcebível a condenação do réu, com conseqüente imposição de sanção, sem a efetivação de um processo que lhe garanta a ampla defesa e o contraditório, princípios estes informadores de um processo penal justo

<sup>19</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 275

(*nulla poena sine iudice*). É justamente por esta razão que essa subespécie é inerente a ação penal acusatória; sempre se exigirá o exercício da jurisdição (intervenção do Estado-juiz) penal para que se aplique uma sanção penal, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa.

**b) Interesse-adequação:** consiste na justaposição entre o procedimento escolhido pelo pleiteante e o instrumento previsto em lei para se ter a tutela de certo direito, ou seja, para a solução de uma controvérsia (efetiva prestação jurisdicional) o instrumento escolhido deve ser hábil para tanto.

**c) Interesse-utilidade:** em síntese, na seara penal, o interesse-utilidade compreende a possibilidade de se propiciar ao requerente (autor da demanda) a prestação jurisdicional por ele exigida. Assim, a utilidade da prestação jurisdicional é verificada sempre que seja possível, em tese, a imposição de uma sanção ao réu.

Nessa esteira, se em determinado momento no decorrer do processo, ou até mesmo antes de se iniciar a demanda judicial, verificar o juiz, de plano, que não será possível atender ao reclame autoral, torna-se ilógico iniciar/continuar aquele processo, já que ele se mostra incapaz de produzir os efeitos esperados (TELES, 2007).

Desta feita, em que pese sempre haver o interesse-necessidade, haverá situações em que se verificará a ausência de interesse-utilidade, como por exemplo, processos criminosos em que se tenha ocorrido alguma das causas extintivas de punibilidade, e, portanto, não se poderá impor pena ao acusado.

Assim, o interesse-utilidade é estendido às hipóteses em que apesar de não se ter verificado uma causa capaz de extinguir a punibilidade, dentre aquelas exaustivamente inculpidas no art. 107 do CP, é possível prever, seguramente, que a punibilidade do acusado será extinta. Neste caso, tal processo deixa de ser útil, porquanto terminada a instrução processual, com a regular prolação de sentença condenatória, a prestação jurisdicional não poderá ser deferida pelo Estado-juiz, já que o seu *jus puniendi* pereceu.

Registre-se, a prescrição antecipada é justamente o reconhecimento da inutilidade do processo (seu principal sustentáculo), pois para que ele seja instaurado ou ter prosseguimento, necessita o vislumbamento da efetivação do pleito formulado na exordial, ou seja, a imposição de uma sanção ao acusado.

## 4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA

### 4.1 CONCEITO E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

A prescrição penal em perspectiva, também conhecida por prescrição antecipada, virtual ou da pena projetada, constitui o reconhecimento da ausência de justa causa à propositura de ação penal, bem como ao prosseguimento desta (ou de investigação criminal), ao se vislumbrar que, no final do processo crime-acusatório, não se terá o provimento judicial esperado, ou seja, ainda que sobrevenha um decreto condenatório este não será executado, visto que a pretensão executória do Estado restará fulminada pela prescrição retroativa.

Com maior precisão, Igor Teles Fonseca de Macedo<sup>20</sup> conceitua a prescrição virtual como sendo:

[...] o reconhecimento da carência de ação por parte do Estado-Acusador, ou do particular imbuído da função de acusar, a depender do caso concreto, em decorrência da constatação irrefragável, ou com elevadíssimo grau de certeza, de que ocorrerá, no instante da prolação da sentença, no hipotético caso de condenação, a prescrição retroativa – vislumbrável por intermédio da antevisão da pena a ser imposta ao acoimado, que, por sua vez, é possível mediante o cotejamento das circunstâncias judiciais insculpidas no art. 59 do Código Penal e do mandamento preconizado no art. 68 do mesmo Diploma Legal com os elementos referentes à pessoa do acusado, ao fato criminoso e à vítima contida nos fôlios -, resultando na aferição de inutilidade na instrução da ação penal, ou na sua continuação, acaso já iniciada, desaguando tal constatação no falecimento da condição da ação denominada interesse de agir, mais especificamente na sua conhecida faceta interesse-utilidade.

Assim, a prescrição penal antecipada, não está prevista na legislação nacional de forma expressa, tratando-se de uma construção recente e, genuinamente brasileira, até porque foi erigida a partir da prescrição retroativa – a qual não se encontra sedimentada em nenhum outro ordenamento jurídico, senão o brasileiro.

Sua origem remonta ao final da década de 80 do século passado, quando os Tribunais de Alçada Criminal do Estado de São passaram a proferir decisões nesse sentido, sendo a partir de então repudiada pela grande maioria dos tribunais pátrios, mormente o

---

<sup>20</sup> LEMOS, op. cit.



Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, bem como por alguns doutrinadores.

Durante a Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal, ocorrida em 1987, Antônio Scarance Fernandes já aventava a necessidade de se ter permissão de não se instaurar processo quando fosse inevitável a ocorrência da prescrição, ainda que com base em eventual pena a ser aplicada.

No entanto, como não poderia ser diferente, pois tudo que é novo causa certa resistência, a prescrição em perspectiva, da mesma forma que a prescrição retroativa (que só veio a ser admitida, depois de muita relutância, a partir da reforma da parte geral do Código Penal efetuada em 1984), nos seus primórdios foi intensamente ridicularizada, sendo encarada por muitos como um verdadeiro absurdo jurídico, totalmente inviável diante da realidade legal de nosso país.(LEMOS, 2007)

Todavia, alguns se mantiveram perseverantes na tentativa de mostrar que ela é perfeitamente viável; foram persistentes na defesa de sua utilização, em que pese as severas críticas que a circundavam. Nesse contexto, e principalmente a partir do cotidiano dos juízos de primeiro grau, e de algumas das cortes brasileiras, como por exemplo, os Tribunais de Justiça dos estados de Mato Grosso, Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, os magistrados e promotores têm reconhecido esse novel instituto, aplicando-o aos processos que diuturnamente compulsam.

Assim, surgiu a partir da experiência jurídica que, reiteradamente, ao longo dos anos vem aplicando antecipadamente a prescrição retroativa, de molde a extinguir processos inócuos (judiciais ou persecutório-administrativo), haja vista que um considerável contingente de demandas são iniciadas ou desenvolvidas com o objetivo de alcançar-se a condenação do réu, “quando sabido de antemão que elas não terão um resultado útil, pois ainda que a acusação logre sucesso, a pretensão punitiva estatal ver-se-á fulminada pela prescrição no momento em que definida a pena do acusado”.<sup>21</sup>

Como se observa, a prescrição virtual era tida, por muitos, como uma nova modalidade de prescrição da pretensão punitiva (ou subespécie da prescrição retroativa), de sorte que ao ser reconhecida, declarava-se a extinção da punibilidade daquele que se via submetido à persecução criminal.

---

<sup>21</sup> TAYLOR, Daniel Westphal. A decretação antecipada da prescrição e o princípio da proporcionalidade. Uma relação necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1610,28 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1070>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

Todavia, modernamente, a doutrina mais abalizada vem abandonando esse posicionamento - de enquadrá-la dentre as causas de extinção da punibilidade - passando a partir de então, classificá-la como uma forma de reconhecimento da carência da ação, por falta de interesse de agir. E nessa ótica, a prescrição virtual encontra seu mais firme fundamento.

Corroborando com o entendimento acima sufragado, Guilherme de Sousa Nucci (2005, p. 167) assim se posicionou:

A prescrição virtual merece ser regulada por lei. Enquanto tal situação não se der, conforme o caso, parece-nos deva ser acolhida não para ser extinta a punibilidade do réu, pois seria decisão ilegal, mas para determinar o arquivamento do inquérito, havendo pedido do Ministério Público, ou mesmo para rejeitar a denúncia ou queixa, por nítida falta de interesse de agir.

#### 4.2 RECONHECIMENTO OU CONSTATAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ANTEVISÃO DA PENA (DIREITO A UMA PENA MÍNIMA). INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

O reconhecimento da prescrição virtual resulta da conjugação de dois aspectos, quais sejam: o raciocínio usado na prescrição retroativa e a verificação da presença das condições da ação.

Assim, uma vez estabelecida a pena ideal ao suposto agente do crime, o parâmetro para o cálculo da prescrição passa a ser a sanção penal em concreto (a que seguramente seria aplicada em caso de condenação), utilizando-se para tanto o raciocínio usado na prescrição retroativa, exigindo-se que não haja possibilidade de ampliação da pena. Desse modo, sendo inevitável a extinção da punibilidade, porquanto ocorrerá inexoravelmente a prescrição retroativa, percebe-se que a ação carece de o interesse de agir.

Em melhores palavras, a prescrição em perspectiva resultará do entrelaçamento entre a prescrição retroativa e o interesse de agir, já alhures explanados. Dito isto, a constatação do mencionado instituto - sua aplicação ao caso concreto - ocorre da seguinte forma, consoante breve esboço (MACEDO, 2007, p. 80). Vejamos:

1º – inicialmente, todos os elementos constantes nos autos deverão ser cotejados com as circunstâncias judiciais apontadas no art. 59 do Código Penal<sup>22</sup>, antevendo-se qual seria a provável pena-base atribuída ao réu, no hipotético caso de condenação;

2º – em seguida, obedecendo ao ditame do art. 68, também do Estatuto Repressivo Pátrio<sup>23</sup>, deve-se observar a ocorrência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, e, posteriormente, de causas de aumento ou diminuição de pena, de molde a se chegar à pena final máxima que, seguramente, será a mais justa a ser aplicada ao caso sob exame;

3º - a seguir, de posse dessas informações obtidas através daquele procedimento, calcula-se, com arrimo na provável sanção, qual o prazo prescricional, enquadrando-se a pena paradigma em um dos incisos do art. 109 do Código Penal -, nos exatos moldes do que estabelecido para a sua modalidade retroativa;

4º - ato contínuo, verificar-se-á se ocorreu a prescrição retroativa pela pena hipotética, ou seja, se entre a data do fato e o recebimento da denúncia, ou entre este e a provável prolação da sentença condenatória recorrível, transcorreu prazo superior ao lapso prescricional obtido.

5º - verificando-se tal situação, estará então autorizada a aplicação da prescrição em perspectiva, objetivando-se evitar a instauração ou o prosseguimento do processo.

É bastante ilustrativo a situação preconizada por Fernando Capez, que demonstra com muita propriedade a rotina dos órgãos *a quo* que se vêem diariamente envolvidos com a aplicação do famigerado instituto (precipualemente juízos de instâncias singelas e Ministério Público), possibilitando sua melhor compreensão.

O promotor de justiça, deparando-se com um inquérito policial versando sobre furto simples tentado, cometido há 5 anos, não pode requerer seu arquivamento com base na prescrição, uma vez que, como vimos, antes da condenação, aquela é calculada com base na maior pena possível. Ocorre que a maior pena possível do furto simples é de 4 anos, e a menor redução decorrente da tentativa, 1/3 (como se busca a maior pena possível, deve-se levar em conta a menor diminuição resultante da tentativa, pois quanto menos se diminui, maior fica a pena). Tomando-se de 4 anos (máximo da pena *in abstracto*), menos 1/3 (menor diminuição possível na tentativa), chega-se a maior pena que um juiz pode aplicar ao furto simples tentado: 2 anos e 8 meses de reclusão. O prazo prescricional correspondente a 2 anos e 8 meses de pena é de 8 anos (cf. art. 109, IV, do Código Penal). Ainda não ocorreu, portanto, a prescrição com base no cálculo pela pena abstrata (cominada no tipo). O promotor, porém, observa que o indiciado é primário e portador de bons antecedentes, e não estão presentes circunstâncias agravantes, tudo levando a crer que a pena será fixada no mínimo

<sup>22</sup> Art. 59 do CP: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime:

<sup>23</sup> Art. 68 do CP: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, por último, as causas de diminuição e de aumento.”

legal e não no máximo. Confirmando-se essa probabilidade, teria ocorrida a prescrição, pois a pena mínima do furto simples é de um ano, e, com a redução da tentativa, qualquer que seja o *quantum* a ser diminuído, ficará inferior a um ano. Como o prazo prescricional da pena inferior a um ano é de 2 anos, com base nessa provável pena mínima já teria ocorrido a prescrição. Assim, a prescrição virtual nada mais é do que o reconhecimento da prescrição, ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena mínima que será fixada pelo juiz.<sup>24</sup>

É de grande valia, igualmente, mencionar que tivemos a oportunidade de observar a aplicação desse instituto pela Procuradoria da República em Marabá/PA, bem como pela Subseção Judiciária deste município, de sorte que se pode asseverar, sem sombra de dúvidas, que a prescrição virtual de modo algum decorre de um juízo de adivinhação, mas muito pelo contrário, é uma conseqüência lógica da interpretação do ordenamento jurídico, pois ancorada em hígidos fundamentos.

Desse modo, dentre os casos concretos observados, cita-se um inquérito policial instaurado pela Polícia Federal (DPF/MAB) com o objetivo de apurar suposto delito de estelionato (art. 171, § 3º, do CP) articulado contra o INSS, em face de irregularidade constatada na concessão de benefício de salário maternidade a segurada especial.

Auditorias realizadas pelo INSS detectaram que a segurada não exerceu atividade rural no período declarado, o que comprovaria a irregularidade na concessão do benefício previdenciário. Tal benefício havia sido pago no dia 07.07.1999, causando, por conseguinte, prejuízo aos cofres públicos.

Sendo assim, levando-se em conta a data da obtenção da vantagem ilícita (07 de julho de 1999), bem como a pena atribuída ao crime do art. 171, §3º, do CP (reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, aumentada de um terço) e a ausência de circunstâncias que desabonem a acusada, o Ministério Público Federal requereu a aplicação da prescrição em perspectiva, pois que transpassados mais de 08 (oito) anos da consumação do crime, considerando-se, ainda, que a aplicação da provável pena se aproximará do mínimo legal (*in casu*, um ano e quatro meses), o que levaria a prescrição a suceder em 04 (quatro) anos, a pretensão punitiva estatal já estaria fulminada, não se justificando a continuidade de uma investigação fadada ao fracasso.

Concluir de modo diverso seria beirar à hipocrisia, pois o operador do direito (juizes, promotores, defensores públicos e advogados) dispõe, sim, de condições bastantes

---

<sup>24</sup>Op. cit. p. 558-559.

a aferição de que a pena máxima atribuída ao réu (quando o caso concreto conduzir a um decreto condenatório) não ultrapassará certa quantidade de anos ou quem sabe meses.

Essa afirmação decorre do fato de existir no vigente ordenamento pátrio diretrizes objetivas e subjetivas, as quais o magistrado encontra-se atrelado. Trata-se das hipóteses previstas nos *caput* dos art. 59<sup>25</sup> (circunstâncias judiciais) e 68<sup>26</sup> (sistema trifásico), ambos do Código Penal, que norteiam o juiz na tarefa de dosimetria da pena.

Ou seja, o juiz, embora haja com certa margem de discricção, não poderá desconsiderar, no instante da fixação do *quantum* punitivo, tais diretrizes objetivas (relacionadas ao delito) e subjetivas (atinentes ao acoimado), de sorte que, nesse mister, não atua de forma livre.

Por assim ser, Renee de Ó Souza (apud Macedo, 2007, p.98) chegou à conclusão de que:

[...] o sistema penal brasileiro de aplicação da pena não tem caráter totalmente subjetivo e de livre apreciação do juiz, vale dizer, a pena é cominada sempre tendo em vista questões e dados objetivos acerca do crime, do autor e da vítima. As regras de atribuição da reprimenda são pautadas em critérios ditados pelo próprio Código Penal em seus dispositivos legais. Desse modo, não pode o juiz, ao proferir uma sentença condenatória, aplicar qualquer pena de forma indistinta, sob pena de cometer abuso e ilegal discricionariedade [...].

Logo, não há falar em total discricionariedade, mas em discricionariedade regrada, regramento este sedimentado no próprio bojo do vigente Diploma Criminal. Até porque se atuar além dos limites legais estará o magistrado incorrendo em arbitrariedade.

Vale dizer, a mesma técnica de julgamento que o julgador usaria normalmente quando da fixação (aplicação) da reprimenda é utilizada no cálculo da pena hipotética para fins de se aferir a prescrição virtual, com um *plus* de diferenciação, a saber, a sanção hipotética buscada deve ser tal que não poderá ser ultrapassada, ou seja, será a maior pena possível (a máxima) que o caso possa comportar.

Nesse toar, é o entendimento de Igor Teles Fonseca Macedo, ao verberar:

Obviamente que há uma margem de possibilidades plausíveis na quantificação da pena, sendo que, em decorrência de tal fato, não necessariamente a aferição dos elementos dos autos implicará na visualização da mesma pena por todos os que se aventurarem em tal empreitada. Exatamente por isso é que o operador do direito, ao pretender o reconhecimento da prescrição em perspectiva (...) o seu

<sup>25</sup> Art. 59 do CP: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

<sup>26</sup> Art. 68 do CP: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravante; por último, as causas de diminuição e de aumento.

raciocínio deve ser sempre voltado para a busca da sanção máxima que poderá ser aplicada pelo magistrado, e não da sanção que se entende por justa.<sup>27</sup>

Ainda resistindo aos argumentos acima aventados, doutrinadores como Carlos Gabriel Tarduce Júnior e Oswaldo Palotti Júnior acreditam que a antevisão da pena traria um juízo de insegurança e incerteza, pois antes do encerramento da instrução o juiz não disporia de elementos necessários para tratar desse assunto (as hipóteses do art. 59 do CP não estariam presentes), já que subsiste um precário contexto probatório.

Ora, é preciso se deixar claro que a prescrição virtual somente deve ser aplicada quando esses elementos estiverem nos autos, em quantidades suficientes a possibilitar uma segura e inquestionável antevisão da pena.

Ademais, à luz do art. 6º do Código de Processo Penal, percebe-se que a maioria dos requisitos tratados no art. 59 do CP deve se fazer presente já durante as investigações extrajudiciais (Inquérito Policial). O texto legal assim dispõe:

Art. 6º – Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade deverá:

(...)

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

(...)

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Diante desses argumentos, não assiste razão àqueles nobres doutrinadores[!]

Outro fator que corrobora o quanto aqui esposado, é a regra do mínimo legal, pois que auxilia no raciocínio usado para se chegar à sanção máxima hipotética aplicável ao caso concreto. Tal postulado consiste, em regra, no dever de fixação do *quantum* punitivo atrelado à pena mínima, de molde que se exigirá justificação caso a sanção seja elevada além do mínimo. Esse, inclusive, é o entendimento da jurisprudência nacional, já a bastante tempo consolidado; *in verbis*:

PENAL. FIXAÇÃO DA PENA ALÉM DO MÍNIMO. DESFUNDAMENTAÇÃO. INCABÍVEL A FIXAÇÃO DA PENA ALÉM DO MÍNIMO, SE NÃO HOUE FUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR FOSSE ELA EXACERBADA. NULIDADE DA DECISÃO CONDENATÓRIA, PARA QUE OUTRA SEJA PROFERIDA”. (HC64410 /MG-Minas Gerais *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Aldir Passarinho. Julgamento: 25/11/1986 Órgão Julgador: Segunda Turma. DJ 20-02-1987 pp-02179).

<sup>27</sup> Op. cit. p. 98

HABEAS CORPUS. 2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO CONHECIMENTO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. DOSIMETRIA DA PENA. Pena-base acima do mínimo legal devidamente motivada, respeitando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. 5. Negativa de concessão de fiança bem fundamentada. 6. Não preenchidos os requisitos legais, é incabível a suspensão condicional do processo. 7. Prisão antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Matéria que se encontra sob o reexame do Plenário na Reclamação nº 2.391. Na linha ainda assente no Supremo Tribunal Federal e das circunstâncias do paciente ressaltadas pelo juízo de primeiro e segundo graus, não merece prosperar o pleito de recorrer em liberdade. 8. Ordem indeferida. (sem grifos no original). (HC 83164/RJ-Rio de Janeiro Habeas Corpus. Relator(a): Min. Gilmar Mendes Julgamento:19/10/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma DJ 18-02-2005 pp-00045).

*HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DECADÊNCIA (art. 107, IV, do CP): NÃO CABIMENTO. FALTA DE DEFESA PRÉVIA: ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. DOSIMETRIA DA PENA: MAUS ANTECEDENTES. 1. Em se tratando de ação penal pública incondicionada, não há falar-se em decadência, instituto inerente aos crimes de ação privada ou de ação pública condicionada. 2. Não caracteriza falta de defesa prévia o fato de o advogado do réu haver desistido da inquirição da testemunha porque não encontrada no endereço indicado nos autos. 3. Constatado que o réu registra na sua folha penal várias ocorrências de assalto, uma das quais anterior ao fato objeto da sentença, justifica-se, em razão dos maus antecedentes, a fixação da pena-base acima da mínima legal. 4. 'Habeas Corpus' indeferido. (HC 76398 / SP – SÃO PAULO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/09/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 06-11-1998 pp-00003).*

Essa regra implica dizer que, ausentes as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, assim como inexistente causa de aumento de pena ou agravantes, será obrigatório o estabelecimento de pena num valor mínimo estatuído no tipo incriminador. Assim, podemos chegar à seguinte conclusão: a regra é a fixação da pena no mínimo legal; somente e, excepcionalmente, fixa-se a sanção máxima, quando, então, deverá ser devidamente justificada.

A essa conclusão também chegou Cesare Beccaria (1983, p. 97), vez que em sua obra ontológica “Dos Delitos e das Penas” asseverou que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial (...) a menor aplicáveis nas circunstâncias (...)”:

*Assim, por exemplo, a presença de agravantes ou causas especiais de aumento ou de diminuição da pena podem ser facilmente percebidas e vislumbradas. O mesmo se diga das circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, sempre ressaltando que são estes os subsídios que norteiam a cominação de qualquer pena. Soma-se a isso ainda a dificuldade da pena de qualquer infração ultrapassar o mínimo legal. Para tanto, são necessárias umas séries de fatores seguros e comprovados que possam realmente majorar a pena além do*

*mínimo legal. A fixação da pena no mínimo legal é verdadeiramente um direito de qualquer condenado, ou seja, apesar de não previsto em lei, a aplicação de pena privativa de liberdade no grau máximo estabelecido exige compulsória e completa conjugação de situações desfavoráveis a ele.*<sup>28</sup>

Destarte, vê-se que é perfeitamente possível a antevisão da pena a ser atribuída hipoteticamente ao acusado, eis que na operação de dosagem o juiz partirá sempre do mínimo penal, norteado pelas circunstâncias judiciais objetivas (objeto material, qualidade da vítima, meios e modo de execução e outras relacionadas ao delito) e subjetivas (antecedentes, personalidade, conduta social, reincidência, motivos do crime, etc.), bem como as legais genéricas e específicas perfeitamente vislumbráveis (na parte geral e especial do Código Penal) que cada caso apresentar.

Nesse esteio, a fusão entre os institutos da prescrição retroativa e das condições da ação (interesse de agir) é vislumbrada no exemplo de aplicação da prescrição virtual elaborado por Rogério Greco<sup>29</sup>, que ao explicar o interesse de agir, em sua faceta interesse-utilidade, sedimentou o seguinte:

Imagine-se a hipótese daquele que praticou, por exemplo, um crime de lesão corporal de natureza leve, tendo a vítima oferecido sua representação em tempo oportuno, permitindo, com isso, o início das investigações policiais. O Ministério Público, após três anos de investigação, entende que o procedimento investigatório encontra-se completamente instruído com todos os dados indispensáveis ao oferecimento da denúncia. Entretanto, ao analisar os fatos, percebe que o crime ocorreu a mais de três anos, e que, verificando as circunstâncias judiciais, conclui que todas são favoráveis ao agente e, por conta disso, jamais o juiz poderá condená-lo a pena máxima de um ano, prevista para o crime por ele cometido. Dessa forma, se fosse condenado, a sua condenação seria, certamente, inferior a um ano. Assim, indaga-se: Qual a utilidade em se propor a ação penal se, de antemão tem o Ministério Público pleno conhecimento de que se o agente vier a ser condenado pelo crime de lesão corporal sua pena será inferior a um ano e, com isso, fará com que seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado? Entendemos que, no caso em tela, faltará o interesse-utilidade da medida, não podendo, pois, o Ministério Público sequer dar início à ação penal, em virtude da ausência de uma de suas condições necessárias ao seu regular exercício.

Assim, utilizando-se o exemplo acima, suponhamos que esse delito de lesão corporal leve (pena de detenção de três meses a um ano) ocorreu em 1º de janeiro de 2000. Sendo que a autoridade policial só concluiu as investigações e relatou o inquérito em 10 de janeiro de 2003, oferecendo o representante ministerial a competente denúncia. A peça acusatória foi, então, recebida no dia 15 de janeiro de 2003. Assim, entre a data dos fatos e do recebimento da denúncia transcorreu mais de 3 (três) anos.

<sup>28</sup> MACEDO, op. cit. p. 104 et. seq.

<sup>29</sup> Op. cit. p. 741



Observa-se, que ainda não ocorreu a prescrição penal propriamente dita, visto que a pena máxima cominada à lesão corporal tem prazo prescricional de 4 (quatro) anos. Assim, tendo o processo seu natural curso: passando pelas fases de postulação, instrução, até se chegar à fase decisória (prolação de sentença), o juiz baseado no sistema trifásico de cominação de pena e, atendendo à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima, enfim, analisando todas as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal, bem como não vislumbrando qualquer agravante ou causa de aumento de pena, condenou o acusado a pena mínima cominada ao delito, qual seja, 3 (três) meses de detenção.

Assim, após a fixação concreta da pena de 3 (três) meses, cujo prazo prescricional é de 2 (dois) anos nos exatos termos do art. 109, VI, do CP, percebe o juiz que entre a data do fato e a do recebimento da denúncia transcorreu lapso temporal superior a 2 (dois) anos, qual seja, 3 (três) anos, de sorte que, diante disso, com base na prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do CP) declarará, inelutavelmente, extinta a punibilidade do agente (art. 107, IV, do estatuto criminal).

Desta feita, tal processo movimentou toda a máquina judiciária, sabendo-se desde seu início que não daria em nada; que de modo algum a pretensão formulada na vestibular acusatória seria satisfeita, pois que ao sentenciar verificaria que a pretensão punitiva do Estado já estaria consumida pela prescrição retroativa. Essa situação já era vislumbrável mesmo antes da instauração do processo crime-acusatório. Então, por que prosseguir com uma demanda predestinada ao ocaso? Ou ainda, haveria alguma utilidade em se instaurar demandas totalmente infrutíferas? Certamente que não!

É justamente nesse passo que se evidencia a prescrição virtual, ou melhor, que exsurge no cenário jurídico tal instituto, com a finalidade de pôr fim à demandas natimortas.

Assim, se das circunstâncias do caso concreto for possível a antevisão da pena a ser aplicada ao caso concreto; e se da análise desta perceber que fatalmente ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva estatal com base na modalidade retroativa, de maneira que em hipótese alguma a sanção penal será aplicada (pois ocorrerá a extinção da punibilidade), deve-se reconhecer a prescrição antecipada por inegável falta de interesse de agir, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito por evidente

carência de ação. Autorizando, igualmente, a rejeição da peça inicial, bem como o arquivamento do inquérito policial.

Portanto, apesar do nome do instituto ser prescrição virtual ou em perspectiva, o fundamento jurídico para a sua existência é falta de interesse de agir. Não há que se falar em extinção da punibilidade, tendo em vista que esta somente ocorrerá se a ação tiver prosseguimento e for julgada normalmente (pois a extinção da punibilidade pressupõe a fixação efetiva de pena), mas sim em extinção do processo, por meio de uma sentença terminativa de mérito.

Desta feita, independentemente do momento processual (se antes ou após a instauração da demanda penal), reconhecida a carência da ação por meio da inteligência da prescrição em perspectiva, o magistrado fundamentará sua decisão utilizando-se do dispositivo 395, inciso III, *in fine*, do Código de Processo Penal em combinação com o art. 267, inciso VI e § 3º, do Código de Processo Civil. Perfeitamente admissível tal combinação, pois o uso de dispositivos constantes do Digesto Processual Civil é possível em razão da norma contida no art. 3º do Diploma Processual<sup>30</sup>. Nessa esteira de raciocínio, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 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. (4ª Câmara – HC 204.272-1 – Rel. Juiz Sérgio Carvalhoza – Acórdão de 26.02.1991 – RT 316/315).

Semelhantemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil. Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Assim, só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social. E a custas de desperdício de tempo e recursos materiais do estado. Desta forma, demonstrando que a pena projetada, na hipótese de uma condenação, estaria prescrita, deve-se declarar a prescrição, pois a submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não de intimidá-lo, numa forma de adiantamento de pena. Recurso improvido. (6ª Câmara Criminal – RSE 70005159371 – Rel. Des. Sylvio Baptista Neto – Acórdão de 28.11.2002 – site [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)).

---

<sup>30</sup> Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

E nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL. ESTADO DE NECESSIDADE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, OU PROJETADA, OU PRECALCULADA, OU EM PERSPECTIVA.

1. A doutrina e a jurisprudência divergem, predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. É chegada a hora, todavia, do novo triunfar.

2. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. Desse modo, há de reconhecer-se ausência do interesse de agir.

3. Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada.

4. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a lei “à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente” (Pontes de Miranda).

5. Recurso não provido. (Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 199935000116744 Processo: 199935000116744 UF: GO Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 6/3/2006 Documento: TRF100234422 DJ DATA: 8/9/2006 PAGINA: 23

#### 4.3 OUTROS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPEDÂNEO AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA

O reconhecimento e aplicação da prescrição antecipada é igualmente viável em razão de outros argumentos além da ausência de interesse de agir, haja vista que, de modo semelhante, servem de alicerce a este novel instituto. Vejamos:

##### 4.3.1 A prescrição virtual e a instrumentalidade processual

O princípio da instrumentalidade do processo surge no cenário jurídico para fazer frente ao antigo entendimento de que o processo tem um fim em si mesmo. Isto significa, que atualmente o processo deve ser, sempre, visualizado como um instrumento voltado para a satisfação do direito material, ou melhor, para a realização da justiça. Assim, embora independentes entre si, o direito adjetivo (processual) e o substantivo (material) guardam uma verdadeira relação de interdependência, não podendo ambos serem enxergados de forma isolada, individual.

Nessa esteira são as palavras de Cláudia Ferreira Pacheco (apud JAWSNICKER, 2008, p. 92) que assim verberou:

Com a evolução da teoria geral do processo, desvinculando-o do direito material invocado, e com a adoção do princípio da instrumentalidade, busca-se o provimento jurisdicional de resultado, i.e., que a declaração do direito e solução da lide no caso concreto tenha efetividade, utilidade no mundo concreto. O processo, como tal, não é um fim em si mesmo, senão instrumento pelo qual busca-se a aplicação do direito material invocado para o exercício da ação.

Nessa mesma linha de raciocínio, Grinover, Cândido e Dinamarco (2005), *in verbis*:

*(...) Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu aspecto negativo. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guinado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado (...)).*

Em face disso, é inconcebível utilizar-se do processo penal para fins diversos do qual se presta, i.e, a busca pelo efetivo sancionamento do réu. De outra banda, pode-se dizer que ele não se destina à intimidação do réu, pura e simplesmente, bem como à satisfação da vítima e da sociedade. É por isso que se afirma: o processo, desprovido de sua função instrumental, é medida desproporcional e também inútil, pois se for utilizado tão-somente para o fim de infligir o réu; de lhe impor um castigo, por meio dele jamais se chegará ao fim desejado, que é aplicação de sanção ao acoimado.

Nesse jaez, são preciosas são as palavras de Tupinambá Pinto de Azevedo, reproduzidas por Francisco Afonso Jawsnicker<sup>31</sup>, pois assevera que:

*(...) a submissão do réu ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente, e não passa de um método de constituição dos fatos. Carnelutti diria: 'o processo é, grosso modo, um método para julgar os homens'. Se tivesse o processo, por objetivo, a intimidação do acusado, estaríamos diante de um adiantamento de pena, inconcebível no Estado de Direito.*

Observa-se, assim, que o princípio da instrumentalidade processual está em perfeita consonância com a prescrição virtual, pois a constatação de que o processo jamais

---

<sup>31</sup> Op. cit. p. 92

alcançará a efetivação do direito material (*in casu*, condenação do acusado), leva-nos à conclusão de que a demanda não deve ser instaurada (ou prosseguida).

Sendo, por conseguinte, inadmissível a interpretação que muitos defendem, segundo a qual, mesmo sabendo-se de antemão que o provimento judicial carece de potencialidade efetiva (impossível a aplicação de pena), pelo menos o acusado foi submetido a inúmeros dissabores provenientes da persecução penal (efeitos políticos e sociais desfavoráveis: estigmatização do indivíduo), satisfazendo o sentimento de retribuição (“vingança”) aspirados tanto pela vítima como pelo corpo social.

Em síntese, o princípio da instrumentalidade processual busca a efetivação de sua real função, ou seja, emprestar efetividade às regras de direito material, não se admitindo, por conseguinte, a movimentação da máquina judiciária com vistas ao nada (por mero apego ao formalismo).

#### **4.3.2 A prescrição virtual e o princípio da economia processual**

É indubitável a relevância do princípio da economia processual, eis que busca o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais e, conseqüentemente, de despesas, desde que não acarrete prejuízos a ninguém. Não foi outro o sentido das palavras de Antônio Lopes Baltazar (apud JAWSNICKER, 2008, p. 94) para o qual a prescrição antecipada: “outra coisa não é senão uma economia processual extraordinária, que beneficia o réu e o Estado”. E afirma, ainda:

O princípio da economia processual manda que, entre duas alternativas, deve ser escolhida aquela que for menos onerosa à parte e ao Estado. O que se procura, com a efetivação desse princípio é 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 das partes.

Como se observa, o discurso utilizado pelos penalistas defensores dessa qualidade de prescrição é de natureza econômica. Essa é a verdadeira linguagem que está por trás desse contingente de posições doutrinárias e jurisprudenciais atinentes à teoria da prescrição antecipada. Isso porque é de se indagar a razão de se movimentar 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.”<sup>32</sup>

Por outro lado, o argumento econômico em prol da prescrição projetada não se limita ao campo da economia processual, haja vista que é também um importante instrumento de se evitar o desperdício de recursos públicos, o que atende ao princípio da moralidade administrativa e, por isso, possui, também, um discurso de natureza moral.

Ou seja, a atividade jurisdicional, por ser indiscutivelmente uma modalidade de atividade administrativa realizada pelo Estado, exige que todos os recursos financeiros nela envolvidos devem obedecer aos ditames da moralidade administrativa, e por via reflexa, ao princípio da boa administração do dinheiro público<sup>33</sup>:

Portanto, é inegável a consonância da prescrição virtual com tais princípios vigentes no Direito Administrativo, pois o prosseguimento de um processo fadado ao malogro implicará, indubitavelmente, em desnecessários gastos, com salários (de magistrados, servidores, etc.), diárias de oficiais de justiça, papel, gasolina, publicações em diário oficial de justiça, dentre inúmeras despesas que poderiam ser perfeitamente evitadas com o encerramento do processo, ao se reconhecer a carência de ação por meio da prescrição em perspectiva.

Nesse sentido, é a decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. Princípio de Direito Administrativo, voltado para a necessidade de boa aplicação do dinheiro público, também recomenda que não seja instaurada a ação penal, por falta de interesse, quando, em razão da provável pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo juiz, a partir das considerações inerentes ao art. 59 do CP, for possível perceber que a sentença condenatória não se revestirá de força executória, em face das regras que regulam a prescrição. Doutrina e jurisprudência sobre a matéria. Negaram provimento. Unânime. (TARS – 3ª Câmara Criminal – AC 295059257 – Rel. Juiz José Paganella Boschi – Acórdão de 12.03.1996 – JTARS 97/145).(grifos)

De outra banda, o reconhecimento da prescrição virtual consiste num verdadeiro atalho jurídico, pois inúmeros atos processuais deixarão de ser praticados, o que repercutirá em todo o judiciário, na medida em que o tempo normalmente gasto com um processo natimorto poderá ser aproveitado em outros, evitando a incidência da prescrição penal, garantindo, assim, o prestígio do judiciário (MACEDO, 2007).

<sup>32</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva, artigo publicado na Revista dos Tribunais. *Apud* Francisco Afonso JAWSNICKER. 2008, p 93.

<sup>33</sup> COUTINHO, Luiz Augusto. Novas perspectivas para extinção de punibilidade em matéria criminal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3586>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

### 4.3.3 A prescrição virtual e o princípio da proporcionalidade

Inolvidável é a assertiva de que a prescrição virtual está em harmonia com diversos princípios informadores da ordem jurídica atual. Partindo dessa premissa, é sabido que o princípio constitucional da proporcionalidade projeta sua força normativa sobre qualquer ato emanado do Estado, seja ele de natureza administrativa, judicial ou legislativa.

Assim sendo, considerando-se que nem todo ato legal é necessariamente justo, esse princípio funciona, inegavelmente, como um parâmetro de valoração (como um verdadeiro crivo) dos atos do Poder Público a fim de verificar se eles estão, de fato, imbuídos de justiça – que é o valor supremo do Direito. É por isso que se exige que o ato emanado pelo judiciário, além de legal, deve ser proporcional, sob pena de inegável afronta à Constituição.

Nessa esteira, os atos do Poder Público devem ser proporcionais, razoáveis, equilibrados, bem como voltados a satisfazer os interesses do Estado, sem, contudo, prejudicar àquele que é atingido por esse ato, *in casu*, os indivíduos alvos da *persecutio criminis* (réus), bem como os que sofreram a infração (vítimas).

Foi justamente nessa linha de intelecção que, considerando o caso concreto, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região excepcionou seu entendimento, que é contrário à adoção da prescrição projetada. *Verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. APLICAÇÃO EXCEPCIONALMENTE ADMITIDA. PROXIMIDADE DA PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. I - No presente caso haja vista a grande proximidade do termo final do prazo de prescrição pela pena em abstrato justifica-se não a negação, mas o afastamento a partir de um critério de razoabilidade, da orientação jurisprudencial pela inaplicabilidade do instituto da prescrição em perspectiva ou virtual. II - Recurso improvido. (RCCR 2003.38.03.007780-3/MG, Rel. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (conv), Terceira Turma, e-DJF1 p.60 de 12/09/2008)

Assim, a realização de toda e qualquer atividade requer o dispêndio de energia, tempo, dedicação, dinheiro, etc., que são perfeitamente justificáveis tendo em vista o resultado que tais atividades proporcionarão após serem concluídas. Ou seja, deve haver

um equilíbrio, uma harmonia entre os gastos efetuados com a prática de certo ato, e o resultado útil que ele poderá acarretar.

No âmbito do judiciário, e sobretudo nele, essa equação deve ser observada, pois atualmente o que se tem visto é a consumição desses bens da vida (tempo, energia, dinheiro, etc.) com prévia ciência da inutilidade do esforço. Em palavras mais claras, demandas são iniciadas com o escopo de alcançar-se a condenação do réu quando sabido de antemão que não alcançarão tal mister. Assim, tempo, dinheiro, energia foram inutilmente gastos.

Nesse contexto, a aplicação da prescrição antecipada vai ao encontro desse princípio, porquanto põe termo ao suplício infligido ao réu em decorrência de investigações e processos criminais predestinados ao malogro, exurgindo no ordenamento jurídico brasileiro como mais um instrumento de garantia individual e desenvolvimento social, na medida em que beneficia a toda sociedade, considerando-se que bens da vida são preservados (não são gastos desnecessariamente).

O promotor de justiça do município de Forquilha/SC, Daniel Westphal Taylor<sup>34</sup> ao analisar o princípio da proporcionalidade como fundamento da decretação da prescrição antecipada concluiu, ao vislumbrar que a prescrição fatalmente ocorrerá:

[...] o Estado emprega um meio (ação penal) que não tem qualquer finalidade, pois o investigado ou acusado não será, em hipótese alguma, atingido por sanção penal. Regressando ao que dissemos no início, estaremos diante de um legítimo caso em que energia, tempo e dinheiro são gastos inutilmente. Nada, salvo o fetiche pelo positivismo e a incapacidade de leitura das normas penais à luz da Constituição Federal, justifica essa postura, ultrapassada não só do ponto de vista científico mas também quando nos damos conta dos gastos que envolvem a empreitada.

#### **4.3.4 A prescrição virtual e a preservação do prestígio da justiça**

O fundamento de preservação do prestígio da justiça é argumento utilizado tanto por parte dos que admitem a aplicação da prescrição virtual, quanto daqueles que a rechaçam. Estes, assim se expressam por acreditar que a prescrição em perspectiva conduz a um sentimento de impunidade e, dependendo da ótica em que é vista, pode ser compreendida (pelos que desconhecem as regras jurídicas, por exemplo) como uma fonte geradora de insatisfação, mormente no que atine à vítima, já que as construções jurídicas as

---

<sup>34</sup>TAYLOR, Daniel Westphal. A decretação antecipada da prescrição e o princípio da proporcionalidade. Uma relação necessária. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10707>> Acesso em 6.3.2008.



vezes não são apreendidas pela racionalidade dos outros homens de ciência, ou mesmo pelo senso comum. Com esse entendimento, seu reconhecimento traria males à sociedade (JAWSNICKER, 2008).

Na verdade, de forma alguma, a prescrição projetada, bem como qualquer das outras espécies prescricionais “tem como objetivo premiar a injustiça e livrar o infrator da pena, mas, pelo contrário, busca punir o Estado pela incapacidade e incompetência para aplicar o seu dever de punir em tempo hábil.”<sup>35</sup> Até porque seria igualmente injusto a possibilidade de o acusado responder *ad perpetuum* por um ato infracional.

Em melhores palavras, Francisco Afonso Jawsnicker sedimenta que o instituto da prescrição cumpre determinadas funções sociais, “pois não seria humano manter-se uma pessoa indefinidamente sob ameaça de punição, além do que, o curso do tempo enfraquece ou faz desaparecer as provas, o que poderia afastar a sentença da verdade dos fatos”<sup>36</sup> podendo-se falar em um evidente constrangimento a que o réu será submetido, eis que aguardará por longos anos seu julgamento, para só então ver decretada a prescrição.

Demais disso, é consabido que a ausência de sancionamento do acusado produz, inegavelmente, um sentimento de desprestígio da justiça, mormente por parte da vítima e de seus familiares. No entanto, essa falta de prestígio será bem mais acentuada caso se movimente toda a máquina judiciária, gerando uma crescente expectativa por parte da sociedade, para somente no final, após longos anos, ver-se extinta a punibilidade do acusado.

Por outro lado, reconhecida a prescrição virtual, de imediato, elimina-se toda e qualquer expectativa acerca da punibilidade do acusado, o que “malgrado não extirpe por completo o indigitado sentimento de impunidade, minimiza-o consideravelmente, já que não faz exsurgir a falsa sensação de que a pena será aplicada”<sup>37</sup>.

Desta feita, vislumbra-se que verdadeiro fator impulsionador de impunidade não é a aplicação da prescrição virtual, mas sim a morosidade do judiciário em reunir os elementos indispensáveis à possibilitar um decreto sancionatório ou absolutório no tempo desejável. Nesse trilhar, é a resposta dada por Andrei Zenkner Schmidt, parafraseado por Igor Teles Fonseca de Macedo<sup>38</sup>: “Poder-se-ia perguntar: esta situação – aplicação da

---

<sup>35</sup>SANTOS. Leonardo Polombo. Prescrição virtual ou antecipada. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 06 de março de 2008.

<sup>36</sup>Ibidem.

<sup>37</sup>MACEDO, op. cit. p. 131

<sup>38</sup> loc. cit.

prescrição em perspectiva – não gerará impunidade? A resposta é não. O que gerou a impunidade foi a demora na conclusão do inquérito – ou do processo.”

Essa assertiva encontra guarita no pensamento do incansável Damásio Evangelista de Jesus, que em artigo publicado teceu comentários acerca do Projeto de Lei nº 1.383/2003 que visa extinguir do ordenamento jurídico a prescrição retroativa (atualmente encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, após ter sido aprovado no Senado). Tais comentários, a despeito de se referirem à prescrição retroativa, é perfeitamente adequado à virtual, vez que deixa patente quem de fato promove a impunidade.

(...) O grande argumento a favor da abolição da prescrição retroativa é o de que isso impedirá a impunidade (...). Para os partidários do fim da prescrição retroativa, aboli-la parece a panacéia que sanará todos os males e alçará o Brasil, ipso facto, a campeão mundial da aplicação de uma Justiça justa, rápida e eficiente. De modo simplificado, raciocinam assim: (...) o instituto da prescrição retroativa somente beneficia o culpado e favorece a impunidade.

Sinto decepcioná-los, mas as coisas não são tão simples assim.

Na realidade, deve-se ter em conta que a prescrição retroativa é uma defesa do cidadão contra a morosidade do Estado em julgá-lo e puni-lo (...). Extinguir a prescrição retroativa significa incentivar ainda mais a morosidade da Justiça, já que, demore ela quanto haja por bem demorar, isso em nada ou quase nada afetará seu termo. O réu somente poderá ser beneficiado, sob o prisma da causa extintiva da punibilidade de que estamos falando, com a incidência da prescrição comum. O Estado, dessa forma, exercerá uma espécie de vingança perversa, uma vingança social, na palavra de Nélcio Machado [2], não contra a autoridade inoperante, mas contra o réu. É um prêmio à inércia do Estado, como disse Celso Villardi [3]. (...) <sup>39</sup>

#### **4.3.5 A prescrição virtual e a duração razoável do processo penal**

O princípio da duração razoável do processo, outro forte argumento que se presta a supedanear a prescrição projetada, foi introduzido no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição da República, dispondo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Todavia, o que se vê na prática é situação completamente diversa. Processos e inquéritos se arrastam por longos anos; delonga essa na maioria das vezes ocasionada pela deficiência de recursos materiais e humanos do Poder Judiciário, Ministério Público e

<sup>39</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Prescrição retroativa: a favor ou contra?. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3586>>. Acesso em: 13 março 2008.

Polícia Judiciária (Civil e Federal) e que tem proporcionado o atingimento da prescrição pela pena em abstrato de inúmeros processos.

Fato que ilustra bem tal situação é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal ao conceder liberdade para nove acusados de integrar a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) em virtude do excesso de prazo em suas prisões. Os acusados permaneciam presos em flagrante delito há mais de quatro anos, sem que fossem a julgamento (alguns sequer foram interrogados). O feito esteve parado por quatro anos no fórum, sendo que por várias vezes atos processuais deixaram de ser realizados por falta de escolta policial.<sup>40</sup>

Dessa forma, enquanto o Estado não se aparelha adequadamente para fins de dar cumprimento ao preceito constitucional, o indivíduo jamais pode arcar com o ônus de aguardar por longos e tenebrosos anos até que lhe sobrevenha um provimento jurisdicional. E nesse contexto, a prescrição em perspectiva emerge como uma espécie de punição à inércia estatal, pois não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro.<sup>41</sup>

Pelos argumentos acima espreitados, percebe-se as várias vantagens decorrentes do acolhimento e reconhecimento da prescrição virtual, como a celeridade processual ou combate a morosidade da justiça; economia das atividades jurisdicionais em prestígio da boa utilização do dinheiro público; preservação do prestígio e imagem da justiça pública ou atenção a processo úteis em detrimento daqueles que serão efetivamente atingidos pela prescrição, etc.

Assim, é inegável que ela é capaz de gerar vários efeitos positivos, quais sejam: auxilia a administração da justiça, que se encontra sobrecarregada de processos; propicia a

---

<sup>40</sup> LFG. [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br). Acesso em: 2 de nov. 2008

<sup>41</sup> INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. NÃO-OFERECIMENTO. DENÚNCIA.

A impetração pretende o trancamento de inquérito policial que investiga os crimes de estelionato e falsidade ideológica (arts. 171 e 299, ambos do CP) supostamente praticados por empresas presididas pelo primeiro paciente e administradas pelo segundo. Porém, a Turma concedeu a ordem, por entender que, no caso, passados mais de sete anos desde a instauração do inquérito, não houve o oferecimento da denúncia contra os pacientes. É certo que existe jurisprudência, inclusive deste Superior Tribunal, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de inquérito policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção. Entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro e os fatos já foram objeto de inquérito policial arquivado a pedido do *parquet* federal. Com esse entendimento, ao prosseguir o julgamento, a Turma concedeu a ordem. Precedente citado: HC 44.649-SP, DJ 8/10/2007. HC 96.666-MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/9/2008.

economia de recursos humanos e materiais, já que pessoas e equipamentos serão poupados; evita o desgaste judicial provocado pela ineficácia das decisões, etc.

Ante tudo o que foi esposado, a prescrição penal antecipada é instituto inovador e de extrema relevância tanto para os aplicadores do direito (juízes, promotores, advogados, defensores públicos), para o indivíduo que se vê processado (réu, acusado), quanto para o Estado e a sociedade em geral, pois a relação processual de maneira alguma pode servir, ao final, como um mero documento simbólico de representação do *mínus* público (direito de punir) quando for totalmente desnecessária a ação por falta de justa causa (TELES, 2007).

A despeito de todos esses argumentos favoráveis, os quais justificam a adoção da prescrição em perspectiva, o tema tem sido alvo de constantes debates, não sendo uma unanimidade na doutrina, muito menos na jurisprudência, mormente dos tribunais superiores. É o que passaremos a apontar, e ao mesmo tempo rebatendo esses argumentos a fim de demonstrar que não subsiste fundamento quer de natureza material, quer processual à não adoção desse heróico instituto.

#### 4.4 PRINCIPAIS TESES RESISTENTES À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

##### 4.4.1 A prescrição virtual e o princípio da legalidade

A ausência de previsão legal expressa tem sido o principal argumento dos opositores da tese aqui defendida, pois segundo eles a falta de presciência normativa torna ilegítima a utilização da prescrição virtual. Esse raciocínio é melhor explicado por Antonio Lopes Baltazar:

O art. 110, §§ 1º e 2º do Código Penal, determina que a prescrição retroativa só pode ser reconhecida depois da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso; logo, afirmam, antes da sentença condenatória a prescrição só pode ser regulada pela pena máxima cominada em lei. Tal procedimento vem violentar o texto legal, pois somente após uma sentença condenatória é que se pode cogitar a prescrição em concreto <sup>42</sup>

Foi seguindo basicamente essa linha de raciocínio que a jurisprudência, no primeiro momento, negou validade à prescrição virtual, sendo até hoje, um dos argumentos

---

<sup>42</sup> BALTAZAR, Antonio Lopes. *Apud* Francisco Afonso Jawsnicker, p. 102

mais utilizados para ilidir tal instituto. Nesse sentido tem sido as decisões da Corte Cidadã.

Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. FUMUS BONI IURIS.

I - Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética (Precedentes do STF e do STJ).

[...] (REsp 154210 / CE, RECURSO ESPECIAL1997/0080041-5. Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJ 03.11.1999 p. 122).

E em recente Informativo de Jurisprudência, de nº 0369, período de 22 a 26 de setembro de 2008, o Superior Tribunal Justiça decidiu:

PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. EXECUÇÃO FISCAL. TRÂMITE. A chamada prescrição antecipada, em perspectiva ou virtual, não tem previsão legal e é repudiada pela jurisprudência do STF e do STJ, visto violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena (que será ainda aplicada). O mero fato de ser a recorrente primária e de bons antecedentes não lhe garante a aplicação, por presunção, de pena mínima para efeito do cômputo do prazo prescricional, pois é o juízo singular quem deve aplicá-la no caso de eventual condenação, valorando cada uma das circunstâncias do art. 59 do CP. Irrelevante, também, haver execução fiscal ainda em trâmite, a sustentar o pleito de suspender a ação penal, pois o crédito tributário já está definitivamente constituído, o que é suficiente para fins penais, dada a independência entre essas esferas. Precedentes citados: AgRg no REsp 905.306-SP, DJ 18/8/2008; HC 66.044-BA, DJ 11/2/2008, e REsp 944.893-PR, DJ 7/4/2008. RHC18.569-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 25/9/2008.

Já o Supremo Tribunal Federal por sua vez, tem julgado da seguinte forma:

RECURSO DE HABEAS CORPUS. IMPUGNAÇÃO À DECISÃO DENEGATÓRIA PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA QUE SE DIZ INEPTA. PRESCRIÇÃO IN ABSTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA.

[...] 3. Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal considerada a pena in abstracto. A prescrição penal antecipada não é contemplada pelo ordenamento processual e nem aceita pela jurisprudência. Recurso de habeas corpus a que se nega provimento. (1ª turma – RHC 76.153/2/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – Acórdão de 10.02.1998 – DJU de 27.03.1998)

Esse argumento, pautado na ausência de fundamentação legal, encontra-se preso à visualização da prescrição em perspectiva como modalidade de extinção da punibilidade.

No entanto, e como já sedimentado linhas atrás, a tese aqui utilizada é a da carência da ação, por falta de interesse de agir.

Isto significa que a prescrição virtual não deve ser vislumbrada como mais uma espécie prescricional que induzirá ao reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado, mas sim como um resultado lógico do entrelaçamento da prescrição retroativa e da teoria das condições da ação, que resultará na ausência de interesse de agir, em sua faceta interesse-utilidade. Em melhores palavras, Renee de Ó Souza aduz que “a pesar do nome deste instituto ser prescrição virtual ou antecipada, não há que se falar em extinção da punibilidade. Seu fundamento é a falta de interesse de agir ou da justa causa.”<sup>43</sup>

Logo, uma vez entendida essa diferença, não se pode negar validade à prescrição virtual sob a alegação de falta de previsão legal, pois o atual art. 395, inciso II, 2ª parte, do Código de Processo Penal estabelece que a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar condição exigida pela lei para o regular exercício da ação penal.

Desse modo, não se pode negar que há disposição legal assegurando o exercício regular do direito de ação, e que a falta de qualquer de suas condições (legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e justa causa) terá como conseqüência lógica a rejeição da denúncia ou a extinção do processo sem julgamento do mérito, caso já iniciada a lide penal, nos termos do art. 395, inciso II (2ª parte) e art. 3º, ambos do Código de Processo Penal, em combinação com o art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

É interessante mencionar, também, que nos primórdios da prescrição retroativa ela não contava com previsão legal expressa, e mesmo assim, isso não representou nenhum óbice ao seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, apesar de inicialmente não haver presciência normativa a justificar a adoção da prescrição retroativa, o Pretório Excelso, acertadamente, a reconhecia como válida, editando, inclusive, a súmula nº 146 que assim dispunha: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”

Diante disso, chega a ser contraditório o atual posicionamento do Supremo, rechaçando a prescrição em perspectiva basicamente for falta de previsão legal, pois que em período anterior, essa mesma circunstância (falta de legislação expressa), não serviu de

---

<sup>43</sup> SOUZA, Renee de Ó. Prescrição Virtual ou Antecipada: a inteligência e a flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação. Disponível em <[www.inteligenciajuridica.com.br](http://www.inteligenciajuridica.com.br)>. Acesso em: 6 de mar. 2008.

empecilho para a aplicação de uma tese jurídica de extremada relevância, que é o reconhecimento da prescrição retroativa.

Finalmente, “não é porque determinado instituto não está previsto literalmente na norma que não se possa extrair, de uma interpretação sistemática do conjunto, normativo vigente a certeza de sua existência”<sup>44</sup>, é o que justamente ocorre com a prescrição virtual. Nesse sentido, é a decisão do Tribunal Regional da Primeira Região:

PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL. [...] Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada.

4. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a lei "à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente" (Pontes de Miranda).[...] 6. "O jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã" (Benjamim Cardozo). Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: RCCR - RECURSO CRIMINAL – 200234000286673 Processo: 200234000286673 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 7/12/2004 Documento: TRF100205272 DJ DATA: 14/1/2005 PAGINA: 33

#### 4.4.2 A prescrição virtual e o princípio da obrigatoriedade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade da ação penal (intelecção dos arts. 24, 27, 28, 42 e 576, todos do Código de Processo Penal)<sup>45</sup> é entendido da seguinte forma: contendo os autos provas da existência do crime e indícios de sua autoria, o Ministério Público é obrigado a ofertar a denúncia; não agindo, portanto, pautado por critérios discricionários, de conveniência e oportunidade. Isso porque, sendo o *Parquet dominus litis*, ou seja, um legítimo defensor da sociedade, preenchidos os requisitos legais, vê-se na obrigação de

<sup>44</sup>PACHECO, Cláudia Ferreira. Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no processo penal). Disponível em <[www.direitopenal.com.br](http://www.direitopenal.com.br)> Acesso em: nov. 2008.

<sup>45</sup> Art. 24 do CPP: Nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 27 do CPP: Qualquer do povo pode provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhes, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 28 do CPP: Se o Órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Art. 42 do CPP: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576 do CPP: O ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto.

ajuizar a ação penal. Tal princípio tem aplicabilidade nas ações penais públicas, diferentemente das ações penais privadas, em que vige o princípio da oportunidade.

O argumento utilizado pelos opositores da prescrição virtual é no sentido de que, pelo princípio da obrigatoriedade, o juiz não teria poderes discricionários para analisar se instaura ou não a ação penal, de maneira que os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos pertinentes, ou seja, a Autoridade Policial deve instaurar o Inquérito Policial; o representante do Ministério Público deve exercer a denúncia, assim como o Juiz deverá presidir a instrução do processo e decidir a demanda.

De fato, presentes os requisitos legais mínimos que possibilitem o regular exercício da ação penal, bem como formada a *opinio delicti*, a denúncia deve ser exercida. No entanto, para incidir a obrigatoriedade de instaurar a demanda penal, deve-se verificar, antes mesmo de ser analisada a *opinio delicti*, se estão presentes as condições da ação (legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e justa causa). Caso contrário, inexistindo alguma dessas condicionantes, não estará o *Parquet* obrigado a manifestar a pretensão punitiva (exercer denúncia).

Diante disso, igualmente não prospera essa tese, até porque não se pode perder de vista que a ação penal de forma alguma deve ser exercida de modo indiscriminado, pois o Órgão Parquetário, além de *dominus litis*, é fiscal da lei (*custus leges*) e, de conseguinte, zelará pela estrita observância das condições da ação, bem como dos pressupostos processuais. Em conclusão, somente quando estiverem presentes os requisitos formais e as condições da ação é que o Ministério Público, obrigatoriamente, oferecerá denúncia, e o Juiz a receberá.

#### **4.4.3 A prescrição virtual e o princípio da presunção de inocência**

A presunção de inocência, estatuída no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, consubstancia que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. Ou seja, trata-se do direito subjetivo de alguém somente ser considerado juridicamente culpada após passar em julgado sentença penal condenatória proferida contra si, formando-se a chamada coisa julgada material.

O princípio da presunção de inocência tem sido um dos principais argumentos (ao lado da ausência de previsão legal) utilizados pelas Cortes Nacionais, cujo fundamento está na falsa percepção de que uma vez reconhecida a prescrição virtual, se presumirá,



automaticamente, uma condenação prévia do acusado, visto que a prescrição retroativa (sustentáculo da prescrição antecipada) somente é aplicável nos casos de prolação de sentença condenatória. Conforme se depreende do aresto jurisprudencial *infra*:

133494321 – PENAL – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL – FALTA DE AMPARO LEGAL – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CP – ÓRGÃO JURISDICIONAL EXERCENDO FUNÇÃO LEGIFERANTE – IMPOSSIBILIDADE – PREJULGAMENTO DA CAUSA – CONDENAÇÃO HIPOTÉTICA – ANÁLISE DO MÉRITO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL – NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL – DETERMINADA A REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – ART. 28 DO CPP – 1. A prescrição com base na pena em perspectiva, presumida, antecipada ou virtual não encontra amparo legal, sendo certo que o acolhimento da tese viola dispositivos do CP, o qual somente prevê a possibilidade de se decretar a extinção da punibilidade, com fulcro na prescrição, tendo por base o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime ou, ainda, pela pena concretamente aplicada. 2. A adoção da tese da prescrição virtual fere a idéia de tripartição dos poderes visto que um órgão jurisdicional estaria exercendo função legiferante ao criar uma nova hipótese de prescrição e, conseqüentemente, de extinção da punibilidade com base em uma pena hipotética. 3. A prescrição em perspectiva configura um prejuízo em detrimento do réu, o qual, no curso do processo, pode vir a ser absolvido, o que demonstra a utilidade no prosseguimento da persecução penal pois não se pode furtar ao acusado a possibilidade de obter uma declaração de sua inocência. 4. A condenação hipotética analisa o mérito sem o devido processo legal e sem contraditório, o que, como é sabido, é vedado no processo penal brasileiro. 5. Negado provimento ao agravo regimental, bem como determinada a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República com fulcro no art. 28 do CPP. (TRF 1ª R. – INQ 200401000467994 – PI – 2ª S. – Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz – DJU 18.04.2005 – p. 02) JCPP. 28

Bem como se infere do posicionamento de alguns doutrinadores, como por exemplo Aramis Nassif<sup>46</sup>, para o qual:

*Alerta-se que, em que pese os argumentos favoráveis ao instituto criticado, de existência meramente teórica, sem reconhecimento legal, serem relativamente consistentes, é de ver-se que, ante o pressuposto de futuro apenamento – e não há como fugir da dosimetria virtual da pena para verificar a ocorrência do fenômeno prescritivo – a prescrição em perspectiva implicaria, inevitavelmente, na formação de juízo condenatório apriorístico, ou seja, sem a construção adequada da (in)formação probatória, pois, se instruído o feito, convencido o juiz pela condenação, a sentença a ser prolatada seria de mérito, com fixação da pena e, se fosse a hipótese, com a extinção da punibilidade.*

Assim, segundo essa corrente doutrinária, o reconhecimento da prescrição antecipada teria como consequência inarredável uma condenação prévia do acusado, o que violaria seu direito de provar-se inocente. Tal situação iria de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência.

<sup>46</sup> NASSIF, Aramis. *Apud* Igor Teles Fonseca de Macedo, p. 155-156.

Ora, a aplicação da prescrição projetada não implica, de modo algum, num reconhecimento prévio de culpa. O acusado não é condenado aprioristicamente, visto que não existe um decreto condenatório; não há sequer sentença penal. Na verdade o que se tem aqui é a utilização de um raciocínio lógico para se constatar a ausência de interesse de agir, na modalidade interesse-utilidade.

Ou seja, para se chegar à conclusão de que tal feito é inútil, após análise da pena que provavelmente recairia sobre o acusado em caso de eventual condenação, utiliza-se das regras da prescrição retroativa e, assim, em seguida, reconhece-se a carência da ação, pela ausência de interesse de agir, eis que a pretensão punitiva estatal estaria aniquilada pela prescrição retroativa.

A esse raciocínio lógico, que se vale do entrelaçamento da prescrição retroativa e da teoria das condições da ação para se constatar a ausência do interesse de agir, chama-se prescrição virtual. Nele não se discute se o acusado praticou ou não o delito, mas vislumbra-se a pena máxima que ele suportaria em caso de eventual condenação.

Diante disso, não há falar em condenação presumida, pois o reconhecimento da carência da ação conduz à uma sentença terminativa de mérito, onde não há apreciação do *meritum causae*. e, portanto, inexistente juízo de culpabilidade.

#### **4.4.4 A prescrição virtual e a *mutatio libelli***

Outra questão de ordem prática que se opõe à prescrição antecipada, segundo seus defensores, é o instituto da *mutatio libelli*, previsto no art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal.<sup>47</sup> A tese desabonadora consiste na possibilidade de no transcurso da instrução processual surgirem elementos fáticos capazes de modificar a capitulação penal para um delito mais grave, de maneira que, o período prescricional restaria, também, alterado e, de conseguinte, jamais se teria a certeza quanto a antevisão da pena, o que inviabilizaria a aplicação do instituto em testilha.

Tal situação ocorreria da seguinte forma: o réu foi denunciado por furto simples (art. 155, *caput*, do CP), cuja pena é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Não obstante, a instrução criminal revelou que a subtração da coisa ocorreu mediante grave

---

<sup>47</sup> Art. 384 do CPP: Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

ameaça, o que leva à configuração do crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP), apenado com reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Assim, de acordo com aquela tese o prognóstico feito para o crime de furto restaria frustrado, uma vez que o prazo prescricional atribuído ao crime de roubo é bem superior.

É bem verdade que no decorrer da investigação dados novos poderão exsurgir. Contudo isso jamais inviabiliza a prescrição em perspectiva. E essa resposta é dada pelo Promotor de Mato Grosso/MT, Renee de Ó Souza, tomando-se por base o momento em que é reconhecida a prescrição antecipada, qual seja: antes de iniciada a ação penal, bem como no curso dela. Na primeira situação:

*se constatada antes de iniciada a ação penal, ou seja, ainda na fase inquisitiva, a questão levantada mostra-se menos trabalhosa porque o arquivamento do inquérito policial sempre deve possuir a ressalva do art. 18 do Código de Processo Penal<sup>48</sup>, que permite o prosseguimento de novas pesquisas pela autoridade policial, se de outras provas tiver notícias. Essa providência praticamente qualquer obste à contemplação da prescrição virtual visto que qualquer nova prova que altere a capitulação do delito e conseqüentemente a sua pena ensejadora do cálculo prescricional servirá de base para uma nova análise e apreciação do caso, resultando em novo arquivamento do inquérito policial ou no oferecimento de denúncia. Primeiro porque, tendo natureza jurídica de reconhecimento de carência de ação.<sup>49</sup>*

De outra banda, se caso a prescrição virtual for reconhecida durante a instrução processual (em sede judicial), ocasião em que a ação é extinta sem julgamento do mérito, sedimenta que:

*a carência da ação enseja uma sentença processual que possui uma decisão que não resolve a lide (sentença terminativa), sendo admissível a renovação ou repetição da ação, desde que (as) partes corrijam o defeito que ensejou aquela extinção. Isto acontece porque estas decisões são desprovidas dos efeitos da coisa julgada material.<sup>50</sup>*

---

<sup>48</sup>Art. 18 do CPP: Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícias.

<sup>49</sup>Op. cit. p..

<sup>50</sup>Ibid.

## CONCLUSÃO

Do articulado neste estudo, restou demonstrado que a Prescrição Virtual resulta do entrelaçamento entre a técnica utilizada para a constatação da prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do Código Penal) e a análise da presença de uma das condições da ação, a saber, o interesse de agir, aferível em sua subespécie interesse-utilidade (estatuído no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal).

Por meio desse raciocínio, que permite aos atores jurídicos visualizar, com segurança, a inexorável ocorrência da prescrição retroativa - e por conseqüência a extinção da punibilidade, a qual não produzirá nenhum efeito penal ao acoimado - é possível vislumbrar sua real natureza jurídica, qual seja, modalidade de reconhecimento da carência da ação penal, e não nova espécie de extinção da punibilidade.

A despeito de a imensa maioria dos tribunais pátrios rechaçarem-na, principalmente, sob o frágil fundamento de inexistência de norma expressa que lhe preveja, não há como negar que sua aplicação é uma realidade. Realidade, essa, que é facilmente perceptível, tanto no plano dos fatos, como no do direito.

No plano dos fatos, porque é produto da experiência jurídica, faz parte do cotidiano de inúmeros juízos de primeiro grau, sendo prática rotineira sua providência. No plano jurídico, pois inquestionável a presença de normas que lhe dão supedâneo, sejam elas legais (art. 267, inciso IV, do CPC e arts. 3º e 395, III, ambos do CPP), quer pelo reconhecimento da força normativa dos princípios, que conduz à conclusão de sua perfeita harmonia aos ditames constitucionais.

Nesse jaez, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, evidenciou-se a viabilidade jurídica desse nobre instituto, cujo mister é por fim à demandas sabidamente infrutíferas, pois não há argumento que justifique a movimentação de todo o aparato judicial, com o desgaste natural de pessoal, recursos, mão-se-obra, tempo, etc. em vão, pois irremediavelmente a ação penal proposta não terá efeito algum, na medida em que os atos processuais praticados chegam desprovidos da mínima potencialidade punitiva, e por isso são inúteis. Seus benefícios, desse modo, sobrepõem-se a qualquer argumento tendente a renegá-la.

De outra esteira, inolvidável que o emprego da Prescrição Virtual envolve questões relativas à atuação de um sistema judiciário moroso e freqüentemente mal-aparelhado. É justamente nesse diapasão que ela exsurge no palco jurídico, também, como

uma autêntica defesa do cidadão contra a lentidão do Estado em julgá-lo e puni-lo no tempo razoável.

Assim, diante da realidade de um sistema acusatório (Poder Judiciário, Polícia Judiciária e Ministério Público) desguarnecido de instrumentos capazes de conceder uma resposta à sociedade (e sobretudo ao que se encontra sob a espada de Dâmocles, ou seja, o réu) em tempo propício, o não reconhecimento da prescrição em testilha, simplesmente por apego a um exacerbado formalismo, é no mínimo estimular ainda mais a morosidade do Judiciário. É um verdadeiro prêmio à inércia estatal.

Diante disso, enquanto não devidamente aparelhados os sistemas policial e judiciário, para que as investigações e procedimentos judiciais tenham condições melhores para ocorrer com uma celeridade compatível com o bom senso e o legítimo interesse de toda a sociedade (principalmente dos acusados, quer sejam inocentes ou culpados) a prescrição em perspectiva deve ser prestigiada, haja vista que, diante da atual conjuntura política, revela-se como um meio eficaz de se promover justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE JÚNIOR, Adelson Freitas de. **Responsabilidade civil do estado por dano decorrente da morosidade na prestação jurisdicional**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 30 de outubro de 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Henus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 6 ed. Rev., e atual. São Paulo, 2000.

BRASIL. Código de Processo Penal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 1: Parte Geral**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo, 22ª ed. revista e atualizada**. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Anna Carolina Franco. **Prescrição virtual**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.3, nº198. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1576>> Acesso em: 6 mar.2008.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Novas perspectivas para extinção de punibilidade em matéria criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3586>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**, 1º ed.(ano 2004) 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

LEMOS, Ricardo Teixeira. **Prescrição Penal Retroativa e Antecipada em face da Competência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal vol. I**. Revista e Atualizada por Eduardo Reale Ferrari. 2ª ed. São Paulo: Millenium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22 ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Leonardo Polombo. **Prescrição virtual ou antecipada**. Disponível em: <<http://www.inteligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 06 de março de 2008.

TAYLOR, Daniel Westphal. **A decretação antecipada da prescrição e o princípio da proporcionalidade**. Uma relação necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1610, 28nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1070>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil v.1: Parte Geral**, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.