

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA PRESCRIÇÃO PENAL

Yuri Munhoz Silveira

Presidente Prudente/SP

2010

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA PRESCRIÇÃO PENAL

Yuri Munhoz Silveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2010

DA PRESCRIÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para a
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

Cláudio José Palma Sanchez

Hélio Perdomo Júnior

Presidente Prudente, 05 de outubro de 2010.

RESUMO

O presente trabalho debruçará centralmente seus estudos acerca do instituto da prescrição penal. Necessariamente, far-se-á uma análise sobre o direito de punir estatal e sua evolução histórica, passando pelos conceitos de pretensão punitiva e punibilidade. A prescrição, como tema central, será avaliada a respeito de sua natureza jurídica, fundamentos e efeitos, estabelecendo-se, ainda, as espécies de prescrições previstas na legislação pátria, como também a importante construção da prescrição retroativa antecipada ou virtual. Assim, tem-se o escopo de melhor compreender esse importante tema, de notória importância no sentido em que se mostra como circunstância limitadora do poder punitivo do Estado, a que todos estamos sujeitos. Como meios metodológicos, foram realizadas pesquisas em obras bibliográficas, artigos na internet e legislações variadas, dentro e fora do Brasil, com intuito de bem desenvolver o raciocínio à conta do tema que nos propusemos a debater. Com efeito, podemos concluir que a prescrição atua como causa que extingue a pretensão punitiva do Estado, e não propriamente o poder de punir, como prega de forma maçante a Doutrina. É causa que exclui a pretensão punitiva, gerando a extinção da punibilidade. A rigor, pode se afirmar ser uma causa extintiva da punibilidade, uma vez que impossibilitará o estabelecimento da relação jurídico-penal entre o Estado e o criminoso. No que tange à eminente Prescrição Virtual, inobstante seus argumentos desfavoráveis, entendemos ser instituto de plena aplicabilidade, mormente porque se verifica ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal, não havendo razão para se dar início ou continuidade ao processo em andamento, promovendo-se um dispêndio inútil de dinheiro e tempo da máquina judiciária, quando se sabe que a pena certamente não poderá ser aplicada no caso.

Palavras-chave: Direto de Punir. Pretensão Punitiva. Extinção da Punibilidade. Prescrição. Prescrição Virtual.

ABSTRACT

This work will focus its studies on institution of criminal prescription. Necessarily, it will make an analysis of the right to punish of the State and its historical evolution, through the concepts of punitive pretension and criminality. The prescription, as a central theme, will be treated as to its legal nature, motives and purposes, taking also the species of prescription contemplated by Brazilian's laws, as well the important construction of the virtual prescription. So, there is scope to better understand this important subject, of really importance in the sense that it shows how condition limiting the punitive power of the state, that all have to respect. As a means methodological, research was carried out in literature, articles on the internet and various laws, both within and outside Brazil, aiming to develop reasoning about the theme that we proposed to discuss. We can conclude that the prescription works as a cause that extinguishes the punitive pretension state, and not exactly the power to punish, how defends the doctrine. It is a cause to exclude the punitive pretension, leading to extinction of punishment. It is a cause of criminality extinctive once that it will preclude the establishment of the relation of the process between the state and criminal. Regarding the imminent Prescription Virtual, although there is bad arguments, we understand it is a institute of full applicability, because there is no interest in acting and just cause for the prosecution, and there is no reason to initiate or continue the ongoing process, promoting a useless expenditure of money and time of the machine judicial, when you certainly know that the penalty will not be applied in the case.

Keywords: Right to Punish. Punitive Pretension. Extinction of Punishment. Prescription. Virtual Prescription.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DO DIREITO DE PUNIR	
2.1 Aspectos Históricos	09
2.2 Características.....	13
2.3 Pretensão Punitiva e Pretensão Executória.....	15
2.4 Causas Extintivas da Punibilidade	15
3 PRESCRIÇÃO	
3.1 Conceito	18
3.2 Evolução Histórica.....	20
3.3 Natureza Jurídica	22
3.4 Fundamentos.....	24
3.5 Efeitos	25
3.6 Espécies.....	29
3.7 Prescrição e Decadência: Diferenciação	32
3.8 Prescrição no Direito Comparado	34
4 IMPRESCRITIBILIDADE	
4.1 Conceito	37
4.2 Fundamentos.....	37
4.3 Imprescritibilidade no Direito Brasileiro.....	38
5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	
5.1 Da Prescrição da Pretensão Punitiva	40
5.2 Prescrição Superveniente.....	40
5.3 Prescrição Retroativa	42
5.3.1 Modificações Trazidas pela Lei 12.234/10	42
5.3.2 Conceito e Aplicabilidade	45
5.4 Prescrição das Penas Restritivas de Direito	46
5.5 Prescrição da Multa.....	47
5.6 Termo Inicial.....	48
5.7 Forma de Contagem e Cálculo	49
5.8 Causas de Redução	50
5.9 Circunstâncias Judiciais, Agravantes e Atenuantes.....	51
5.10 Causas de Aumento e Diminuição da Pena.....	52

5.11 Causas Interruptivas.....	53
5.12 Causas Suspensivas	58
5.12.1 Suspensão Condicional do Processo (Lei 9.099/95).....	59
5.12.2 Suspensão do Processo (Artigo 366 do CPP)	60
5.12.3 Suspensão Atinente a Imunidade Parlamentar Processual ..	62
5.12.4 Suspensão Pela Expedição de Carta Rogatória	63
5.13 Prescrição em Crimes Conexos e Complexos.....	63
5.14 Momento de Declaração.....	64

6 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

6.1 Conceito	68
6.2 Efeitos	68
6.3 Termo Inicial.....	69
6.4 Causas Interruptivas	72
6.5 Causas Suspensivas	74
6.6 Causas de Aumento (Reincidência)	75
6.7 Causas de Redução	76
6.8 Agravantes, Atenuantes, Causas de Aumento e Diminuição de Pena.....	77
6.9 Concurso de Crimes.....	77
6.10 Detração e Prescrição da Pretensão Executória	78
6.11 Oportunidade de Declaração	80

7 PRESCRIÇÃO VIRTUAL

7.1 Conceito	82
7.2 Fundamentos Favoráveis	88
7.2.1 Ausência de Interesse de Agir	88
7.2.2 Ausência de Justa Causa	91
7.2.3 Economia Processual e Razoável Duração do Processo	92
7.2.4 Prescrição Virtual Como Causa Extintiva de Punibilidade	95
7.3 Fundamentos Contrários	96
7.3.1 Da Ausência de Previsão Legal.....	97
7.3.2 Da Ofensa ao Princípio da Obrigatoriedade	98
7.3.3 Da Ofensa ao Princípio da Indisponibilidade	99
7.3.4 Da Ofensa aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e Presunção de Inocência	100
7.3.5 Do Impedimento da Absolvição do Réu.....	102
7.3.6 Do Impedimento dos Efeitos Cíveis da Sentença Penal	104
7.3.7 Da Possibilidade de <i>Mutatio Libelli</i>	105
7.4 Natureza Jurídica	106
7.5 Oportunidade de Declaração	106

7.5.1 Durante a Fase de Inquérito	107
7.5.2 Após a Propositura da Ação Penal	108
7.6 Efeitos	112
8 CONCLUSÕES	113
BIBLIOGRAFIA	114

1 INTRODUÇÃO

O tema prescrição, embora não seja atual, é de suma importância para o estudioso do direito penal. Dominar a prescrição como causa que poderá extinguir a punibilidade é imprescindível para qualquer operador do direito.

Instituto existente desde a Grécia antiga, e ganhando corpo na civilização Romana, a prescrição é matéria que vem evoluindo e se modificando com o passar dos anos. Cada vez mais se adequa a concepção moderna de Estado garantista, a luz da consagração dos Direitos Humanos.

A prescrição, em que pese ser defendida como uma espécie política de extinção da punibilidade, cuida-se de uma garantia do cidadão contra a volatilidade despótica dos entes soberanos. Ademais, nossa própria Carta Magna assegura em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tornando-se, pois, garantia expressa a qualquer brasileiro.

O direito de punir deve necessariamente ser limitado, não podendo o indivíduo ficar submetido *ad eternum* a eventuais mazelas e equívocos que o tempo pode proporcionar-lhe.

O poder-dever de agir do Estado deve ser célere e eficaz, sob pena de, passado o tempo previsto legalmente, não poder mais ser exercido.

Também será objeto desta pesquisa tema mais recente, denominado de prescrição virtual, que consiste, em determinados casos concretos, na possibilidade de se antever a pena a ser aplicada ao criminoso, de sorte a também se verificar a futura prescrição em virtude da aplicação dessa pena.

Grande parte da Doutrina defende a inexistência de interesse de agir nesses casos, o que resultaria em uma extinção do processo por carência de uma de suas condições.

Abordaremos os principais argumentos, favoráveis e contrários a sua aplicação, com intuito de contextualizar o leitor, que poderá se filiar a posição que o convencer.

2 DO DIREITO DE PUNIR

2.1 Aspectos Históricos

Antes de adentrarmos propriamente no estudo da prescrição penal, mister escorçar, *apriori*, a respeito da história do direito de punir, com intuito de melhor compreensão posterior do instituto que é objeto da presente pesquisa.

O *homo sapiens*, desde os primórdios, caracterizava-se por viver isoladamente, possuindo qualidade de nômade. Seu modo de vida baseava-se na caça e coleta de alimentos, que já existiam na natureza. Com o posterior desenvolvimento, por volta de 10.000 anos a.C., o homem notou que algumas sementes que eram colhidas da natureza, quando implantadas em solo fértil, produziam frutos semelhantes dos quais procediam. Logo, deu-se início a atividade de agricultura.

O domínio da técnica do plantio fez com que o homem se tornasse sedentário, já que não mais precisaria mudar-se com escopo de encontrar alimentos para sua subsistência. A prática da agricultura, além de estabilizar os indivíduos, conferiu-lhes a possibilidade de viverem em grupos, pois a quantidade de alimentos gerados com a colheita era abundante. O fato foi de tamanha importância que, dentro da pré-história, marcou a divisão entre o período da pedra lascada e o da pedra polida (neolítico).

Há quem diga ter sido a "descoberta" da agricultura o grande mal cometido pelo homem, uma vez que vislumbrou a possibilidade de se viver em sociedade, advindo com esta as suas ruins e inevitáveis consequências.

De outra banda, há defensores do crucial desenvolvimento no âmbito tecnológico que a agricultura trouxe à vida do homem, permitindo seu crescimento, bem como a promoção de invenções científicas que tornaram mais cômoda sua existência.

De uma ou de outra, forçoso reconhecer que o estabelecimento do homem como um ser que viver em sociedade, fatalmente apresentou ao mesmo alguns problemas por ela criados.

A manutenção de um convívio harmônico com outros seres, de diferentes ideais, pensamentos e atitudes, não é de fácil tarefa. Nesse contexto, passou a surgir os conflitos de interesses entre os homens da época, de modo que nos ateremos tão somente às transgressões cometidas no âmbito do direito penal.

Quando se fala em direito penal, vem à tona, naturalmente, a idéia de punição. Todavia, o ideal de pena no princípio, como sanção do direito penal, não se assemelha com a que possuímos hoje.

O primeiro grande período da punição foi a chamada era da *vingança privada*. Nessa etapa, as punições eram feitas pela própria pessoa ofendida ou por sua família, o que levava, por vezes, a exacerbações em sua aplicação. O direito de punir era, portanto, de propriedade da própria vítima do crime.

Segundo os elucidativos ensinamentos de Maria Regina Trippo (2004, p. 07):

Se a lesão tivesse sido cometida por pessoa estranha ao agrupamento, instalava-se a vingança de sangue, que era menor uma pena e mais propriamente uma guerra entre os grupos familiares, até que um deles sucumbisse pelo esgotamento de suas forças físicas.

É possível se aferir o caráter pessoal e privado das punições de outrora, que não continham as funções da pena como é concebida atualmente, cuidando-se meramente de um ato de vingança.

Adiante, Trippo arremata dizendo que "Essas formas de reação compõe a fase mais primária de punição, denominada vingança privada, uma vez que se impunha pena exclusivamente para retribuição do mal causado, quantificando-a, de modo arbitrário, pela família do ofendido." (2004, p. 07).

Destarte, as punições nesse primeiro momento eram somente atos de retribuição à conduta praticada pelo agente ofensor, como uma forma de puni-lo por sua atitude reprovável. Sem embargo, uma vez ficando à mercê da vontade da

vítima, esses atos eram realizados de forma desproporcional à gravidade do crime cometido, intensificando e salientando a injustiça dessas punições.

O advento da Lei de Talião (*lex talionis*) que se deu por volta de 1780 a.C., prevista no código de Hamurabi da antiga Babilônia, detinha a máxima "Olho por olho, dente por dente", que, embora não previsse a mais sensata forma de se punir o transgressor, foi de suma importância no sentido em que estabeleceu a proporção entre a conduta ilícita e a punição do agente.

Se o indivíduo tivesse causado lesão corporal a alguém, seria lesionado igualmente. Logo, aludido indivíduo não poderia, v.g., ser morto ou ter algum de seus membros amputados caso tivesse ofendido superficialmente a integridade corporal de outrem.

Assim, houve uma significativa evolução para tentar se estabelecer proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção que seria aplicada. Logicamente, padecia, ainda, de um melhor critério de qualidade para a fixação da pena.

Em um segundo momento, "Com a organização da sociedade civil e a instituição da autoridade coletiva, a vingança privada foi sucedida pela vingança pública e divina, outra fase do direito punitivo" (TRIPPO, 2004, p.07). A partir daí, a autoridade que detinha o poder sobre a população de determinado local foi quem passou a exercer o direito de punir, criando seus critérios para a aplicação das sanções.

Esse pensamento passou pela idade clássica (Grécia e Roma), criando força na Idade Média e no Absolutismo, onde os déspotas aliavam-se às figuras divinas como uma forma de tornar legítimos seus atos. A Idade Média, sob a ótica da punição, foi assombrosa e um verdadeiro retrocesso: pessoas eram queimadas em praça pública, promovia-se o enforcamento ou esquartejamento daqueles contrários ao governo. Carecia de razoabilidade nas espécies de punições.

Entretanto, ressalte-se a importância desse segundo pensamento para o presente estudo, visto que o Estado, por meio de seu representante, passou a ser detentor do *jus puniendi*, deixando para trás a concepção de vingança privada.

Jean-Jacques Rousseau, em sua obra "O contrato social", publicada em 1762, doutrina que, uma vez realizado efetivamente o contrato social entre o governante e a população, o soberano tem o dever de zelar pelos interesses e anseios desta. Assim, deu-se início ao período de humanização das sanções, que, através de Cesare Bonesana em sua obra "Dos delitos e das penas", influenciado pelos pensamentos iluministas do século XVIII, pontificou como um de seus principais ideais a noção de que deveria haver proporcionalidade e razoabilidade nas sanções aplicadas aos indivíduos. Defende também que não reside na gravidade da sanção a efetividade da punição, mas sim na certeza de sua aplicação.

Passou-se, então, a reconhecer o caráter humanitário das sanções. O pensamento era de que a pessoa que cometia um crime não perdia sua qualidade de ser humano, não devendo, portanto, sofrer medidas penais que estariam além do que lhe seria justo. E o aspecto mais relevante para o nosso estudo é que se confiou ao Estado a importante incumbência de punir as condutas que impunham perigo a sociedade, observando sempre os direitos e garantias inerentes ao processo paulatinamente conquistadas nos séculos posteriores.

Hoje, muito se discute acerca da eficácia do Direito Penal no tocante a aplicação das sanções. Indaga-se se a pena privativa de liberdade é idônea a alcançar seus objetivos, isso é, se alcançaria a idéia de *punição*, *prevenção* e *ressocialização* (também chamada pela Doutrina de *prevenção específica*). Há uma corrente, denominada *abolicionismo*, que roga pela extinção do Direito Penal, defendendo uma maior autonomia da sociedade para a solução dos conflitos.

Nas palavras de Maria Regina Trippo (2004, p. 19):

Do ponto de vista político-criminal, o *abolicionismo* é desinstitucionalizador e descentralizador: afasta do Estado da solução dos conflitos, deixando-os à sociedade, a fim de que encontre mecanismos menor repressivos e mais capazes de pacificação. Pugna, assim, pela justiça consensual, valorização do papel da vítima e a civilização dos conflitos penais (indenização).

Como é notório, as sanções aplicadas pelo Direito Penal não vêm logrando êxito em atingir suas necessidades. Contudo, há que se ter cautela em pensamentos radicais e extremados. Doravante, imperioso admitir a gravidade da

situação, mormente quando se fala em sistema carcerário, devendo-se repensar na forma de aplicações das sanções, para que, sabiamente, se obtenha uma solução mais ponderável.

2.2 Características

Conforme explicitado, o Estado deteve o chamado *jus puniendi* (direito de punir). Consagrando-se esse entendimento, não se cogita mais realizar "justiça com as próprias mãos", mesmo que possua pretensão legítima. Atualmente, isso caracterizaria crime na legislação pátria, previsto no artigo 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões).

O que se deve entender e se busca a real compreensão por parte da população, é que o Estado é o legitimado para punir, é ele que, despido de qualquer influência alheia, fará o julgamento justo e poderá, ao final, punir quem de direito. A finalidade principal é resguardar os direitos do indivíduo, para que não seja vítima de vinganças imorais e desmedidas, como também, por outro lado, trazer a este o dever de não deixar de cumprir sua pena caso seja condenado.

Nesse diapasão, a partir do momento em que a pessoa infringe determinada norma penal, surge para o Estado, possuidor do *jus puniendi*, o poder-dever de agir na situação de fato, afim de que se apure e eventualmente se puna o agente criminoso.

Sobre o tema, se pronuncia com a costumeira lucidez, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p.01/02):

Cometida a infração penal, o direito de punir, que era abstrato, passa a ser concreto. Antes o Estado detinha o direito de exigir a abstenção da prática criminosa. Realizado o ato delituoso, a relação entre o Estado e o delinqüente, que antes era de simples obediência penal, consubstanciada no preceito primário da lei incriminadora, tem seu suporte legal no preceito secundário, que comina a sanção, denominando-se relação jurídico-punitiva. Esse *jus puniendi* concreto, verdadeiro poder dever de punir, e não simples faculdade de punir, estabelece uma relação real, de natureza

jurídico-penal, entre o Estado e o sujeito ativo do crime. De um lado, determina-se ao sujeito o dever de submeter-se à sanção penal, evitando obstaculizar os meios de sua aplicação; de outro, deve o Estado exercer seu poder de punir, impondo a sanção penal respectiva e realizando sua execução

Perceba-se que dentro do direito de punir estatal, a Doutrina faz uma divisão, estabelecendo o direito de punir em abstrato, que é legitimado pela presença da conduta tipificada em lei, e o direito de punir em concreto, que nasce após o agente cometer ilicitamente essa conduta.

Praticado o ilícito penal, possui o Estado o poder-dever de agir no caso. Possui o poder porque é ele, conforme já mencionado, o legitimado e possuidor do *jus puniendi* que o qualifica para tanto. Também detém o dever, já que, como único detentor do *jus puniendi*, não poderia se abster de atuar no caso, em detrimento da sociedade. O "contrato social" realizado, impõe direitos e deveres a ambas as partes.

Não obstante, a relação jurídica formada por esse poder-dever do Estado, emerge ao acusado o dever de cooperar e não tumultuar a instrução criminal, como também pressupõe ao Estado o dever de aplicar a sanção penal caso seja o réu condenado.

No que tange ao exercício do poder de punir, Maria Regina Trippo (2004, p. 07), assevera que: "No Estado de Direito, tal pretensão não pode ser exercida diretamente pela administração estatal contra o acusado. Demanda sua dedução em juízo, por meio de ação penal, dando início ao processo."

Trata-se da figura do Estado-juiz. O magistrado, investido do poder de jurisdição estatal, será o encarregado de exercer os atos procedimentais concernentes à prestação da jurisdição, podendo, após realizado o devido processo legal, proferir um édito condenatório ao réu.

Passada em julgado a sentença penal condenatória, desponta para o Estado o chamado *jus executionis*, que é o direito de executar a sanção. Caso o acusado seja condenado, e essa condenação não seja passível de recursos, restará ao ente estatal, por intermédio de sua função jurisdicional (Estado-juiz), promover a execução da pena que foi aplicada.

2.3 Pretensão Punitiva e Pretensão Executória

O direito de punir e o direito de executar a pena originam a *pretensão punitiva* e *pretensão executória*.

Segundo Carnelucci (1951) **apud** Jesus (2008, p. 03), pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. Deste modo, de acordo com o entendimento de Jesus (2008, p. 03/04), tanto a pretensão punitiva como a executória, são exigências de que o poder-dever de punir e de executar do Estado subordine o direito de liberdade do indivíduo. O que diferenciará uma da outra, é a ocorrência do trânsito em julgado da sentença.

O divisor de águas é, portanto, a sentença penal condenatória irrecorrível: antes desta, estaremos diante do *jus puniendi*, em abstrato quando a conduta ainda houver sido praticada, e em concreto após a sua realização, que gerará ao ente estatal a pretensão de punir o indivíduo (pretensão punitiva); sendo depois da sentença transitada em julgado, somente poderemos falar em *jus executionis*, que induzirá ao Estado a pretensão de executar a pena imposta (pretensão executória), já que, obviamente, uma vez condenado e não cabendo mais recursos, só subsistirá para o Estado-juiz a possibilidade de execução da pena.

2.4 Causas Extintivas da Punibilidade

As causas extintivas da punibilidade, são, *ipsis litteris*, condições que extinguem a própria punibilidade do agente.

Causas de extinção da punibilidade, no pensamento de Fernando Capez (2007, p. 546), "São aquelas que extinguem o direito de punir do Estado."

Data venia, quer nos parecer não ser o entendimento mais correto. Não se poderia dizer em extinção do poder de punir do Estado, pois esse não se extingue jamais. Direito de punir e punibilidade são coisas distintas. Cabe-nos, pois, estabelecer a diferença.

Direito de punir, consoante explicado, é aquele que legitima o ente estatal a agir na situação em concreto, quando há a prática de algum ilícito ou quando esta legitimado pela lei mesmo não havendo conduta anti-jurídica (direito de punir em abstrato). Ele confere ao Estado o direito de processar o indivíduo e aplicar a pena caso venha a ser condenado. De outro lado, "A punibilidade é a consequência jurídica da prática do delito" (JESUS, 2008, p. 03). Como também "(...)Consiste na possibilidade de ser aplicada sanção penal pelo Estado. Não é elemento nem requisito; é consequência do delito" (TRIPPO, 2004, p. 23). José Júlio Lozano Jr. (2002, p. 04), no mesmo sentido de Maria Regina Trippo, conceitua punibilidade "(...) como a possibilidade jurídica de se impor a sanção ao autor do ilícito penal."

A punibilidade é, em outras linhas, a relação jurídico-penal que se assenta entre o Estado e o infrator.

Logo, causas que extinguem a punibilidade, são as circunstâncias que excluem essa relação jurídico-penal entre o Estado e o agente, permanecendo, eventualmente, a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que são os elementos do crime.

O artigo 107 do Código Penal elenca as causas extintivas de punibilidade, a saber:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I- pela morte do agente;

II- pela anistia, graça ou indulto;

III- pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV- pela prescrição, decadência ou preempção;

V- pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI- pela retratação do agente, nos casos em que a lei permite

VII- *(Revogado pela Lei nº 11.106/2005)*

VIII- *(Revogado pela Lei nº 11.106/2005)*

IX- pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Insta salientar que o rol previsto no artigo 107 do Código Penal não é taxativo. Existem outras hipóteses de extinção da punibilidade que não estão inseridas no dispositivo acima. No próprio código penal ainda temos o artigo 82 (que trata da extinção pelo cumprimento do *sursis* penal), artigo 90 (que trata da extinção pelo término do livramento condicional), artigo 236 (morte do ofendido no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento no casamento), artigo 312, § 3º (que prevê a extinção no crime de peculato culposo, desde que haja ressarcimento do dano antes de transitado em julgado a sentença). Poder-se-ia exemplificar ainda, com o artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/95, que prevê a extinção da punibilidade caso o agente cumpra integralmente as condições do *sursis* processual.

As causas extintivas da punibilidade "limitam-se a retirar do crime o condão de produzir todos ou certos efeitos penais" (TRIPPO, 2004, p. 24). Esses efeitos penais, por sua vez, subdividem-se em principais e secundários.

Os principais são consequências imediatas da decisão condenatória, *v.g.*, o cumprimento da pena imposta. Os efeitos secundários advém em decorrência do édito condenatório proferido, porém não são efeitos fundamentais deste, como é o caso da reincidência.

Ressalte-se que, antes da sentença penal transitada em julgado, qualquer causa extintiva da punibilidade extinguirá os efeitos penais primários e secundários. Caso tenha ocorrido posteriormente àquela, a causa de extinção da punibilidade extinguirá somente os efeitos primários; todavia, extinguirá também os efeitos secundários se estivermos diante de *abolitio criminis* ou anistia, situação em que não se poderá verificar reincidência.

Por razões óbvias, no caso de morte do agente, extinguirá também ambos os efeitos, restando eventualmente a possibilidade da vítima ressarcir seu dano na esfera cível em face dos herdeiros do autor do fato.

Diz-se que a *abolitio criminis* e a anistia possuem efeito *ex tunc*, pois retroagem, de modo a extinguirem também os efeitos secundários, mesmo que tenha havido sentença passada em julgado.

3 PRESCRIÇÃO

3.1 Conceito

Etimologicamente, Maria Regina Trippo (2004, p. 29) nos ensina que, "O vocábulo *prescrição* provém do latim *praescriptio*, do verbo *praescribere*, que se compõe de *prae* e *scribere*, cujo conjunto significa escrever antes ou no começo".

Ainda segundo essa autora (2004, p. 29), o termo originou-se do *formulário* que foi o regime processual aplicado no Direito na Roma antiga e, por meio deste, o pretor direcionava o julgamento através da *fórmula*. Com o advento da Lei *Aebutia*, por volta do século II a.C, "os pretores foram investidos no poder de criar novas ações." (TRIPPO, 2004, p. 29). Assim, de acordo com Antônio Luis da Câmara Leal **apud** Trippo (2004, p. 29), eles "(...) fixavam prazo para a duração do processo, o que ensejou as ações chamadas *temporárias*". Destarte, caso não houvessem sido propostas tempestivamente, o pretor, antes de iniciar a *fórmula*, "(...) escrevia uma introdução (preliminar), na qual advertia ao juiz que, sem examinar o mérito, deveria absolver o réu. A essa parte introdutória, porque se apresentava antes da fórmula, se chamou de *praescriptio (prae-scriptio)*." (TRIPPO, 2004, p. 29).

Na concepção atual, poder-se-ia conceituar a prescrição penal, como "(...) a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo." (JESUS, 2008, p. 17).

José Frederico Marques **apud** Lozano Jr. (2002, p. 21), também a descreve nesse sentido, como sendo "A extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo".

Assim o faz largamente a Doutrina. A definição de prescrição, como aquela que "extingue o direito de punir do Estado" (CAPEZ, 2007, p. 572), é majoritariamente consagrada nos manuais de Direito Penal.

Com a máxima e devida vênia, ousamos discordar nesse ponto dos nobres e preclaros doutrinadores.

Não parece o mais sensato conceituar a prescrição penal como a perda ou extinção do direito de punir do Estado. Os próprios doutrinadores, após exarar esse conceito de prescrição, estabelecem como suas espécies, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

Uma vez listando estas como espécies de prescrição, os insignes autores rezam pela perda ou extinção da *pretensão* propriamente, e não do direito de punir pelo não exercício da pretensão. Ora, se ao entender que a prescrição acarreta a perda do direito de punir, de melhor técnica seria, segundo o seu entendimento, desmembrá-la em prescrição do poder punitivo ou do poder executório.

Conforme já foi visto, Direito de punir (*jus puniendi*) e direito de executar (*jus executionis*) difere-se da compreensão de pretensão punitiva e pretensão executória.

A prescrição afeta notoriamente o exercício da pretensão punitiva e da pretensão executória, e não o direito de punir em si. O direito de punir é permanente, constante, não se extingue ou se perde no tempo. Logo, é a extinção da pretensão punitiva ou executória que poderá conduzir a uma eventual extinção da punibilidade. Quiçá poderia ventilar-se que a prescrição incide como uma limitadora do *jus puniendi* estatal, de modo a restringir sua aplicação, mas jamais classificá-la como instituto que causa a perda ou extinção daquele.

Insta trazer a lume que, se pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio, e prescrição extingue propriamente a pretensão, poder-se-ia conceituar prescrição como sendo *a inexigibilidade do poder estatal em subordinar o direito de liberdade do indivíduo, ocasionado pela extinção da pretensão punitiva ou executória, pelo decurso do prazo previsto em lei*. Em outros termos, o que ocorre é a extinção da pretensão, seja ela punitiva ou a executória.

Esse conceito, abrange ambas as pretensões, servindo como limitador a sentença penal condenatória que transitou em julgado.

Há quem conceitue, ainda, a prescrição como sendo "(...) a renúncia do Estado ao efetivo direito de punir" (Bento de Faria **apud** Lozano Jr. 2002, p. 21).

Para essa corrente de doutrinadores, a prescrição atuaria como uma espécie de renúncia ou abdicação ao direito de punir, provocada pelo próprio ente estatal em decorrência do lapso temporal. Esse pensamento é deveras coerente na medida em que não propõe a "perda" ou "extinção" do direito de punir do Estado, mas tão somente uma renúncia ou abdicação ocasionada por sua própria negligência.

3.2 Evolução Histórica

O instituto da prescrição penal possui fortes raízes no direito Romano. Foi lá que se captou as noções, ainda cruas, de como seria a prescrição na forma atual.

Cogita-se que a prescrição tenha surgido pela primeira vez na história com a elaboração da "*lex Julia de Adulteriis*, século XVIII a.C., provavelmente anos de 1736 ou 1737 a.C." (MACHADO, 2000, p. 86), na época do imperador Augusto.

O mencionado diploma legal, previa a prescrição quinquenal, para delitos como estupro e lenocínio. O prazo de cinco anos aferia-se à realização das festas Lustrais, onde se celebrava o perdão dos indivíduos e das cidades.

A prescrição, então, ganhou corpo no direito Romano, onde se estabeleceu posteriormente, a prescrição vintenária como regra na legislação do Império.

Entretanto, a maioria da Doutrina entende que no Direito Romano vigorava tão somente a prescrição da pretensão punitiva, não sendo concebida a prescrição após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido, a lição de Maria Regina Trippo (2004, p. 34), a qual, ao compendiar a prescrição penal na era clássica, o faz asseverando que:

Em suma, nos primórdios, a imprescritibilidade vigorava solitária, porque o tempo era desconsiderado para a punição. Avançando no curso da História, o durante a Antiguidade, conheceram da prescrição os povos mais evoluídos e civilizados, quando suas culturas atingiram o auge. certo que se restringiram à prescrição da ação, vislumbrando-a, em princípio, sob o enfoque processual (melhor colheita da prova e evitar negligência dos acusadores) e, após, sob a perspectiva material (presumida expiação do réu). Os crimes envolvendo estado da pessoa, os atozes e os bastante afrontosos à religião permaneceram imprescritíveis.

Dessa maneira, é possível se aferir a crucial importância com que o Direito Romano contribuiu para o início da formação da prescrição em matéria penal, uma vez que foi a civilização mais bem organizada que aplicou o instituto, o que veio a trazer inúmeros benefícios para sua posteridade.

Com a queda do império romano, que sucumbiu perante às tribos bárbaras, dando início a idade média, houve uma manutenção da figura da imprescritibilidade como padrão, dado ao retrógrado estágio cultural dos invasores. Estes, muito aprenderam com o legado deixado pela antiga Roma.

A situação tornou a evoluir a partir do século XVII, na França, onde a jurisprudência desse país admitiu que da sentença condenatória "se originava, contra o condenado, uma *actio iudicati*, à qual foi aplicada a prescrição romana trintenária. Nascia a prescrição da condenação na história" (TRIPPO, 2004, p. 36).

Influenciado pelos ideais iluministas, em 25 de setembro de 1791, "o país fixou, pela primeira vez, em lei, a prescrição da condenação, a se consumir em vinte anos" (TRIPPO, 2004, p. 36). Reconheceu-se essa prescrição para todas os gêneros de delitos "pelo *Código do 3º Brumário* de 1791 (código dos delitos e das penas), no qual se fixou prazo de três anos para a prescrição da ação e de vinte anos para a execução das penas" (TRIPPO, 2004, p. 36).

No Brasil, em se tratando de período colonial, vigorou a imprescritibilidade. As ordenações Filipinas, de 1603, que foram revistas pelo rei D. João IV, em 1643, em seu livro V, estabelecia espécies de causas extintivas de punibilidade, como o perdão do ofendido, mas não propriamente a prescrição.

O instituto somente veio a calhar após ter sido proclamada a independência, no ano de 1832, com o aparecimento do Código de Processo

Criminal, que "consagrou a prescrição da ação, na Parte II (*Da forma do processo*), Título II (*Do processo em geral*), destinando-lhe o primeiro capítulo" (TRIPPO, 2004, p. 39).

3.3 Natureza Jurídica

Muito se debate acerca da natureza jurídica da prescrição penal. A Doutrina majoritária entende ser esta instituto de direito material; uma segunda corrente entende possuir cunho processual; enquanto que um terceiro posicionamento defende a idéia de caráter misto.

A mera circunstância de estar prevista no Código Penal pátrio, não torna de plano a prescrição um instituto de direito material, já que, *v.g.*, ela impede que o Estado exerça a pretensão punitiva, o que reluz a uma consequente não instauração da ação penal.

A percepção acerca da natureza jurídica da prescrição está intrinsecamente relacionada com o seu conceito adotado.

Como a Doutrina, de modo preponderante, adota como conceito de prescrição a perda ou extinção do poder de punir do Estado, fatalmente conceberá a sua natureza de direito material, uma vez que direito de punir está compreendido no direito penal, e não processual.

Por outro lado, caso se sustente que o que ocorre é a prescrição da *ação penal*, por vias lógicas, deverá também se defender a natureza processual da prescrição penal.

Com relação a este último posicionamento, mister invocar, a título exemplificativo, o Código Penal Argentino, em seu artigo 59, *in verbis*:

ARTICULO 59.- La acción penal se extinguirá

1º. Por la muerte del imputado.

2º. Por la amnistía.

3º. Por la prescripción.

4º. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

É possível se perceber a diferença de tratamento com relação à legislação brasileira: enquanto que em nosso vizinho portenho a prescrição é tratada como espécie de extinção da ação, no sistema pátrio ela é taxada como uma causa extintiva da punibilidade.¹

Nesse contexto, com a Doutrina desse país lecionando a ocorrência da prescrição da ação penal, coerente seria entendê-la como pertencente ao ramo processual do direito.

Por derradeiro, a teoria mista reza que o instituto da prescrição se compreende entre os dois ramos do direito, tanto o material como o processual, justamente por possuir características típicas de ambos.

No que tange ao conceito de prescrição penal adotado no presente estudo, qual seja, de extinção da pretensão propriamente, onde se verifica notada renúncia ao direito de punir por parte do Estado, de rigor confluir ao primeiro e majoritário posicionamento.

Assim como o direito de punir, a pretensão punitiva, *lato sensu*, se relaciona ao direito material, logo, "o cancelamento dessa pretensão deve participar da mesma natureza" (Oscar Vera Barros, 1960, p. 44, **apud** Jesus, 2008, p. 18).

Em que pese ser consagrado a concepção de que a prescrição penal efetivamente possui caráter de direito material, forçoso reconhecer que a mesma possui consequências na seara processual.

Insurge-se sobre o assunto José Júlio Lozano Jr. (2002, p. 24), pontuando que:

É certo que a extinção da punibilidade também gera efeitos processuais, por exemplo, a rejeição da denúncia (CPP, art. 43 inciso II)² ou a concessão de

¹ Vide tópico 1.4 desse estudo.

² A remissão é feita ao artigo 43 do CPP, que foi revogado pela lei 11.719/08, e corresponde atualmente ao artigo 395 do próprio CPP.

habeas corpus para trancamento da ação penal em razão da ocorrência de constrangimento ilegal (CPP, artigo 648, inciso VII), a devolução da fiança em determinadas hipóteses de prescrição (CPP, arts. 336, parágrafo único, *a contrario sensu*, e 337), etc.

Chega-se a conclusão de que, muito embora a prescrição seja apta a gerar efeitos na esfera processual, são estes meros resultados de sua ocorrência, cuidando-se, pois, de instituto de direito material.

A discussão a respeito da natureza jurídica do instituto da prescrição penal, consubstancia-se em razão da possibilidade ou não da retroatividade da lei penal processual quando for favorável ao réu.

Os que acreditam ser a prescrição investida de essência processual, suplicam pela aplicação do princípio *tempus regit actum*, que prevê a aplicabilidade da lei que ao tempo vigorava, e, considerando ainda que não versa sobre matéria penal, não poderia a lei posterior retroagir, ainda que mais benéfica ao acusado.

Hodiernamente, como se pacificou a noção de que a prescrição penal é instituto de direito material, o debate perdeu substancialmente razão de perecer, sendo que, se a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para beneficiar o réu, caso contrário, manter-se-á o diploma legal antecessor.

3.4 Fundamentos

A Doutrina elenca várias teorias que alicerçam a existência da prescrição em matéria penal.

Uma das principais, indubitavelmente, é a chamada *Teoria do Esquecimento*. Para esta, "(...) o decurso do tempo havido desde a prática do delito sem a devida condenação e a respectiva execução desta, faz com que o crime seja esquecido pela sociedade, inexistindo interesse a ser protegido" (MACHADO, 2000, p. 89). "A indignação pública, o sentimento coletivo de insegurança, e os reclamos pela retribuição do mal do crime esvaem-se" (TRIPPO, 2004, p. 46).

Desta forma, não há interesse por parte do Estado em punir o agente quando o crime cometido por este se deu há longo período de tempo, justamente por que, duas das funções da pena (punição e prevenção genérica), não mais alcançariam seus objetivos.

Uma segunda teoria muito aclamada, é a denominada de *Teoria da Correção ou Teoria da emenda*. Segundo sua doutrina, o longo tempo transcorrido desde a prática do crime, gera, se o agente não mais delinuiu, uma presunção de que o mesmo se reabilitou. Destarte, essa teoria invoca a terceira função da pena, tendo como idéia a prevenção especial ou específica, que roga pela recuperação do condenado para que seja reinserido ao seio da sociedade.

Esta última, no saber de Maria Regina Trippo (2004, p. 48), é criticada por não considerar as demais funções existentes na pena.

Todavia, ao considerar ambas as teorias acima como fundamentadoras da prescrição, se obtém o panorama mais abrangente, de modo a atender de modo satisfatório os fundamentos do instituto objeto desse estudo.

Ademais, a Doutrina ainda lista outras teorias que embasam a prescrição penal, como a *Teoria da Prova*; *Teoria da Extinção dos Efeitos Antijurídicos*; *Teoria Psicológica*; *Teoria da Expição Moral*.

3.5 Efeitos

Como é sabido, a sentença condenatória penal possui os chamados efeitos primários e secundários. Além desses, também há os chamados efeitos extrapenais, como o que ocorre nas hipóteses dos artigos 91 e 92 do Código Penal.

A prescrição conhecida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, se estivermos perante a prescrição da pretensão punitiva, afastará todos os efeitos penais, principais e secundários, e extrapenais.

Nos ensinamentos de Maria Regina Trippo (2004, p. 46):

O réu é considerado inocente. A condenação não consta na folha de antecedentes, salvo se requisitada por juiz criminal. O valor da fiança é devolvido. Impede o início ou o prosseguimento da persecução criminal em juízo, pelo que impõe o trancamento do inquérito ou a extinção, de plano, da ação, necessariamente antes do exame do mérito. Seus efeitos, portanto, são tão amplos quanto os de uma sentença absolutória.

Ainda, segundo José Julio Lozano Jr. (2002, p. 46), "Outro efeito é o de impedir a análise do mérito da acusação, pois extinto o direito de punir do Estado, fica impossibilitado o exame de uma pretensão que não mais existe."

Nessa esteira, a *contrariu sensu*, também não poderia o acusado suplicar pela sua absolvição, uma vez que "o reconhecimento da prescrição exclui a apreciação de outras preliminares e do mérito. Se o instituto tivesse caráter processual, o réu poderia renunciá-lo e exigir um julgamento de mérito, por acreditar na sua inocência. Mas como se trata de instituto de direito material, tal possibilidade não existe, pois o fundamento político-criminal da prescrição prevalece sobre as pretensões do réu" (Luiz Carlos Betanho, 1994, **apud** José Júlio Lozano Jr, 2002, p. 46).

Atinente ao tema, a súmula 241 do extinto TFR, preconizava que "A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal".

Diante disso, por se cuidar de instituto de direito material, mesmo que o réu opte por continuar o processo para provar sua inocência, não poderá fazê-lo. A prescrição é matéria de ordem pública, podendo e devendo ser reconhecida, até mesmo *ex officio*, a qualquer momento processual.

Não obstante a respeito dos efeitos da prescrição, além de ser causa expressa de absolvição sumária (artigo 397 IV do CPP), o artigo 395 do CPP preconiza da seguinte forma:

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.

O antigo artigo 43 do CPP previa como hipótese de rejeição da denúncia a existência de extinção da punibilidade, pela prescrição ou outra causa. Em seu inciso III, previa também a rejeição quando fosse manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida por lei para o exercício da ação penal.

Entende, por esta última, que deveriam estar presentes as condições da ação penal, assim como é no atual inciso II do artigo 395 do CPP.

Mesmo sob a vigência da lei antiga, onde se previa expressamente a rejeição da denúncia caso se verificasse a prescrição, já se entendia que incidência dessa gerava ausência de uma das condições da ação penal, qual seja, o interesse de agir.

Segundo Hélio Tornaghi (1987) **apud** Machado (2000, p. 131), "interesse de agir é a relação entre a utilidade da ação judicial e a pretensão de promovê-la".

Trata-se da consagração do princípio da economia processual, de modo que "subordina-se o início da ação penal à necessidade, à adequação e à utilidade que a ação penal possa representar ao Estado, encarregado de julgá-la" (NUCCI, 2008, p. 710/711).

O STJ, inclusive, já se manifestou sobre o tema, no seguinte julgado:

HC - PENAL - PRESCRIÇÃO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - A prescrição extingue a punibilidade. Cessa o interesse de agir, quando se refere à pretensão punitiva e afasta o poder de punir no caso da pretensão executória. Evidencia-se, então, o direito público subjetivo de cessar a *persecutio criminis*" (HC 1.833/RJ, 6ª Turma, Min. Rel. Vicente Cernicchiaro)

Assim, "é forçoso reconhecer que a prescrição penal, uma vez ocorrida, é condição de ausência de interesse de agir por absoluta ausência de utilidade no deslinde da ação penal" (MACHADO, 2000, p. 131).

Cumprindo ainda discorrer, devido sua crucial importância, a respeito do inciso III do mencionado artigo, que ostenta a falta de justa causa como caso de rejeição da denúncia.

Pelos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 703), "o ideal seria ter reduzido o quadro da rejeição a um só parâmetro: falta de justa causa para a ação penal, que certamente, abrangeria todas as situações".

No entender do autor, e também da doutrina mais sensata, a justa causa abarca as demais situações do artigo 395 do CPP, inclusive o interesse de agir como condição da ação penal.

Prega ainda que melhor é o entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, ao defender que "justa causa, em verdade, espelha uma síntese das condições da ação. Inexistindo uma delas, não há justa causa para a ação penal" (Moura, 2001, **apud** Nucci, 2008, p. 714).

Destarte, tanto se poderia dizer que, uma vez verificada a prescrição, esta representará tanto ausência de interesse de agir como também a falta de justa causa para a ação penal, já que, o conceito dessa última engloba o da primeira.

No caso da prescrição ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se somente os efeitos primários do título executivo, permanecendo, todavia, os secundários e os extrapenais.

Ao examinar os efeitos dessa modalidade de prescrição, Damásio E. de Jesus (2008, p. 96/97), sustenta que:

(...) embora incidente a prescrição da pretensão executória, a sentença condenatória pode ser executada no juízo cível para efeito de reparação do dano (CPP, art. 63). Se o condenado efetuou a prestação da fiança, seu valor, não obstante a extinção da punibilidade, fica sujeito ao pagamento das custas e reparação do dano (CPP, art. 336 e parágrafo único).

Extinta a punibilidade pela prescrição executória, a extradição se torna inexecutável.

Em suma, ocorrida a prescrição após transitar em julgado a sentença, somente ficará isento o criminoso de cumprir propriamente a pena a ele imposta, por se tratar de mero efeito primário da sentença.

3.6 Espécies

As espécies de prescrição na legislação brasileira se dividem em Prescrição da Pretensão Punitiva e Prescrição da Pretensão Executória, incidindo como diferenciador entre ambas a sucessão do transito em julgado da sentença condenatória.

A prescrição da pretensão executória, ocorrerá após o transito em julgado da sentença condenatória, e, consoante artigo 110 *caput* do CP, regula-se pela pena aplicada, observando-se os prazos elencados no artigo 109, aumentando-os em um terço caso o condenado seja reincidente.

A primeira, ainda se subdivide em quatro: Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita; Prescrição Retroativa; Prescrição Superveniente ou Intercorrente e Prescrição Retroativa Antecipada ou Virtual.

A Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita encontra amparo legal no artigo 109 do CP, a saber:

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

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

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

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

Como espécie de prescrição da pretensão punitiva que é, só poderá ocorrer antes do transito em julgado da sentença condenatória, e irá regrar-se pela

pena máxima cominada ao delito, de acordo com a tabela prevista nos incisos do dispositivo legal supra.

A prescrição retroativa, a seu turno, cuida-se daquela que, assim como a anterior, se efetuará antes do trânsito em julgado da sentença, entretanto será regulada pela pena em concreto, em razão de já haver ocorrido trânsito em julgado para a acusação ou improvido do seu recurso.

A prescrição retroativa sofreu mudança substancial com o advento da Lei 12.234/10 de 5 de maio de 2010, que alterou o artigo 110 do CP, excluindo o § 2º e deixando o primeiro com a seguinte redação:

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, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

A priori, de rigor advertir a falta de técnica terminológica legal com que agiu o legislador, já que, ao extinguir o § 2º, de melhor feita seria nomear o subsistente como parágrafo único.

As mudanças trazidas pela lei foram significativas. Na redação anterior, a prescrição retroativa podia ser verificada desde a prática do ilícito penal, ou seja, era tanto averiguada entre o data do crime e a do recebimento da denúncia, como entre esta e a publicação da sentença penal condenatória. Sob a égide da nova lei, somente poderá incidir a prescrição retroativa entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, por disposição expressa do artigo 110, § 1º do CP.

Outrossim, o diploma legal alterou o inciso VI do artigo 109 do CP, aumentando o prazo mínimo de prescrição de dois para três anos.

Cumprе salientar, ainda criticando a técnica do legislador, que a aludida lei pecou em seu artigo 1º, uma vez que prevê a alteração dos artigos 109 e 110 do CP para "excluir a prescrição retroativa".

Ora, a inovação legislativa não baniu do ordenamento jurídico a prescrição retroativa, apenas restringiu sua aplicação ao lapso temporal compreendido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença penal condenatória, não se podendo, pois, falar em exclusão da mesma.

No tocante à prescrição intercorrente ou superveniente, esta se define como aquela que, havendo transito em julgado para a acusação ou ocorrendo o improvimento de seu recurso, ocorrerá a partir da data da publicação da sentença. Ela, assim como a retroativa, se regula pela pena em concreto. Deste modo, se já tiver depurado-se o tempo atinente a prescrição em relação a pena aplicada, após a publicação da sentença, sem que tenha havido o transito em julgado da mesma, isso é, sem que tenha sido julgado o recurso interposto pelo réu, ocorrerá a prescrição intercorrente ou superveniente.

Por derradeiro, existe a chamada prescrição retroativa antecipada ou virtual. O conhecimento desta prescrição é questão polêmica entre os doutrinadores e tribunais. Ela consiste em reconhecer a prescrição retroativa de maneira antecipada, antes propriamente que haja sentença em primeira instancia, por se averiguar que inevitavelmente será aplicada a pena mínima cominada do delito ao réu.

Assim, em casos excepcionais e onde estiver notoriamente comprovadas as circunstâncias do crime, personalidade do agente e sua culpabilidade *in casu*, ao se certificar que, ao final do processo, será aplicada a pena mínima cominada ao delito, reconhece-se a prescrição para que não se permaneça consumindo tempo, que tanto assola a máquina do judiciário, bem como para se evitar demasiados gastos inúteis com o processo, a luz do princípio da economia processual. A corrente que sabiamente defende sua aplicação, prega a inexistência de interesse de agir e justa causa para a ação penal nesses casos.

Muito embora seja essa tese aplicada com certa frequência em se tratando de 1ª instancia da Justiça, ela é abundantemente rechaçada pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), sob o argumento principal de não existir previsão legal. O STJ, inclusive, editou a Súmula 438, onde se posiciona de modo contrário a aplicação da prescrição virtual.

A prescrição retroativa antecipada, sob a vigência da Lei 12.234/10, naturalmente só poderá ser aplicada após o recebimento da denúncia, ou seja, com a ação penal em andamento.

Assim sendo, como ocorre hodiernamente com a prescrição retroativa, apenas poderá ser conhecida entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença penal condenatória, já que a lei nova extinguiu parcialmente a prescrição retroativa.

3.7 Prescrição e Decadência: Diferenciação

A prescrição extingue a pretensão do Estado em punir e impor a sanção ao indivíduo, tratando-se de eminente limitadora do direito de punir estatal, gerando como consequência a extinção da punibilidade, isso é, a impossibilidade de se estabelecer a relação jurídico-penal entre o Estado e o transgressor na norma incriminadora.

Segundo o magistério de Damásio E. de Jesus (2008, p. 21), "na prescrição, a pretensão do Estado é extinta diretamente. Em face disso, o direito de ação é atingido por consequência. Na decadência, ao contrário, em primeiro lugar é extinto o direito de ação e, por via indireta, é atingida a punibilidade."

Como corolário dessa linha de pensamento, os conceitos de prescrição e decadência em matéria penal seriam manifestamente diversos aos do que se estabelece no direito civil, onde segundo Maria Helena Diniz (2001, p. 271), a prescrição cuida-se da extinção da ação e por via oblíqua o direito, enquanto que a decadência extingue o direito e indiretamente a ação.

Todavia, essa conceituação peca por não considerar que a decadência, no âmbito penal, pode se operar de duas formas: como limitadora da propositura de queixa crime, bem como do direito de representação.

Na primeira, o ofendido tem a faculdade de dar início a ação privada no prazo de seis meses, sob pena de decair seu direito. Na segunda, o mesmo prazo é

computado para o indivíduo prejudicado manifestar sua vontade de dar prosseguimento a ação penal. Vale ressaltar que no último caso, a representação é apenas uma condição de procedibilidade da ação penal, tratando-se esta, de ação pública, embora condicionada.

Mesmo nas hipóteses de ação privada, como bem assinala TOURINHO (2007, p. 444/445):

(...) o direito de punir continua pertencendo ao Estado. Este, apenas, concede ao ofendido ou ao seu representante legal o *jus persecuendi in judicio*. Trata-se de um caso, no campo processual penal, de substituição processual. As verdadeiras partes, em qualquer infração penal, são aquelas que têm interesse na lide. De consequência, as partes jurídico-materiais são: o genuíno infrator da norma penal, de um lado, e, de outro, o Estado, como titular exclusivo do direito de punir. Mas, em face daquelas razões já acentuadas, o Estado, a despeito de ser o único interessado em reprimir as infrações, função que ele deve exercer para lograr um dos fins essenciais para os quais foi constituído, transfere ao particular o direito de acusar. O ofendido, então, passa a ser titular da ação penal (nos casos previstos em lei) e ingressa em juízo para, em nome próprio, defender um interesse alheio, vale dizer, um interesse exclusivo do Estado, qual o de reintegrar a ordem jurídica violentada pela ação penal. Por isso se diz que, nas hipóteses de ação privada, o particular é parte extraordinária legítima para agir, porquanto comumente, ordinariamente, a parte legítima para intentar a ação penal é o titular do interesse em litígio, vale dizer, o Estado.

Percebe-se que, mesmo sendo o particular quem promove a ação privada, o direito de punir, a pretensão punitiva e o interesse na lide continua pertencendo ao Estado, seu único e legítimo possuidor.

Nesse contexto, quando a decadência se cumprir na ação privada, representará ao indivíduo uma extinção do direito de promover a ação, já que é titular da mesma nesses casos, representando ao Estado a extinção de sua pretensão punitiva, o que acarretará na exclusão da punibilidade.

Em se tratando da não manifestação de vontade em dar continuidade a persecução penal, ou seja, se o indivíduo não representar contra o infrator, a situação resume-se ao seguinte: para o indivíduo não gerará efeito jurídico algum, já que nesse caso ele não é titular da ação penal, muito menos é interessado ou possuidor da pretensão de punir; para o Estado representará, como ocorre na ação

privada, a extinção de sua pretensão de punir, tendo como consequência a extinção da punibilidade.

Correto, portanto, dizer que a decadência atinge primeiramente o direito de ação quando estivermos diante de ações penais privadas, e indiretamente a punibilidade. Todavia, cuidando-se de manifestação do direito de representar, a decadência verifica-se, tão somente, como extintora da pretensão de punir estatal, já que, nesses casos, o particular apenas manifesta a vontade ou não em prosseguir com a persecução penal.

Finalmente, insta salientar que, até nos delitos de ação privada, onde, por consequência, poderá se operar a decadência, também poderá ocorrer a prescrição. Logicamente, a prescrição nesse crimes só poderá ocorrer após o recebimento da denúncia, isso é, já com a ação penal em andamento, uma vez que o período de decadência para a propositura da ação (seis meses), fatalmente se consumará antes ao acontecimento de eventual prescrição, que possui o prazo mínimo previsto em lei de três anos (para os crimes cometidos após 05 de maio de 2010).

3.8 Prescrição no Direito Comparado

Interessante realizar um estudo da prescrição no direito comparado, mesmo que feito de forma sucinta, afim de que possamos situar e realmente estabelecer comparações entre a prescrição prevista nos ordenamentos internacionais e no Brasil.

Na argentina, a prescrição da ação, como é assim chamada, é prevista no artigo 62 de seu Código Penal, que prevê o máximo de 15 anos de prescrição para os delitos cuja pena aplicada for de reclusão ou de prisão perpétua. Ao passo que, a prescrição mínima é da pena de multa, prevista no parágrafo 5º do mencionado artigo, que estabelece o prazo de 02 anos.

O artigo 65 do Código Penal Argentino ainda prevê a prescrição das penas, que ocorrerão em um prazo máximo de 20 anos, se se tratar de reclusão ou prisão perpétua.

Tal como ocorre no Brasil, o artigo 63 prevê o início da prescrição na data de cometimento do delito, ou, se for contínuo, quando cessar a continuidade (no Brasil diz-se permanência).

Em sede de Direito espanhol, em seu código penal, datado de 1995, em seu artigo 131, prescreve como 20 anos o maior prazo de prescrição, quando a pena assinalada ao delito for prisão de 15 anos ou mais. O aludido dispositivo, elenca também prazos de 15, 10, 05 e 03 anos, sendo esse último para delitos menos graves. Os delitos de calúnia e injúria prescrevem em um ano, e as faltas, em 06 meses.

Os delitos contra a humanidade, genocídio, e os delitos contra as pessoas e bens protegidos em caso de conflito armado, conforme disposto no parágrafo quarto do artigo supra, são imprescritíveis.

A prescrição, na França, é prevista nos artigos 133-2, 133-3 e 133-4 de seu código penal. O primeiro dispõe que, com exceção do determinado no artigo 213-5, que cuida de crimes contra a humanidade, a prescrição se dará em vinte anos.

O segundo traz a prescrição de 5 anos para os delitos, e o terceiro a prescrição de 2 anos para as infrações de menor gravidade.

Na Alemanha, a prescrição é regulada no §78 de seu Código Penal, prevendo a imprescritibilidade para os crimes de genocídio e homicídio (incisos 220a e 211).

Adota ainda a extinção da persecução no prazo máximo de 30 anos para os crimes apenados com prisão perpétua, e um mínimo de 03 anos para crimes com menor gravidade.

Embora os critérios de fixação dos prazos prescricionais variem, percebe-se que o esqueleto do instituto é preservado. Há uma tendência a não se

e elevar demasiadamente os prazos máximos prescricionais, que se inclinam por volta dos 20 anos.

No tocante aos delitos imprescritíveis, as legislações alienígenas enquadra-os somente para os crimes mais graves, como delitos contra a humanidade e genocídio. No Brasil, são considerados imprescritíveis os crimes de racismo e de ação de grupos armados, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV).

4 IMPRESCRITIBILIDADE

4.1 Conceito

A imprescritibilidade, como sugere o prefixo "im" (negação) justaposto, traz a noção de algo que não se sujeita à prescrição, ou seja, especialmente é previsto que, em alguns crimes, a pretensão punitiva do Estado não se extinguirá.

É a "inidoneidade ou ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, de que é detentor o Estado e, assim, crime imprescritível é aquele cuja sanção é perene, podendo o Estado punir, a qualquer tempo" (José Cretella Jr., 1988, **apud** Maria Regina Trippo, 2004, p. 57)

4.2 Fundamentos

Segundo as lições de Maria Regina Trippo (2004, p. 57), os:

(...) fundamentos podem ser bipartidos em materiais ou processuais. Os primeiros sustentam a manutenção contínua da necessidade de punição. Os segundos baseiam-se na conveniência de que a ação penal ou a execução da condenação não se sujeitem a limites temporais.

Ainda discorrendo sobre o tema, a saudosa autora afirma que os materiais se subdividem em totais e parciais. Os primeiros "rechaçam, sem exceção, a prescrição" (TRIPPO, 2004, p. 57). Estão compreendidos neles o dogma da punição dos delitos (todo delito deve necessariamente se sujeitar a uma sanção, não podendo a prescrição impedir essa consequência); e a autoridade estatal, que "considera a imprescritibilidade como medida crucial para o prestígio da justiça

estatal, que é importante sustentáculo para a preservação da consciência moral de toda a coletividade" (TRIPPO, 2004, p. 60), tendo propagado-se durante a Idade Média.

Já os fundamentos materiais parciais, cuidam-se daqueles que vêm a prescrição com certa ressalva, admitindo-a eventualmente. Baseiam-se nas idéias da permanência da periculosidade social e da perpetuidade da memória do fato.

Por fim, os fundamentos chamados de processuais, também podem ser divididos em absolutos e relativos. "Absolutos quando são plenamente inafastáveis. Relativos quando podem ser superados. É o que se dá com um obstáculo, em princípio transponível, ao exercício de punir do Estado" (TRIPPO, 2004, p. 58). A autora remata asseverando que os processuais relativos abrangem os casos de quase-imprescritibilidade.

4.3 Imprescritibilidade no Direito Brasileiro

A imprescritibilidade na legislação pátria possui assento constitucional (artigo 5º XLII e XLIV), e só poderá se verificar em dois casos, vejamos:

Art. 5º. (...)

XLII - A prática de racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...)

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

Desse modo, as únicas hipóteses em que não ocorrerá prescrição será nos crimes de racismo (Lei 7.716/89) e nas ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Lei. 7.170/83).

Fernando Capez (2007, p. 573), doutrina que:

A constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não correrá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea (...)

É evidente que, sendo direito fundamental de qualquer indivíduo, não poderá ser objeto de emenda constitucional o texto que ampliaria as hipóteses de imprescritibilidade, já que estaria adentrando na seara dos direitos individuais, de modo a restringi-los.

Outrossim, qualquer lei ordinária que eventualmente versar sobre o tema, será inexoravelmente considerada inconstitucional.

5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

5.1 Prescrição da Pretensão Punitiva

Trata-se da modalidade de prescrição que se pautará pelo máximo da pena cominada ao delito, chegando-se ao prazo prescricional após se observar a tabela disposta no artigo 109 do Código Penal.

É a prescrição por excelência, já que o artigo 109 "caput" do Código Penal prevê que a prescrição se regula, via de regra, pela pena máxima cominada ao delito.

Insta lembrar que "Pretensão punitiva é a exigência de subordinação do *jus libertatis* dos criminoso ao *jus puniendi* do Estado" (LOZANO Jr., 2002, p. 41). Desta feita, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva se extinguirá a própria pretensão de punir.

Por conseguinte, como estamos nos reportando à pretensão punitiva, obviamente não poderá existir sentença irrecorrível, caso em que somente haverá pretensão de executar a pena imposta pelo título executivo.

5.2 Prescrição Superveniente

É a espécie da prescrição da pretensão punitiva, também conhecida como intercorrente, que ocorrerá somente após a sentença condenatória recorrível. Somente quando houver um édito condenatório em primeiro grau é que estaremos diante da prescrição superveniente (a sentença condenatória).

Será ela orientada pela pena aplicada nessa sentença condenatória, caso haja trânsito em julgado para a acusação (acusação não recorreu) ou tenha o recurso dessa sido improvido (artigo 110, § 1º do CP).

A disposição legal se justifica uma vez que, em não havendo apelação da parte acusadora, não poderá haver aumento de pena da sentença de 1º grau, devendo a prescrição por essa se regular. O mesmo acontece quando, mesmo que a acusação apele, o seu recurso é improvido, de modo a manter a pena aplicada *a priori*.

A Doutrina também defende a hipótese que quando o recurso da acusação não tiver objetivo de aumentar a pena (pode buscar a cassação do *sursis*, a imposição de medida de segurança, agravação da pena de multa, JESUS, 2007, p. 44), também irá se regular pela pena aplicada.

Se houver recurso da acusação, não se contará a prescrição pela pena aplicada na sentença, e sim pela pena máxima aplicável ao delito (não houve trânsito em julgado para a acusação). Caso o Tribunal venha a manter a sentença condenatória de 1º grau (acusação teve seu recurso improvido) se contará o prazo entre a sentença e o acórdão pela pena efetivamente aplicada e confirmada.

Poderá também o Tribunal reduzir a pena imposta pelo juízo *a quo* (em decorrência de recurso da defesa). Nesse caso, o prazo da prescrição irá se regular pela nova pena. Idem se o Tribunal aumentar a pena imposta, situação em que a nova pena aplicada também será computada para fins de prescrição.

O artigo 110 do código penal, teleologicamente, prevê a aplicação da pena em concreto para calcular a prescrição como uma forma de beneficiar o réu, de modo a garantir sua proteção em face de quem detém o poder (Estado).

A prescrição somente é regulada pela pena máxima enquanto não houver pena aplicada, isso é importante se dizer. Por outro lado, se a prescrição fosse pautada pela pena mínima, enquanto não houvesse condenação alguma, poderia gerar sensação de impunidade, em detrimento da sociedade, uma vez que por mais vezes ocorreria a extinção da punibilidade dos delitos.

Ainda é possível que se dê provimento ao recurso da apelação sem alterar efetivamente o prazo prescricional. Também poderá se aplicar o parágrafo 1º do artigo 110 do Código Penal.

A seu turno, caso haja sentença absolutória, não será essa o marco de início para a contagem da prescrição, já que não é causa interruptiva. O prazo prescricional será contado desde o recebimento da denúncia até o acórdão condenatório (se realmente ocorrer o trânsito em julgado em 2ª instância), tendo como referência a pena aplicada pelo colegiado de julgadores.

Destarte, a prescrição superveniente se compreende entre o lapso da sentença condenatória recorrível e o posterior trânsito em julgado do processo, que se efetuará em 2ª, 3ª ou 4ª Instância.

5.3 Prescrição Retroativa

5.3.1 Modificações Trazidas pela Lei 12.234/10

Com o advento da Lei 12.234/10, de 05 de maio, extinguiu-se parcialmente a prescrição retroativa do ordenamento pátrio. O artigo revogado dispunha que poderia a prescrição (regulada pela pena aplicada) ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

A novel disposição preceitua que a prescrição regulada pela pena aplicada, não poderá, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Silencia-se o texto a respeito do período compreendido entre a denúncia e a sentença condenatória recorrível, concluindo-se que foi intenção do legislador extinguir somente a prescrição retroativa atinente ao período compreendido entre a data do delito e denúncia.

Rogério Sanches Cunha (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p.31), assevera que:

o objetivo do legislador assim pode ser explicado: a investigação, enquanto procedimento extraprocessual, sem acusação formal, merece um limite temporal mais amplo, nortado somente pela pena abstrato. Não se conta a prescrição retroativa enquanto tramitou a investigação. Já a partir da inicial acusadora existe um processo (e um constrangimento). A demora na sua tramitação fere o direito constitucional ao prazo razoável. A prescrição retroativa penaliza a demora judiciária (não mais sancionando a demora na investigação).

É preciso, no entanto, ressaltar que a emenda à Constituição nº 45 de 8 de dezembro de 2004, ao acrescentar o inciso LXXVIII no artigo 5º de nossa Lei suprema, assegurou a todos, no âmbito *judicial e administrativo* a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade de tramitação.

Logo, sendo o inquérito um procedimento administrativo de natureza inquisitorial, também estaria sob o manto da garantia constitucional, não prosperando o argumento lançado pelo eminente autor.

A respeito da inconstitucionalidade do dispositivo, o brilhante autor Ricardo Antonio Andreucci (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p. 22), diz que:

(...) a prescrição, em qualquer de suas modalidades (da pretensão punitiva, da pretensão executória, retroativa e intercorrente), se insere na categoria *dos direitos fundamentais de caráter judicial e das garantias constitucionais processuais (Justizgrundrechte* na doutrina alemã), não podendo mais, a partir da inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, pela Emenda nº 45/04, ser suprimida ao bel prazer do legislador ordinário, apenas para simbolicamente apresentar à sociedade uma solução simplista para o precário funcionamento do burocrático e ineficiente sistema processual pena pátrio.

Mais adiante, o autor, defendendo que a prescrição se insere na categoria dos direitos fundamentais, revela que os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição, expressamente prevêm as hipóteses em que os delitos seriam imprescritíveis (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a

ordem constitucional e o Estado Democrático). Sendo que, "não fosse a prescrição garantia constitucional processual, não precisaria ser limitada, ou melhor, tolhida, por normal constitucional insculpida no próprio art. 5º (...)" (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p.23). Bastaria, seguindo seu pensamento, que o legislador infra constitucional dispusesse sobre os crimes que seriam imprescritíveis.

Inequivocamente, é de se comungar o entendimento de que a prescrição se insere na categoria de direitos fundamentais, tendo como sólido argumento o fato da Magna Carta ter tido o cuidado de antever os casos em que os delitos seriam imprescritíveis (não quis deixar essa importante incumbência ao legislador ordinário).

Portanto, é possível concluir que o novo dispositivo acomete-se de uma inconstitucionalidade material, vez que aboliu em parte direito fundamental (CF, artigo 60, §4º, inciso IV).

A prescrição retroativa, que se iniciou na década de 1960 com a súmula 146 do STF, embora seja realmente uma aberração brasileira que sequer deveria ter nascido, não poderia ter sido restringida de tal forma.

"É até tolerável que o legislador ordinário modifique os prazos prescricionais, como fez no art. 2º da Lei 12.234/10, modificando suas balizas, não podendo, entretanto, suprimir espécie de prescrição" (ANDREUCCI; CAMPOS JÚNIOR, 2010, p. 23).

Mais correto, e em consonância com um Estado Democrático de Direito, garantista por excelência, seria consagrar-se o direito de todos à razoável duração do processo, evitando-se, da mesma forma, a impunidade gerada pela extinção da punibilidade em processos que se lastreiam anos afora.

A inovação legal também nada aduz se a data da denúncia seria a de seu recebimento ou de seu oferecimento. Por analogia ao artigo 117, I (que prevê como causa interruptiva da prescrição o recebimento da denúncia ou queixa) tem se entendido que seria a data do recebimento da inicial.

Há quem entenda que a nova Lei, ao se calar, referiu-se ao momento do oferecimento da inicial acusatória. O Procurador de Justiça aposentado, Carlos Frederico Nogueira (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p. 12) leciona que se criou um novo marco, qual seja, o do oferecimento da denúncia. Na prática, como salienta o próprio autor, o oferecimento da denúncia só serviria para obstar a consumação da prescrição do inquérito policial (que se regulará somente pela pena máxima), vez que entre o espaço do oferecimento e do recebimento da denúncia dificilmente se operará alguma espécie de prescrição, mormente quando a lei atual estabelece o prazo mínimo de 03 anos para extinguir a pretensão de punir do Estado.

5.3.2 Conceito e Aplicabilidade

A prescrição retroativa possui sustentáculo legal no mesmo artigo em que se ampara a prescrição superveniente, ou seja, o artigo 110 §1º do Código Penal.

Assim, só é possível se verificar a prescrição retroativa quando houver trânsito em julgado para a acusação (não interpôs recurso) ou quando seu recurso tenha sido improvido.

A diferença entre ambas é que, enquanto a superveniente é contada da sentença condenatória até seu posterior trânsito em julgado, a retroativa é contada para trás: da sentença condenatória volta-se até a data em que foi recebida a inicial acusatória.

Tal como ocorre na superveniente, a prescrição retroativa regula-se pela pena aplicada, e caso o tribunal venha a modificá-la, essa nova pena será usada para se contar a prescrição entre a data do recebimento da denúncia e da sentença condenatória recorrível.

No caso do aumento de pena e seguinte trânsito em julgado no tribunal, poderá também ocorrer forma de prescrição retroativa. Por exemplo, em um crime de furto tentado, o juiz de primeiro grau condenou o réu a 10 meses de

reclusão e o Tribunal aumentou a pena para 2 anos de reclusão, dando provimento ao recurso Ministerial. Ocorrendo o trânsito em julgado, verificar-se-á se ocorreu a prescrição retroativa ou intercorrente com base nesses 2 anos, não podendo se pautar pelos 4 anos (pena máxima) somente porque se deu provimento ao recurso Ministerial.

Quando ocorrer o inverso (o Tribunal diminui a pena imposta pelo Magistrado de 1º grau) fica mais fácil de visualizar-se: a prescrição irá se pautar também pela pena modificada pelo Tribunal, porém, nesse caso, ou houve trânsito em julgado para a acusação (somente o réu recorreu) ou o recurso acusatório foi improvido, dando-se provimento ao da defesa e reduzindo, conseqüentemente, a pena.

Vale aqui ressaltar, mais uma vez, que quando ocorrer o trânsito em julgado, os lapsos prescricionais anteriores a este irão se regular pela concreta, imposta em 1ª instância, no Tribunal, ou nas Cortes Superiores.

Anteriormente, no começo da década de 1970, logo depois que se inseriu a prescrição retroativa em nosso ordenamento, passou-se a exigir, como requisito para a sua aplicação, que houvesse recurso da defesa.

O pensamento perdurou até 1975, onde o Pretório Excelso rechaçou essa necessidade. Logo, a prescrição retroativa, hodiernamente, independe de recurso do réu: transitada em julgado a decisão, a prescrição se dará pela pena efetivamente aplicada.

Quando houver sentença absolutória, entendemos que ocorrerá também modalidade de prescrição retroativa, já que não poderá se operar a superveniente, porquanto não existir sentença condenatória (marco inicial da prescrição superveniente ou intercorrente).

5.4 Prescrição das Penas Restritivas de Direito

De acordo com o artigo 109, parágrafo único do Código Penal, aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos atinentes às privativas de liberdade.

Como se sabe, o artigo 44 do Código Penal prevê a substituição das penas restritivas de direito quando satisfeitas as exigências legais. Desse modo, em uma sentença em que tenha se aplicado uma pena privativa de liberdade e, em seguida, o juiz venha a substituí-la por uma restritiva de direitos, a prescrição dessa se dará como se privativa de liberdade fosse.

Se o Magistrado aplicar pena privativa de liberdade de 1 ano, e convertê-la em um ano de prestação de serviços à comunidade, essa pena prescreverá do mesmo modo que a primeira, ou seja, em 04 anos.

5.5 Prescrição da Multa

Se a multa for a única espécie de sanção cominada no tipo, ou então for unicamente aplicada na sentença condenatória, diz o Código Penal em seu artigo 114, I, que a mesma prescreverá em 02 anos. É um prazo próprio para a pena de multa nesses casos, e que não foi alterada com a Lei 12.234/10, permanecendo em 02 anos.

Já se vier descrito no tipo penal a multa como sanção alternativa (ou) ou como sanção cumulativa (e), ou então quando na sentença o juiz aplicar a pena privativa de liberdade com a multa, está última prescreverá no mesmo prazo estabelecido para a primeira (artigo 114, II), até porque as penas mais leves prescrevem com as mais graves (artigo 118).

O artigo 114 do Código Penal refere-se à prescrição punitiva da multa, ou seja, quando ainda não tenha transitado em julgado. Portanto, os casos lá previstos relacionam-se ou com a prescrição retroativa ou com a superveniente.

Se estivermos diante da prescrição executória da multa (após o trânsito em julgado da sentença), essa se consumará em 05 anos, consoante legislação tributária. Isso porque, nosso Código Penal, em seu artigo 51, aduz que "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

Destarte, "o prazo prescricional (5 anos), as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, a competência e o procedimento para a cobrança passam a ser os da legislação tributária" (CAPEZ, 2007, p. 591), de modo a não mais incidir a legislação penal.

5.6 Termo Inicial

Em que pese nosso Código haver adotado a teoria da atividade no que tange ao tempo do crime, a prescrição começa a correr sempre a partir de sua consumação. Esse é o marco onde começará a se contar o prazo prescricional, e está previsto no inciso I do artigo 111 do Código Penal.

O segundo inciso, por sua vez, trata da hipótese de tentativa, situação em que começará a correr o prazo no dia em que cessar a investida criminosa.

O inciso III cuida dos crimes permanentes, onde só poderá iniciar o prazo prescricional quando cessar a permanência. Os crimes permanentes são aqueles que se prolongam no tempo, de modo que somente haverá início do computo da prescrição quando encerrar-se a atividade delituosa.

Por derradeiro, o inciso IV preconiza que nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, começará a correr o prazo prescricional na data em que o fato se tornou conhecido.

No caso de concurso de crimes, seja continuidade delitiva, formal ou material, a prescrição deverá ser analisada isoladamente, separadamente com relação a cada uma das condutas.

Todavia, há que se tomar cuidado quando se tratar de concurso formal ou de continuidade delitiva, já que, nesses casos, ao se verificar a prescrição pela pena aplicada, deverá se desprezar o acréscimo que eventualmente foi dado, para efeito de contagem de prescrição.

Nesse sentido: Súmula 497 do STF, RT 627/349, 604/383, 597/350, 593/322, 571/335, 508/304).

5.7 Forma de Contagem e Cálculo

Uma vez consagrada como instituto de direito penal, a prescrição seguirá a forma estabelecida no artigo 10 do Código Penal, qual seja:

Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Há que se computar o dia inicial em que começou a correr a prescrição, desprezando-se o dia final. Desta forma, se um crime consumou-se em 03/04/2010, e sua prescrição pela pena em abstrato é de 4 anos, a denúncia deverá ser recebida até 02/04/2014, sob pena de extinção da pretensão punitiva do Estado.

Diferentemente do prazo processual penal, apesar do artigo 798, *caput*, do CPP prever de forma diversa, o prazo prescricional é peremptório, ou seja, ele é improrrogável, irredutível e invencível. Deve ser exercido dentro do prazo estabelecido, senão, a pretensão de punir Estatal estará extinta. Se acabar em final de semana, férias ou feriado, deve ser exercido anteriormente a sua ocorrência.

"O prazo prescricional é calculado em função da pena privativa de liberdade" (CAPEZ, 2007, p. 576). Enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso, será a prescrição regulada pela pena máxima cominada ao delito, nos moldes do artigo 109 do Código Penal.³

5.8 Causas de Redução

São duas as causas que reduzem o prazo prescricional da pretensão punitiva, e estão elencadas no artigo 115 do Código Penal.

Ambas tem o condão de reduzir o prazo prescricional pela metade, seja quando o autor for, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou na data da sentença, maior de 70 anos.

Tempo do crime, para o Código Penal em seu artigo 4º, é quando o mesmo é praticado, e considerando a prática o momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (teoria da atividade).

No entanto, para efeito de início do prazo prescricional, é usada a data em que o delito de consumou (CP artigo 111, I).

No que tange à aplicabilidade da causa de redução da prescrição há um impasse: tempo do crime se refere ao artigo 4º ou ao artigo 111, que aduz sobre os termos iniciais da prescrição?

Pode ocorrer de um agente ter praticado a conduta com 20 anos de idade, vindo o crime a consumir-se quando o autor já completara 21. Nesses casos, deve se observar a data da conduta do agente. Como o código mencionou somente "tempo do crime", devemos nos ater ao conceito de tempo do crime estatuído dentro do próprio diploma legal, sendo proibida fazer uma analogia *in malam partem* ao artigo que prevê os termos iniciais da prescrição.

³ Vide tabela com os prazos prescricionais na página 29.

Na ocorrência de crime permanente, se o agente vier a completar 21 anos, não poderá incidir a aludida causa de diminuição, uma vez que esses crimes se prolongam no tempo. Ou seja, o agente pratica reiteradamente a conduta, inclusive depois de completar os 21 anos, não havendo que se falar em redução do prazo prescricional.

Em relação ao crime continuado (continuidade delitiva), pelo fato da prescrição incidir isoladamente sobre cada um desses delitos, se o agente praticar algumas condutas ainda com 20 anos e outras após, o STF já decidiu (HC 72.690) que a redução somente irá se aplicar aos delitos perpetrados antes do agente completar os 21 anos.

O Código Penal despreza as frações de dias, portanto, no dia em que o agente completar 21 anos, caso venha a praticar o crime, não estará acobertado pela causa de redução; também, para estar amparado pela redução, deverá o agente possuir 70 anos até o dia da sentença condenatória.

5.9 Circunstâncias Judiciais, Agravantes e Atenuantes

As circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, não são levadas em consideração para o cálculo da prescrição. Elas são usadas para fixar a pena base, na 1ª fase da dosimetria da pena, não podendo fixá-la aquém do limite mínimo, não também além do máximo.

Não podendo influir nesses patamares, a prescrição continuará se pautando pela pena máxima, consoante prevê expressamente o Código, em seu artigo 109 *caput*.

O mesmo acontece com as circunstâncias agravantes. Essas, aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena, também não têm a capacidade de diminuir a pena de seu patamar mínimo ou de elevá-la do máximo.

Exceção se impõe ao fato das circunstâncias do agente ser menor de 21 anos na data do fato, ou possuir idade de 70 anos na data da sentença, já que, ambas, além de serem circunstâncias atenuantes da pena (CP artigo 65, I), também foram elencadas pelo legislador como causas que reduzem o prazo prescricional (CP artigo 115).

5.10 Causas de Aumento e Diminuição da Pena

Diferente situação acontece com as causas de aumento ou diminuição da pena. Essas causas são geralmente previstas em forma de fração (v.g. 1/3 a 2/3), e estão previstas por todo o Código Penal e legislação extravagante.

São usadas na 3ª fase da dosimetria da pena, e podem, rebaixar ou aumentar a pena, de modo a descumprir os limites impostos pelo tipo penal.

"Por permitirem que a pena fique inferior ao mínimo ou superior ao máximo, devem ser levadas em conta no cálculo da prescrição pela pena abstrata" (CAPEZ, 2007, p. 579).

Como a prescrição, de acordo com o artigo 109 do Código penal, é regulada pela pena máxima prevista ao delito, devemos, para calcular o prazo prescricional, aplicar à pena a causa que mais aumente ou a que menos diminua, para que sempre se busque à pena máxima que o agente estará sujeito.

Assim, se houver crime tentado (redução de 1/3 a 2/3), deve se reduzir somente 1/3 da pena máxima cominada. Caso haja, v.g., em crime de roubo, o emprego de violência por meio de arma (aumento de 1/3 a 1/2), deve se aumentar o máximo previsto, ou seja, metade da pena.

Após haver diminuído com o mínimo e aumentado com o máximo, chega-se ao máximo da pena que pode ser aplicada ao agente, e, após enquadrá-la na tabela do artigo 109, chega-se ao prazo prescricional para o delito.

Logicamente, tudo isso é feito quando não houver ainda a possibilidade de se calcular a prescrição pela pena em concreto, caso haja, deverá ser por esta a prescrição pautada, uma vez que, na pior das hipóteses, será a mesma que o máximo da abstrata.

5.11 Causas Interruptivas

Pode ocorrer de, uma vez iniciado o prazo prescricional por um de seus termos iniciais, o mesmo venha a se interromper, ante a incidência de uma causa interruptiva da prescrição.

Interrompida a prescrição, começará todo o prazo prescricional a ser contado novamente, desde o dia da interrupção. O prazo é zerado, despreza-se o período já computado anteriormente à ocorrência da causa de interrupção, é o que dispõe o artigo 117 do Código Penal, em seu parágrafo 2º.

As causas interruptivas de prescrição estão previstas no artigo 117 do Código Penal, sendo que, por ora, nos ateremos àquelas que dizem respeito a prescrição da pretensão punitiva. São elas:

Inciso I - Pelo recebimento da denúncia ou queixa: A Doutrina entende que o momento em que se dá a interrupção da prescrição é o da publicação da decisão que recebeu a denúncia ou queixa. Frise-se, a causa de interrupção se pauta pela recebimento, e não pelo oferecimento da exordial acusatória.

"O recebimento do aditamento à denúncia ou à queixa não interrompe a prescrição, a não ser que seja incluído novo crime, caso em que a interrupção só se dará com relação a esse novo crime" (CAPEZ, 2007, p. 579). Nesse caso, teremos lapsos prescricionais com termos interruptivos diversos: o primeiro crime se guiará pela publicação do recebimento da primeira denúncia, já o segundo pela publicação do aditamento da mesma.

Caso a decisão em 1º grau venha a rejeitar a denúncia, não será marco de interrupção da prescrição. Em havendo recurso da acusação, e posterior recebimento pelo Tribunal, "o prazo prescricional é interrompido na data da sessão de julgamento" (JESUS, 2008, p. 79).

No caso de incompetência do juízo, por se tratar o recebimento da denúncia de ato decisório, não poderá também ser marco para interrupção do prazo prescricional, uma vez que este ato será anulado pela incompetência do juízo (artigo 567 do CPP).

Inciso II - Pela Pronúncia: Nos crimes dolosos contra a vida, de competência constitucional do Tribunal do Júri, caso o acusado seja pronunciado, também ocorrerá a interrupção da prescrição. Também será interrompido o prazo na data da publicação da sentença que houver pronunciado o réu.

A causa de interrupção abrange também os crimes que eventualmente guardarem conexão com os de competência do Tribunal do Júri (a conexão importa unidade do processo e de seu julgamento, artigo 79 do CPP).

A súmula 191 do STJ apregoa que "a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime". Assim, pouco importa se o crime foi posteriormente desclassificado, considerar-se-á a decisão de pronúncia como interrupção, mormente ao saber que, nesse caso, será de competência do próprio presidente do Tribunal do Júri o julgamento do crime desclassificado, vez que a desclassificação ocorreu em plenário (artigo 492, §1º e § 2º do CPP).

Se estivermos diante as hipóteses dos artigos 414 e 415 do CPP, quais sejam, impronúncia ou absolvição sumária, não ocorrerá interrupção da prescrição.

Se houver a desclassificação do delito nessa fase processual (pronúncia), não haverá interrupção da prescrição, até porque, caso assim o for, sequer haverá pronúncia (causa interruptiva).

Inciso III - Pela Decisão Confirmatória da Pronúncia: Caso a defesa, inconformada com a pronúncia do réu, recorra da decisão, e o Tribunal venha a confirmá-la, se interromperá, mais uma vez, o prazo prescricional.

Inciso IV - Pela Publicação da Sentença ou Acórdão Condenatórios Recorríveis: A publicação da sentença condenatória ou do acórdão condenatório recorrível também interrompem o prazo prescricional.

A Lei 11.596/07 acrescentou como causa interruptiva de prescrição a incidência do acórdão condenatório recorrível, sendo antes somente prevista a sentença. Além disso, incluiu a "publicação" no início do inciso, denotando o momento exato em que passaria a se contar a prescrição novamente.

Mesmo antes do advento da lei acima, já se entendia que a interrupção ocorreria somente quando da publicação da sentença, já que é o momento em que se dá conhecimento a população do édito condenatório.

Há, nesse contexto da publicação, defensores de que a interrupção ocorreria na publicação da sentença no próprio cartório judicial, e outros na sua publicação na imprensa oficial. Para Delmanto (DELMANTO JR., 2010, p. 433):

Com a nova redação do inciso IV, tendo o legislador sido expresso ao determinar que a interrupção do lapso prescricional se dá com a *publicação* da sentença ou do acórdão condenatório recorrível, pensamos que, até mesmo por segurança jurídica, a publicação tanto do acórdão quanto da sentença deverá ser a do *Diário Oficial*, e não a da antiga "publicação em cartório" no caso de sentença de primeiro grau.

Comungamos do entendimento acima. Somente com a publicação no Diário Oficial é que se dá pleno conhecimento e publicidade ao ato processual. É de se relevar, ainda, que esta foi a intenção precípua do legislador, uma vez que inseriu expressamente que a "publicação" da sentença ou acórdão condenatórios interromperia a prescrição.

Em havendo um édito absolutório, não há que se falar em interrupção, vez que a lei fala somente em sentença ou acórdão que possuam cunho condenatório.

Ainda, anteriormente à Lei 11.596/07, mesmo o Código Penal não fazendo menção ao acórdão condenatório, se entendia que, se o réu fosse absolvido e o tribunal viesse a reformar a sentença de 1º grau, condenando o réu, seria esse acórdão condenatório causa de interrupção da prescrição.

Diziam os doutrinadores que "O CP emprega a expressão 'sentença condenatória' no sentido de 'decisão', não havendo, pois, diferença entre aquela e 'acórdão condenatório' "(JESUS, 2008, p. 85). "Portanto, o que interrompe a prescrição é a primeira sentença condenatória recorrível (monocrática ou colegiada)" (CAPEZ, 2007, p. 580).

Hoje, com a reforma legislativa, esse entendimento é pacífico. Há situações, todavia, que poderão gerar discórdias, como a do acórdão que ratifica a sentença de primeiro grau, mantendo a pena, diminuindo ou aumentando a mesma.

Cumprido, para elucidar essa celeuma, fazer uma distinção entre acórdão confirmatório e o acórdão condenatório (que a lei traz em seu corpo).

Considera-se acórdão condenatório aquele que reforma uma sentença absolutória de primeiro grau, ou então que profere decisão condenatória nos processos de competência originária dos tribunais.

A jurisprudência por vezes já diferiu os entendimentos, como transcrevemos a seguir:

PENAL. LESÕES CORPORAIS LEVES. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. NÃO OCORRÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA PENA APLICADA.

1. Consoante entendimento esposado por esta Corte, o acórdão que confirma sentença condenatória, sem agravamento da reprimenda imposta ao acusado, não tem o condão de interromper a fluência do prazo prescricional. Precedentes. (...) (STJ - REsp 211.835-SP)

Nessa seara, o acórdão confirmatório é aquele proferido no processo que já possui uma condenação anterior, assim, apenas confirma a decisão condenatória já prolatada.

Todavia, importante salientar duas exceções ditas pela jurisprudência: "se o acórdão confirmatório da condenação *umentasse* a pena ou *reformasse* a sentença para mudar-se o crime" (DELMANTO Jr., 2010, 433), nessas hipóteses, mesmo possuindo condenação anterior, estaríamos diante de um acórdão condenatório.

Desta feita, considera-se acórdão condenatório, e idôneo, portanto, a interromper a prescrição, aquele proferido em um processo que absolveu o réu em primeira instância, bem como naquele que, embora tenha sido condenado *apriori*, a pena foi aumentada ou foi conferida definição jurídica diversa a seu crime (*mutatio libelli*), no tribunal.

Segundo Delmanto (2010, p. 433), a intenção do legislador, no projeto de Lei 401/2003 do Senado, que culminou na lei 11.596/07, era a de conferir até mesmo ao acórdão confirmatório o poder de interromper a prescrição. Contudo, o texto aprovado fez menção tão somente ao "acórdão condenatório", não podendo, assim, fazer-se uma interpretação extensiva, fundando-se no argumento de que o legislador quis dizer mais do que efetivamente falou, em detrimento do réu.

Entendemos que, se era do interesse do legislador conferir ao acórdão confirmatório também a virtude de zerar o prazo prescricional, deveria ter trazido essa idéia expressamente, não sendo de boa hermenêutica realizar uma interpretação extensiva nesse caso.

Por derradeiro, no que tange à sentença que concede perdão judicial, caso se entenda possuir essa cunho condenatório, será causa de interrupção da prescrição. Entretanto, a súmula 18 do STJ preconiza que "a sentença concessiva o perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório". Destarte, para esse último entendimento, não seria a sentença concessiva de perdão judicial uma causa de interrupção do prazo da prescrição.

É necessário dizer ainda que, com relação às causas supra descritas, o artigo 117 do CP, em seu parágrafo 1º, assevera que a interrupção da prescrição também se configurará com relação a todos os autores do delito. Deste modo, se interrompeu-se a prescrição com relação ao autor "A", também será interrompida com relação ao co-autor "B" e ao partícipe "C".

O mesmo pode se dizer com relação aos crimes conexos: a interrupção da prescrição com relação a algum deles também estender-se-á aos demais.

5.12 Causas Suspensivas

Diferentemente do que ocorre com as causas interruptivas, as causas suspensivas somente impedem, durante certo tempo, que o prazo prescricional corra, sendo que, ao cessarem seus efeitos, o tempo prescricional começa a correr de onde havia parado, não se retornando ao início.

É computado, portanto, o tempo transcorrido antes da incidência da causa suspensiva, de modo que verificar-se-á a prescrição se, após o encerramento da causa suspensiva, houver transcorrido o prazo que faltava para se extinguir a punibilidade.

O Código Penal, em seu artigo 116, prevê duas hipóteses em que ocorrerá suspensão da pretensão de punir Estatal:

I- Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime: Tratam-se das chamadas questões prejudiciais.

As questões prejudiciais estão consagradas nos artigos 92, 93 e 94 do CPP, e são aquelas que dependem de solução de controvérsia no juízo cível, situação em que deverá se suspender o processo para que se dirima a dúvida. Uma vez verificada uma questão prejudicial no processo penal, isso é, um ponto controvertido que depende de solução no cível, nos termos do artigo 94 do CPP, a

ação penal será suspensa, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, ou a requerimento das partes.

Dámasio E. de Jesus exemplifica (2008, p. 70):

Imagine que o réu, processado por apropriação indébita (CP, art. 168), alegue em sua defesa prévia que o objeto material lhe pertencia ao tempo do fato, questão que está sendo discutida, em ação própria, na esfera civil. O juiz criminal deve suspender o andamento da ação penal até que seja decidida a questão civil, de que depende a existência da apropriação indébita.

Em assim sendo, também estará suspenso o prazo prescricional, enquanto perdurar a suspensão do processo.

II- Enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro: Se o agente estiver cumprindo pena em Estado estrangeiro, não é razoável que se corra a prescrição de ação penal que lhe é movida em território brasileiro, vez que o Estado nada poderá fazer, senão esperar o cumprimento de sua pena para então executar a sanção pendente.

Por essa razão, suspende-se o prazo prescricional enquanto estiver cumprindo a pena.

5.12.1 Suspensão Condicional do Processo (Lei 9.099/95)

A lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na órbita da Justiça estadual, também inovou instituindo uma benesse consistente na suspensão condicional do processo, pelo prazo de 2 a 4 anos.

Satisfeitos os requisitos legais, dentro os quais o de a infração não possuir pena mínima cominada superior à 1 ano, o processo é suspenso, mediante

algumas condições. Encerrado o prazo da suspensão, se o acusado não descumpriu nenhuma das condições, sua punibilidade é extinta.

Durante o período da suspensão condicional do processo, o prazo atinente à prescrição também não correrá, por força do parágrafo 6º do artigo 89 do diploma legal.

Assim, se a suspensão for revogada, dar-se-á prosseguimento ao processo e ao prazo prescricional, considerando, porém, para efeitos de prescrição, o período percorrido entre o recebimento da denúncia e a aceitação da proposta de suspensão do processo.

5.12.2 Suspensão do Processo (artigo 366 do CPP)

O artigo 366 do CPP disciplina que se o acusado, citado por edital, não compareça nem constitua defensor, se suspenderá o processo e o curso da prescrição.

A intenção da lei é não privilegiar o indivíduo que busca se esconder e não cooperar com o regular andamento da processo, com a intenção de permanecer no anonimato para que ocorra eventual prescrição.

Acertadamente, o legislador cuidou da hipótese em que o acusado encontra-se em lugar não sabido, prevendo a suspensão do processo e da prescrição até seu retorno.

Muito se debatia a respeito de até quando poderia se manter suspenso o prazo prescricional, já que o artigo 366 apenas regravava a suspensão, e não seu período.

Alguns se posicionavam que o processo e a prescrição deveriam ficar suspensos por 20 anos, que é o prazo máximo para prescrição dos delitos. Outros, defendiam que deveria a suspensão pautar-se pela pena máxima cominada ao crime, de acordo com os prazos prescricionais do artigo 109 do CP. Ainda havia

quem pensasse que poderia o processo ficar suspenso por tempo indeterminado, até que o acusado comparecesse em juízo.

Por incrível que pareça, o Pretório excelso, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 460.971/RS, no ano de 2007, consagrou esse último entendimento. A seguir, trecho do julgado:

A Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do tribunal de justiça local que mantivera decisão que, ao declarar a revelia do ora recorrido (CPP, art. 366), suspendera o curso do processo, mas limitara a suspensão do prazo prescricional ao da prescrição em abstrato do fato delituoso. Inicialmente, afastou-se a alegação de ofensa ao art. 97 da CF, no sentido de que a interpretação dada pela Corte *a quo* ao citado art. 366 do CPP consubstanciar-se-ia em uma espécie de controle de constitucionalidade. Asseverou-se, no ponto, que no controle difuso, a interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade prevista naquele dispositivo constitucional. No tocante à suspensão da prescrição, entendeu-se que a Constituição não veda que seu prazo seja indeterminado, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu-se que a Constituição se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII e XLIV), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos. Por fim, considerou-se inadmissível sujeitar-se o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, visto que, do contrário, o que se teria seria uma causa de interrupção e não de suspensão. RE provido para determinar a suspensão da prescrição por prazo indeterminado. Precedente citado: Ext 1042/Governo de Portugal (j. em 19.12.2006).

Criava-se uma hipótese de imprescritibilidade que a Constituição Federal não previa. Beira o absurdo o entendimento de que poderia o processo ficar suspenso, *v.g.*, 40, 50, 60 anos, e que depois pudesse dar prosseguimento ao mesmo. Seria inutilizar o direito a todos a razoável duração do processo, de sorte que, partilhando essa idéia, regressaríamos aos tempos medievais.

Felizmente, no final de 2009, o STJ editou a súmula 415, regendo que o período da suspensão da prescrição é regulado pelo máximo da pena aplicada.

Deste modo, para chegar-se ao prazo máximo em que poderá ficar suspenso o processo, deve se verificar a pena máxima cominada ao delito, inserindo-a na tabela do artigo 109 do CP.

Durante esse período a prescrição não correrá. Com o comparecimento do réu ou findo o prazo da suspensão, dar-se-á continuidade ao prazo prescricional, computando-se o lapso já percorrido entre o recebimento da denúncia e a suspensão do processo pelo artigo 366 do CPP.

5.12.3 Suspensão Atinente a Imunidade Parlamentar Processual

Antes da emenda constitucional nº 35/2001, as denúncias oferecidas em desfavor de um membro do congresso nacional dependiam de prévia licença da respectiva casa a que pertencia o parlamentar infrator para que fosse instaurada a ação penal.

Com a vinda da emenda, não é mais necessária a autorização para se processar o parlamentar, contudo, após recebida a denúncia, a casa a que pertence o parlamentar (senado ou câmara dos deputados) deverá deliberar em 45 dias, contados da ciência da casa respectiva, se ação penal será sustada.

Diz-se que a inovação não foi muito acertada, pois, ao retirar a necessidade de autorização, conferiu à casa a possibilidade de suspensão da ação penal, o que, em termos práticos, não denota mudança significativa.

O pedido de sustação, que somente poderá ser feito para crimes ocorridos após a diplomação, deverá ser aprovado por maioria dos membros da casa correspondente.

Caso o pedido de sustação seja aprovado, o processo ficará suspenso enquanto durar o mandato do parlamentar, sendo suspensa também a prescrição durante o período (CF, artigo 53, §5º).

Após o término do mandato, o processo continua, sendo que a prescrição também voltará a correr, sem se desprezar o período compreendido entre o recebimento da denúncia e o da sustação pela casa. Por não ser mais parlamentar, o processo será encaminhado do STF para a justiça de 1ª instância.

5.12.4 Suspensão Pela Expedição de Carta Rogatória

Preconiza o art. 368 do CPP, que "*Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento.*"

Logo, não correrá também o prazo de prescrição durante o período que estiver pendente a carta rogatória.

Assim, "Tem-se como termo inicial da suspensão a expedição da carta rogatória e final sua juntadas aos autos, devidamente cumprida". (LOZANO Jr., 2002, p. 154).

5.13 Prescrição em Crimes Conexos e Complexos

Dispõe o artigo 108 do Código Penal que a extinção da punibilidade (inclusive a prescrição) de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, não se estende a este último.

São as hipóteses de crimes complexos, que são aqueles em que, parte de sua conduta típica constitui, por si só, um crime autônomo. Assim, a prescrição desse crime autônomo não afetará o primeiro crime.

Exemplificando, em um "crime de extorsão mediante sequestro, a prescrição do sequestro em nada afeta o tipo complexo do art. 159 do CP". (CAPEZ, 2007, p. 583).

Da mesma forma, a prescrição da circunstancia agravante (que constitui crime) também não afetará a prescrição do crime agravado. V.g, em um crime de lesão corporal grave, qualificada por haver resultado perigo de vida, a prescrição do crime previsto no artigo 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem) em nada afetará a lesão corporal grave, continuando essa a se manter qualificada por aquela circunstância.

Por sua vez, a segunda parte do artigo 108 do Código Penal cuida dos crimes conexos, situação em que a prescrição de um deles não impedirá, com relação ao que subsistir, a agravação da pena pela conexão.

Exemplo: "homicídio qualificado pelo fim de assegurar ocultação de crime anterior (art. 121, §2º, V, do CP). A prescrição do crime anterior que se quis ocultar não extingue a qualificadora do fim de garantir a ocultação de crime anterior (...)" (CAPEZ, 2007, p. 583).

Nesse caso, se o crime anterior que se procurou ocultar estiver prescrito, o homicídio permanecerá qualificado pelo fim de garantir a ocultação desse crime.

5.14 Momento de Declaração

Via de regra, pelo fato da Prescrição cuidar-se de matéria de ordem pública, poderá o juiz declará-la de ofício, a qualquer momento e instância processual.

É o que preconiza o artigo 61 do CPP: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício". O seu não reconhecimento *ex officio* possibilitará até mesmo a configuração de coação ilegal, ensejando a faculdade de impetração de *Habeas Corpus*.

Poderá, inclusive, reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição durante o inquérito policial, caso essa já tenha se efetivado pela pena máxima cominada ao crime.

A ocorrência da prescrição também impede o exame do mérito da causa: mesmo que seja do agrado do acusado persistir com a causa para provar sua inocência, não poderá fazê-lo: será declarada a extinção de sua punibilidade.

Com relação a prescrição retroativa, a maioria dos doutrinadores lecionam no sentido de que o juiz de primeira instância não poderia reconhecê-la, mesmo em face do trânsito em julgado para acusação, uma vez que, após sentenciar, estaria esgotada sua jurisdição sobre o processo.

Dámasio E. de Jesus (2008, p. 144/145) nos ensina que o juiz não poderia, após esgotada sua jurisdição, reconhecer a prescrição. Afirma ainda o festejado autor que, em sede de execução, o juiz poderia somente reconhecer a prescrição da pretensão executória, sendo impedido de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva retroativa pois estaria desconstituindo uma sentença do juiz de mesmo grau de jurisdição.

Nesse último caso, é suposto haver recurso da defesa pleiteando o reconhecimento da prescrição, que indubitavelmente será concedido pelo órgão de julgadores.

No entanto, é preciso indagar-se: se não houver recurso de nenhuma das partes e a ação penal transitou em julgado já em primeira instância, como ficaria o reconhecimento da prescrição retroativa se o juiz da execução não pode fazê-lo?

Certo é que deverá ser ela reconhecida, caso venha a se operar. Mister lembrar, ainda, que o reconhecimento da prescrição retroativa independe de recurso da defesa, como supomos nesse caso.

Naturalmente, caso os autos já estejam na vara das execuções penais, poderá o condenado pleitear o reconhecimento da prescrição retroativa, já que é um direito incontestável.

Daí porque concordamos com os defensores de que, o próprio juiz de 1º grau poderá reconhecer a prescrição retroativa, caso tenha se operado. Obviamente, não poderá fazê-lo dentro do corpo da sentença, porquanto não se sabe ainda se a acusação irá recorrer da pena aplicada, com intuito de aumentá-la.

Entretanto, se após prolatar a sentença, deu-se o trânsito em julgado para a acusação, nada obsta que o próprio juiz reconheça a prescrição retroativa, circunstância que seria inevitável no tribunal.

No iluminador magistério de Fernando Capez (2007, p. 586):

Como a extinção da punibilidade não estará sendo decretada na própria sentença condenatória, mas em decisão ulterior, nada impede que, por economia processual, o juiz de primeira instância julgue extinta a punibilidade, com base no art. 107, IV, do Código Penal, *c/c* o art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal.

Destarte, considerar que o juiz não poderia reconhecer a prescrição retroativa mesmo após o trânsito em julgado para a acusação, seria puro formalismo processual, que a nada levaria, senão a uma lotação ainda maior dos tribunais, implicando em uma morosidade despicienda, em face da perda de tempo em apreciar um recurso que já estava prescrito.

Em se tratando de prescrição da pretensão punitiva superveniente, não há, por vias óbvias, como ser declarada pelo juiz de 1ª instância, uma vez que ela se verificará somente após a sentença condenatória.

Nesse diapasão, se o tribunal verificar que houve transcurso do lapso da prescrição depois da data da sentença, deverá declarar a prescrição superveniente.

Agora, se a defesa recorrer e o tribunal vier a diminuir a pena aplicada, deve se aguardar o trânsito em julgado para o Procurador de Justiça, que poderá recorrer da pena atenuada. Ocorrendo o decurso do prazo sem interposição de recurso, poderá o tribunal, assim como ocorre com o juiz na retroativa, reconhecer a prescrição, sem haver necessidade de ser reconhecida no juízo da execução.

Derradeiramente, em havendo recurso de ambas as partes, atacando a sentença de primeiro grau, Fernando Capez (2007, p. 585), leciona que o tribunal julgará primeiramente o recurso da acusação, sendo que, negando provimento ao mesmo, reconhece a prescrição antes mesmo de apreciar o recurso da defesa.

Em sentido adverso, Dámasio E. de Jesus (2008, p. 147), defende que o tribunal analisará primeiramente o recurso do réu, sendo que, verificada a prescrição, será essa reconhecida, restando prejudicado o recurso acusatório.

A nosso sentir, é mais lúcida a primeira posição. Ora, deve-se primeiro julgar o recurso acusatório, com intuito de saber se a pena será aumentada ou não, ao passo que a prescrição dela depende.

Não seria lógico reconhecer a prescrição antes de apreciar o recurso acusatório, pois que, sendo esse procedente, aumentará a pena, e eventualmente a prescrição.

6 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

6.1 Conceito

Após o trânsito em julgado do processo criminal (para a ambas as partes), inicia para o Estado o poder-dever de executar a sanção imposta pelo título executivo. Aqui, não mais se falará em *jus puniendi*, mas sim em *jus executionis*.

O Estado também está sujeito à perda do direito de executar a sanção imposta, caso não o faça em determinado período. Eis, pois, a definição de prescrição da pretensão executória: a extinção da pretensão de executar a pena, em face do decurso do tempo previsto em lei.

Somente ocorrerá prescrição da pretensão executória se já houver condenação transitada em julgado. Se ainda estiver em vias recursais, devemos analisá-la sob a ótica da pretensão punitiva.

Caso já tenha ocorrido o trânsito em julgado, a prescrição da pretensão executória irá se pautar pela pena estabelecida na sentença (Artigo 110, *caput*, CP), não mais havendo razão em verificá-la pela pena máxima cominada ao delito.

A pena aplicada na sentença deverá ser remetida à tabela disposta no artigo 109 do CP, chegando-se ao prazo prescricional da pretensão executória, sob o qual, o poder de punir Estatal sujeita-se, caso não aplique a sanção antes de sua ocorrência.

6.2 Efeitos

Ao contrário do que acontece na prescrição da pretensão punitiva, a prescrição da pretensão executória não extingue os efeitos penais secundários da sentença condenatória e nem os extras penais.

Se, eventualmente, ocorrer a prescrição da pretensão executória, a única benesse que o indivíduo gozará será a de não cumprir a pena imposta (efeito primário da sentença).

Persistirão os efeitos secundários, como; a verificação de reincidência, caso venha a praticar novo delito; sua inscrição no rol dos culpados; o pagamento de taxas processuais. Além disso, o valor eventualmente pago por força de fiança não será devolvido ao condenado, sendo utilizado para o pagamento das custas processuais.

Da mesma forma, a verificação da prescrição da pretensão executória não impede que surtam seus efeitos extra penais, podendo, a vítima, executar o título executivo decorrente da condenação no juízo cível.

6.3 Termo Inicial

O trânsito em julgado da condenação é requisito para que se aplique a prescrição da pretensão executória, entretanto, não é considerado marco inicial de seu prazo.

Rege o inciso I, primeira parte, do artigo 112 do Código Penal, que a prescrição após a sentença condenatória irrecorrível começa a correr do dia em que transitou em julgado para a acusação.

Destarte, apesar de somente poder se verificar após o trânsito em julgado da sentença para ambas as partes, a prescrição, incrivelmente, começará a ocorrer do dia em que transitou em julgado para a acusação.

Exemplificando: O réu condenado a 2 anos de reclusão em 11/05/2010, mostra seu inconformismo com a sentença e interpõe tempestivamente recurso de apelação. A acusação apenas toma ciência do édito condenatório, não demonstrando seu interesse em modificá-lo. Transita em julgado para a acusação em 20/05/2010. O tribunal julga o recurso da defesa, mantendo-se a pena aplicada,

transitando em julgado o processo em 30/06/2011. A prescrição da pretensão executória começara a ocorrer do dia 20/05/2010, data em que foi certificado pelo escrevente o trânsito em julgado para a acusação.

A segunda parte do inciso I, revela que o termo inicial da prescrição da pretensão executória começará a fluir do dia em que se revogar a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional (data da decisão judicial que revogar ambos).

Se o réu for condenado, aplicando o magistrado a suspensão condicional da pena (*sursis*), a prescrição da pretensão de executar somente virá a iniciar seu prazo de contagem caso seja descumprida alguma das imposições, e o *sursis*, por consequência, acabe sendo revogado. Nessa hipótese a prescrição se regulará pela pena aplicada na sentença, e não pela prazo que foi estipulado à suspensão.

"Frise-se que durante o período de prova do *sursis* não corre a prescrição, pois se trata de execução da pena, onde não há inércia do Estado, fundamento da referida causa de extinção da punibilidade" (LOZANO Jr., 2002, p. 224).

Por outro lado, se o condenado, após der início ao cumprimento da pena, satisfizer as condições legais, fará *jus* ao livramento condicional (artigo 83 CP). Em sendo esse revogado, dá-se à prescrição executória um novo marco inicial para sua contagem, que dessa vez se regulará pelo restante da pena ainda não cumprido (artigo 113 CP).

Assim, o condenado a 6 anos não reincidente em crime doloso que cumpriu 2 anos de sua pena (um terço), poderá pleitear o livramento, mediante a imposição de condições. Suponha-se que ele venha a cometer crime após 2 anos da concessão do livramento ou descumpra alguma de suas condições, nessa hipótese, será o benefício revogado, dando início a novo prazo da prescrição da pretensão executória.

O período de 2 anos de livramento será desprezado, porque a revogação se deu por o crime foi cometido após a concessão do livramento (artigo

88 CP) ou por descumprimento de uma das condições, e a prescrição tomará por base os 4 anos que restam da pena, prescrevendo em 8 anos (artigo 109, V do CP).

Há diferença, no entanto, se a revogação do livramento foi em decorrência de condenação por crime praticado anteriormente à concessão do benefício. É a regra do artigo 88 do Código Penal. Se assim o for, poderá computar-se o período que esteve em liberdade. No exemplo acima, contar-se-iam os 4 anos (2 anos cumpridos da pena e mais 2 anos do livramento condicional), de modo que só restariam 2 anos da pena a cumprir, prescrevendo, por sua vez, em 4 anos.

José Júlio Lozano Jr. (2002, p. 227), ao finalizar, ainda aponta que, "assim como no *sursis*, não corre a prescrição durante o período de prova do livramento condicional, em razão de o Estado estar exercendo seu *jus puniendi*, com a execução do título obtido na sentença penal condenatória".

Não corre, por conseguinte, a prescrição executória nos períodos atinentes à suspensão condicional da pena e o período em que o condenado estiver em livramento condicional. A diferença é que, nesse último, caso seja revogado, a prescrição irá se regular pelo *quantum* não cumprido da pena, desprezando-se o período de livramento se a revogação se deu por descumprimento das condições ou por prática de crime durante a sua vigência; e computando o período de livramento, desde que sua revogação tenha ocorrido por força de crime cometido anteriormente à sua concessão.

Ainda, o artigo 112 do Código Penal, em seu inciso II, disciplina que a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

O legislador, nesse dispositivo, se referiu àquele que eventualmente venha a se evadir do sistema carcerário, situação em que começará correr a prescrição executória do dia em que se interrompeu a aplicação da pena. Também aqui se aplica o artigo 113 do Código penal, assim, se o condenado tinha uma pena de 4 anos, cumpre apenas 1 ano e foge, a prescrição executória, que começará a correr do dia em que o sentenciado fugiu, se regulará somente pelos 3 anos restantes.

A segunda parte do dispositivo faz uma ressalva para situações em que a interrupção do cumprimento da pena devam ser computadas. É o caso, por exemplo, de superveniência de doença mental, onde o condenado será levado a hospital psiquiátrico, sendo detraído da pena o período que lá permanecer (artigo 42 CP), não correndo a prescrição da pretensão executória durante o tratamento (Estado não está inerte).

6.4 Causas Interruptivas

As causas que interrompem a prescrição da pretensão executória e a prescrição punitiva, estão elencadas no mesmo dispositivo do *Codex*, qual seja, o artigo 117. Ocorre que, em se tratando de prescrição após a sentença condenatória irrecorrível, somente aplicar-se-ão os incisos V e VI.

O inciso V, diz que se interrompe a prescrição executória pelo início ou continuação do cumprimento da pena.

Nessa esteira, quando o condenado der início ao cumprimento da pena, a prescrição executória, que começara a correr com o trânsito em julgado para a acusação, não irá mais fluir. Somente retornará a correr caso se interrompa a execução da pena (*v.g.* fuga), criando-se um novo termo inicial para a prescrição executória, em consonância com o artigo 112, II do Código Penal.

Atente-se, ainda, que, nesse caso, a prescrição da pretensão executória pontuar-se-á excluindo o montante já cumprido da pena (artigo 113 CP).

Igualmente interrupção se configurará no caso em que o condenado, que houvera evadido-se, continuar o cumprimento de sua pena.

Não obstante, nesses casos, ocorrer a interrupção da prescrição (volta a ser contada novamente), a prescrição da pretensão executória deixará de correr. Isso porque, seja quando o condenado der início, seja quando continuar o cumprimento de sua pena, estará efetivamente cumprindo a sanção imposta, de

modo que o Estado não se achará inerte nessa ocasião, não correndo contra ele a prescrição da pretensão executória.

Daí porque o parágrafo 2º do artigo 117, faz uma ressalva com relação a essas hipóteses. Via de regra, interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr novamente, do dia da interrupção. Todavia, isso não se pode aplicar quando o condenado der início ou continuar o cumprimento da pena, justamente porque o prazo não irá começar a correr novamente de imediato (do dia da interrupção). Começará a se contar novamente o prazo prescricional caso se interrompa o cumprimento da pena por algum motivo (v.g. fuga) ou, caso venha a ser agraciado com o livramento condicional, este seja revogado.

A última hipótese de interrupção de prescrição é a reincidência (inciso VI). Esta, caso ocorra, tem o condão de fazer com que o prazo prescricional da pretensão executória zere, e comece a correr efetivamente do dia da interrupção (dia que o réu tornou-se reincidente).

Difere o conceito dessa reincidência do que veremos para fins de aumento do prazo prescricional. Aqui, o legislador refere-se à chamada "reincidência futura", de sorte que, se verificará reincidência caso o agente venha a praticar novo crime após a sentença irrecorrível.

Nesse contexto, surgiram duas correntes defendendo pontos antagônicos. A primeira sustentava a idéia de que era necessário haver sentença condenatória transitada em julgado para que ocorra a incidência da causa interruptiva. Já a segunda prega que somente o fato do réu praticar a conduta, após a irrecorribilidade da sentença, já poderá se interromper o prazo prescricional, começando a contá-lo novamente.

A segunda corrente é que prevalece amplamente, mormente quando o Código Penal, em seu artigo 63, aduz que se verifica reincidência quando o réu *comete* novo crime, já havendo sentença condenatória irrecorrível em seu desfavor. Assim, basta que o condenado cometa o crime novo, após o transito em julgado da sentença pela qual se conta a prescrição executória, que o prazo dessa estará interrompido.

É preciso ressaltar que a causa de interrupção pela reincidência fica condicionada ao posterior trânsito em julgado de seu processo. Se, eventualmente, o réu venha a ser absolvido, será como se a causa de interrupção nunca houvesse existido, contando-se o prazo prescricional da pretensão executória desde o trânsito em julgado para a acusação, desde a data em que interrompeu-se o cumprimento de sua pena, ou então da data em que se revogou o seu livramento condicional.

Para a ocorrência dessa causa interruptiva, necessário se faz, obviamente, que o réu não esteja cumprindo pena (a prescrição da pretensão executória não transcorre nessa circunstância). Deste modo, deverá o réu estar foragido desde a sentença que o condenou, haver o mesmo fugido (interrompido sua pena), ou haver dado causa ao revogamento de seu livramento condicional.

Preconiza a súmula 220 do STJ, que a interrupção da prescrição pela reincidência, somente se aplica quando nos depararmos com a prescrição da pretensão executória (pressupõe o trânsito em julgado da sentença).

Logo, o réu que detém uma condenação "A" definitiva em seu desfavor, esta sendo processado por um crime "B", e vem a praticar um crime "C" durante o processo pelo crime "B", não poderá sofrer a influência dessa causa de interrupção da prescrição, já que se cuida da prescrição da pretensão punitiva (crime "B" ainda não estava transitado em julgado).

Por fim, cumpre salientar que tanto o início e continuação do cumprimento da pena, como a reincidência, que são causas interruptivas somente da prescrição da pretensão executória, não poderão se comunicar aos demais autores dos crimes, por se cuidarem de circunstâncias de caráter personalíssimo (artigo 117, §1º).

6.5 Causas Suspensivas

A única causa suspensiva da prescrição executória trazida pelo código foi a do parágrafo único do artigo 116. Dispõe que não correrá a prescrição executória durante o tempo em que o condenado estiver preso por qualquer outro motivo que não o da condenação que se pretende impor pena.

Diante disso, se o agente, condenado por crime de roubo, por sentença transitada em julgado, já estiver cumprindo pena por crime de homicídio em comarca diversa, não correrá a prescrição executória com relação ao crime de roubo.

Não poderia o condenado beneficiar-se de uma situação em que o Estado nada pode fazer. É impossível de se cumprir simultaneamente as duas condenações. Assim, se não se suspendesse a condenação posterior, o agente que praticasse reiteradas condutas criminosas, seria beneficiado com a fatal prescrição das condenações que não estivesse cumprindo a pena. Seria o paraíso da impunidade.

Insta lembrar que as causas suspensivas não desprezam o tempo passado anteriormente a sua ocorrência.

Assim sendo, o indivíduo é condenado por crime de estupro, tendo seu processo transitado em julgado. É expedido mandado de prisão em seu desfavor, porém não se encontra o condenado. Ele é encontrado após um ano, já que foi preso em outro estado por outra condenação pretérita. Somente se iniciará a suspensão da prescrição após ter dado início ao cumprimento de pena pelo outro crime (estará preso por outro motivo), não se desprezando-se, o tempo transcorrido até sua prisão.

6.6 Causas de aumento - Reincidência

A reincidência, além de causa interruptiva, também é considerada como causa de aumento da prescrição da pretensão executória, que será elevada em um terço nesses casos (CP, artigo 110, *in fine*).

Consoante previsão legal expressa, a causa de aumento somente será aplicada no tocante à prescrição executória, sendo vedada sua aplicação quando se cuidar de prescrição da pretensão punitiva.

A reincidência, a que se refere o artigo, deve ser anterior, ou seja, ao tempo da prática do crime a que foi condenado, e a que se submeterá a cumprimento de pena, deverá o réu possuir contra si condenação transitada em julgado.

Condiciona-se o aumento de um terço pela reincidência à sentença condenatória haver reconhecido-a. Caso o título executivo não tenha reconhecido a reincidência, mesmo que o condenado o fosse, não se poderá elevar o prazo prescricional.

Do mesmo modo, caso a reincidência tenha se operado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não se poderá aumentar o prazo prescricional, sendo somente circunstância que causará a interrupção do lapso da prescrição executória.

De perceber que, caso a reincidência do agente tenha se verificado entre a prática do crime "A" e seu trânsito em julgado, não terá efeito algum para efeito dos prazos prescricionais com relação a esse crime. A reincidência, que só terá valor na prescrição da pretensão executória, operará como causa de aumento (1/3) se o agente já for reincidente quando da prática do delito "A", e funcionará como causa que interrompe a prescrição executória caso novo crime seja praticado após o trânsito em julgado da sentença atinente ao crime "A".

6.7 Causas de Redução

As causas de redução, quais sejam, o fato do agente possuir menos de 21 anos na data do fato, ou ser maior de 70 anos no tempo da sentença, inobstante

serem aplicadas na prescrição da pretensão punitiva, também são empregadas quando se tratar de prescrição da pretensão executória.

Sobre as causas de redução (pela metade) dos prazos prescricionais, vide tópico 5.8 desse estudo.

6.8 Agravantes, Atenuantes, Causas de Aumento e Diminuição de Pena

Sejam agravantes genéricas ou atenuantes, sejam causas de aumento ou diminuição de pena, todas essas serão consideradas para se calcular a prescrição da pretensão executória.

Diferente do que ocorre na prescrição da pretensão punitiva, onde a pena é regulada pelo patamar máximo da pena, assim, só serão consideradas aquelas que tem o condão de modificar os limites cominados por lei, ou seja, as causas de aumento e diminuição.

A prescrição da pretensão executória considera também as agravantes e atenuante genéricas aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena, isso porque que essa espécie de prescrição se regula pela pena aplicada, não havendo razão em se desprezar essas circunstâncias, já que, após transitar em julgado, fazem parte da pena aplicada ao indivíduo.

Destarte, a prescrição após a condenação irrecorrível se verificará pela pena aplicada na sentença, seja nela computadas agravantes genéricas ou causas de aumento, observando os prazos prescricionais mencionados no artigo 109 do Código Penal.

6.9 Concurso de Crimes

Vale aqui a regra exarada no artigo 119 do Código Penal, onde, "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Em outros termos, basta que nós analisemos o caso como se não houvesse concurso.

Na hipótese de concurso de material, a prescrição da pretensão executória, incidirá isoladamente, por cada crime que tenha sido transitado em julgado. Deste modo, se o acusado foi condenado a 10 anos de reclusão, por crime de falsidade ideológica (em que foi fixado 4 anos) e por crime de roubo (que foi fixado 6 anos), a prescrição da falsidade se dará em 8 anos (correspondente aos 4) e a do roubo se efetivará em 12 (relativo aos 6 anos).

O Estado, nesse caso, vai ter que iniciar a execução da pena do crime de falsidade ideológica em 8 anos, a partir da data do transito em julgado para acusação, sob pena de não mais poder fazê-lo. O mesmo acontece com o crime de roubo, que prescreverá sua execução em 12 anos.

Cuidando-se de concurso formal, devemos nos ater também à premissa: agir como se concurso não houvesse. Assim, deve se desprezar o aumento concedido ao concurso formal, já que não se considera o concurso para fins prescricionais. A prescrição irá incidir sob a pena aplicada sem o aumento relativo ao concurso formal. Os crimes, se forem diversos, poderão, então, prescrever em datas extintas.

Com relação a continuidade delitiva, segue-se a mesma regra, devendo-se desprezar o aumento atinente a ele aplicado na sentença, de modo a incidir a prescrição isoladamente sob cada um dos crimes. Há, nesse caso, súmula 497 do Pretório Excelso regrado expressamente o tema.

6.10 Detração e Prescrição da Pretensão Executória

O instituto da detração encontra-se no artigo 42 do Código Penal, e consiste em detrair, retirar, abater na condenação o período em que o réu já esteve preso (prisões cautelares).

Ao ser condenado, portanto, a 2 anos e 1 mês de reclusão, se o sentenciado já tivesse cumprido 1 mês de prisão temporária, teria que cumprir, após a condenação, somente 2 anos.

A grande questão encontra-se na possibilidade ou não, de se aplicar a detração para fim de se chegar ao prazo prescricional da pretensão executória.

No caso acima, percebam a grandiosa diferença, o que demonstra a importância da questão: não considerando o período já cumprido, a pena seria de 2 anos e 1 mês, que prescreverá em 8 anos; de outra banda, retirando-se o período em que o sentenciado permaneceu preso temporariamente, sua pena seria de 2 anos, que prescreveria em apenas 4 anos.

É de suma importância o posicionamento a se seguir, já que, devido a grande diferença que pode ocasionar, poderá sua aplicação determinar ou não que ao sentenciado seja imposta a pena.

José Júlio Lozano Jr, (2002, p. 263), entende não caber a detração para calcular o prazo prescricional. Fundamenta no sentido de que o Código se refere a pena aplicada na sentença no artigo 110 *caput*, de modo que, se quisesse retirar de seu *quantum* o período já "cumprido" em virtude de outras prisões, teria expressamente previsto.

Outra corrente, defende que se deve descontar da pena final o período já cumprido em decorrência de outras prisões, para então calcular-se o prazo da prescrição. Baseiam-se os defensores no argumento de que, se a detração é contada no cumprimento da sanção, nada mais lógico também seria contar a prescrição pelo que somente restar da pena, considerando ainda que "pena cumprida é pena extinta".

Ainda, segundo o artigo 113 do Código Penal, o condenado que foge, durante o cumprimento de sua pena, terá a prescrição da pretensão executória

calculada com base no que falta a cumprir de sua sanção, desprezando-se o já havia cumprido, justamente porque a pena que já cumpriu é extinta.

Nessa linha de raciocínio, segue o pertinente comentário de Maximilianus Fuhrer (1990, p. 98):

(...) a posição daquele que pede a detração é até mais favorável do que a daquele que foge. Como proteger o que teve êxito na fuga, negando o mesmo benefício ao preso provisório que não quis ou não conseguiu subtrair-se à ação da justiça?

Havemos de confluir com este último posicionamento. O Estado, ao permitir que se detraia da pena imposta na sentença o período já cumprido em virtude de prisão provisória, deverá considerar a nova pena para todos os efeitos, inclusive para a prescrição.

Fundamentar sua não aplicação com base em uma interpretação literal do *caput* do artigo 110 é deveras inconsistente e débil. Se pena cumprida é pena extinta, e o período de prisão provisória é considerado como pena cumprida, já que se computa da própria pena, nada mais lúcido do que também computá-lo para calcular o prazo da prescrição.

O preso que foge, mostrando seu desrespeito e negligência com o Estado, em atitude que evidencia a prejudicialidade de sua reinserção social, é contemplado pelo cálculo da prescrição pelo que resta da sua pena. Outra solução não pode ser para aquele que não tem esse tipo de conduta, também por considerar que já cumpriu parte de sua pena, mesmo em razão de prisão cautelar.

6.11 Oportunidade de Declaração

Notoriamente, como essa espécie de prescrição condiciona-se à ocorrência de sentença condenatória de que não caiba recurso, somente poderá ser declarada após o devido trânsito em julgado.

Como ocorre na prescrição da pretensão punitiva, há quem defenda que o próprio julgador em que o processo transite em julgado, após haver proferido decisão, não poderá da prescrição executória reconhecer, por já haver esgotada sua jurisdição sobre o processo.

A controvérsia aqui perde sentido, ao considerar que caso ocorra a prescrição executória imediatamente após o trânsito em julgado (contando-se desde a data do trânsito em julgado para a acusação), credulamente haverá ocorrido a prescrição retroativa ou superveniente (que possuem termos iniciais anteriores).

Caso o processo seja remetido para 2ª instância, e lá haja uma redução de pena, o julgador poderá declarar a prescrição da pretensão punitiva ou superveniente pela nova pena, não necessitando se pronunciar sobre a executória, se o processo houver transitado em julgado.

Neste último caso, entendemos, mais uma vez, que o excesso de formalismo não pode servir como rédea para o congestionamento processual de que padece o judiciário. Não há razão em um tribunal não poder reconhecer a prescrição após reduzir a pena imposta (havendo, obviamente, o trânsito em julgado do processo). Remeter ao juízo da execução, onde seguramente seria reconhecida, só traria demasiados gastos com o processo, mobilizando a máquina judiciária que poderia se ater a processos que realmente demandem seu esforço, e não aqueles em que a punibilidade do agente já esta extinta, porém ainda não declarada.

7 PRESCRIÇÃO VIRTUAL

7.1 Conceito

É também conhecida como prescrição retroativa antecipada, projetada, em perspectiva, ou prognose prescricional.

Sua idéia se concentra em se antever o reconhecimento da prescrição, em caráter excepcional, com base na pena mínima aplicada, já que, ao se observar as circunstancias processuais (favoráveis ao agente), vê-se que a pena permanecerá no mínimo previsto legalmente.

Funda-se na ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal, e não propriamente em ser uma causa extintiva da punibilidade, embora haja defensores nesse sentido. Carece de interesse de agir a ação porque, uma vez verificada que a imposição da pena, ao final do processo, acarretaria na prescrição da pretensão punitiva, de nada é útil o início ou a manutenção da ação penal.

Defendemos sua aplicação excepcionalmente, somente quando cristalinas estiverem as circunstancias que envolvem o crime, bem como as que dizem respeito ao agente infrator, de modo a poder se antever, seguramente, que lhe seria imposto a pena mínima ou muito próximo dela.

Sob seus argumentos sustentadores, que veremos pormenorizadamente adiante, ainda se insere o princípio da Economia Processual, onde a manutenção de uma ação fadada ao insucesso, somente traria gastos inúteis ao Estado.

O extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, já havia se pronunciado sobre o tema (*RT*, 669/314):

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.

Outras cortes também se mostraram solidárias à evidente falta de interesse de agir por conta da prescrição virtual em alguns casos concretos:

EMENTA: DIREITO PENAL. ARTIGO 149 DO CP. COMPETÊNCIA JUSTIÇA FEDERAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA EXCEPCIONALIDADE. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

1. O STF, revendo orientação anterior, fixou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de 'redução a condição análoga à de escravo' (RE no 398041/PA, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 30.11.2006) haja vista se enquadrar nos delitos contra a organização do trabalho (art. 109, inc. VI, da CF) na medida em que atinge o trabalhador no valor que lhe é mais caro, a sua dignidade humana. 2. Assegura a Constituição Federal a todos os cidadãos, a razoável duração do processo. Não somente o ofendido, mas também o acusado têm o direito de obter prestação jurisdicional em prazo adequado. 3. *A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção a ser aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade.* 4. *Na hipótese dos autos, há elementos corroborando tal inteligência eis que, considerando o período transcorrido desde o recebimento da denúncia (mais de 08 anos) em face da inexistência de sentença condenatória, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual decisão desfavorável - que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo legal cominado ao delito por que respondem os acusados (02 anos de reclusão).* 5. *Falece interesse processual (art. 43, inc. II, do CPP) na continuidade do feito, ocasionando, assim, ausência de justa causa em face da prescrição antecipada.* (TRF4, RSE 2001.70.10.001159-2, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 05/11/2008) (GRIFEI)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PERSECUÇÃO PENAL. EFETIVIDADE. AUSÊNCIA PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU PROJETADA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A persecução penal, como espécie do gênero das ações estatais, deve ser eficiente, eficaz e efetiva. De nada adianta impulsioná-la quando verificada, ab initio, a impossibilidade de sua futura e eventual execução. Percebida a inutilidade do eventual e incerto provimento condenatório, é de rigor seja declarada extinta a punibilidade do agente em face da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal. 2. Inviável seja negada a aplicação do instituto por desproporcional apelo ao formalismo. Tutelar o

processo penal natimorto implica malferir os basilares princípios constitucionais do Estado democrático de direito em flagrante e injustificado prejuízo do cidadão. 3. Extinção da punibilidade dos agentes frente à prescrição em perspectiva que autoriza a sumária absolvição dos agentes em julgamento antecipado da lide (Código de Processo Penal, artigo 397, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008). (TRF4, APN 2005.04.01.023823-0, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 31/10/2008)

Frise-se que, o instituto da prescrição virtual é de caráter eminentemente excepcional, ou seja, somente com uma análise pormenorizada do caso concreto, é que poderá se averiguar a ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal.

Por outro lado, grande parte dos que rechaçam sua aplicação, justificam dizendo que não há previsão legal para sua aplicação, bem como que afrontaria os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, que poderia ocorrer *mutatio libelli*, entre outros argumentos.

O STF, pacificando o entendimento que predominava naquela corte, proferiu em novembro de 2009 decisão repelindo o uso da prescrição Virtual:

O Tribunal, após reconhecer a existência de repercussão geral no tema objeto de recurso extraordinário interposto contra acórdão de Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da inadmissibilidade de extinção da punibilidade em virtude da decretação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva e deu provimento ao apelo extremo do Ministério Público. Asseverou-se que tal orientação fora consolidada, de regra, sob o fundamento de ausência de previsão legal da figura. Alguns precedentes citados: RHC 98741/MA (DJE de 7.8.2009); AI 728423 AgR/SP (DJE de 19.6.2009); Inq 2728/BA (DJE de 23.3.2009); HC 94338/PR (DJE de 17.4.2009); RHC 94757/SP (DJE de 31.10.2008); RHC 88291/GO (DJE de 22.8.2008). **RE 602527 QO/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009. (RE-602527)**

Após o pronunciamento do Pretório Excelso, o STJ, em abril de 2010, editou a Súmula 438, também contrária à aplicação da prescrição virtual, com o seguinte verbete: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da

pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Como bem enfatiza Carlos Frederico Coelho Nogueira, Procurador de Justiça aposentado e professor de processo penal (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p. 9), há um famigerado "fetichismo da pena mínima" no ordenamento pátrio. Embora o mencionado autor pareça discordar dessa veneração da pena mínima, concorda que é isso que realmente acontece.

Ora, se já sabemos que há uma tendência a se iniciar a dosimetria da sanção pela pena mínima, e, se inexistentes circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena, juntando-se com a boa personalidade do réu, ausência de antecedentes criminais e circunstâncias graves ao crime, é evidente que a pena permanecerá no mínimo previsto pela lei.

Mesmo após a edição da súmula de orientação nº 438 do STJ, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento datado de 29 de junho de 2010, por meio do Desembargador Relator Edison Brandão, reconheceu a possibilidade de aplicação da prescrição virtual:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Aplicação da chamada prescrição antecipada ou virtual ou projetada ou em perspectiva - Possibilidade - Verificando-se desde logo que a persecutio criminis carece de utilidade processual, perece uma das condições da ação - decretável ab initio - Réu primário - Inescapável a ocorrência futura da prescrição. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (RESE nº 990.10.104244-4).

A seguir, valho-me de parte da brilhante fundamentação do mencionado acórdão, posto que elucidativa e bastante esclarecedora:

(...) Se mostra inútil dar prosseguimento ao feito, visto estar nitidamente, e desde já, fadado ao insucesso, devendo o inconformismo do ministério recorrente permanecer em desabrigo. Não obstante ausente previsão legal, o sistema penal deve ser analisado de ponto-de-vista amplo e de acordo com a realidade fática do caso posto. O direito de ação de que dispõe o Estado para punir os infratores de uma lei penal só pode ser exercitado se presentes as suas condições, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal, a saber: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de

parte e interesse de agir, este último, nas suas três vertentes - a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional, a adequação do procedimento escolhido e a utilidade da atividade persecutória estatal -. Ora, constatada, desde logo, inútil a dedicação estatal, pois que a sanção almejada jamais será de fato cominada ao réu, ha que se decretar a carência da ação, ausente o requisito do interesse-utilidade da prestação jurisdicional. De tal modo, resta inescapável a ocorrência futura da prescrição, conhecida a qualquer tempo e de ofício pelo juiz, nos termos do art. 61 do CPP. Conforme entendimento deste relator, já externado em artigo publicado na Revista dos Tribunais: *É meio o processo penal, e não um fim por si só, sendo contraproducente mesmo que mais uma vez se sobrecarregue a máquina judiciária para nada, para nenhum efeito prático, em detrimento, o que é mais grave, de outros feitos criminais que serão, por tal motivo, também atingidos pela prescrição, e que não o seriam se apenas processos viáveis merecessem a atenção do judiciário* (BRANDÃO, Edison Aparecido. Prescrição em perspectiva. Revista dos Tribunais n° 710, SP: RT, 1994, p. 391/2). IGOR TELES FONSECA DE MACEDO, *in* Prescrição Virtual ou em Perspectiva (Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 117) traz um interessante artigo de José Osterno Campos de Araújo, procurador da República no Estado de Goiás, em que compara o inútil seguimento de um processo penal, já que sua finalidade jamais será alcançada, ao "Trabalho de Sísifo", membro da mitologia grega, símbolo das tarefas que envolvem esforços inúteis: *"Seria, mutatis mutandis, nadar, nadar e morrer na praia; seria construir castelos de areia, com a ineliminável certeza de que a força indomável da próxima maré os destruiria; seria, ainda, adubar, com zelo e dispêndio de preciosíssimo tempo, árvore, pretensamente frutífera, adrede e inexoravelmente condenada a não frutificar, antolhando-se, de conseqüente, como imperioso conseqüente lógico, seja a perseguição em juízo, em hipóteses desta cariz, estacada ab ovo, com postulação de arquivamento dos autos do inquérito policial ou, se o caso, de outra peça de informação, até mesmo como medida desobstruidora da Justiça Penal, disponibilizando-se, via de conseqüência, seus operadores para empreitadas em que o remédio penal, uma vez aplicado, surta efetivamente seus efeitos."* (Prescrição Antecipada ou Trabalho de Sísifo. Disponível em <www.direitocriminal.com.br>). Assim, é inútil prosseguir com o feito, já natimorto, perpetuando constrangimento ilegal ao réu, eis que inevitável o perecimento do jus puniendi estatal, desde agora reconhecido (...)

Destarte, para o deslinde da ação penal, para que haja interesse de agir, mister haver necessidade de obtenção da tutela jurisdicional, adequação do procedimento escolhido e a utilidade da atividade persecutória estatal, o que se mostra prejudicado nos casos em que é possível se reconhecer a prescrição virtual.

Inobstante as Cortes Superiores de nosso País não entenderem ser possível sua aplicação, defendemos o instituto da Prescrição Virtual. Como já foi dito, não se busca, ao defender sua aplicação, aderir à idéia de impunidade. Muito pelo contrário, seu objetivo é, uma vez verificadas as condições do caso concreto, em que inevitavelmente se aplicará a pena mínima cominada ao delito, acabar com o processo que esta sendo ou seria inútil, poupando o ente Estatal de gastar com

um processo de que nada serviria. Logo, seu melhor entendimento e boa aplicação, é de interesse de toda a sociedade.

Com o advento da Lei 12.234/10, proibiu-se ter por termo inicial da prescrição retroativa, data anterior à da denúncia ou queixa. Deste modo, para os fatos ocorridos após 5 de maio de 2010, também não poderia se verificar a prescrição virtual nesse lapso temporal.

Nos ensinamentos de Fernando Capez (CAMPOS JÚNIOR, 2010, p. 38):

Isso não quer dizer, entretanto, que a prescrição virtual foi abolida, pois o lapso prescricional poderá ser contado a partir do recebimento da peça inicial acusatória e a publicação da sentença condenatória tal como sucede a prescrição retroativa.

Nesse diapasão, é possível se falar em extinção parcial da prescrição virtual, assim como ocorreu com a prescrição retroativa.

Transcrevo abaixo trecho do artigo de Luiz Flávio Gomes (lfg.com.br, 2010), que também leciona nesse sentido:

(...) a jurisprudência dos tribunais (praticamente) nunca aceitou essa modalidade de prescrição (que é espécie de prescrição da pretensão punitiva). O STJ, a propósito, chegou a editar a Súmula 438 (nesse sentido). Mas a primeira instância da justiça criminal brasileira (sabiamente) sempre a reconheceu e a aplicou. Que é a prescrição virtual? É a prescrição que se conta pela pena em perspectiva aplicável (pena que se vislumbra como aplicável, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto). Essa prescrição sempre foi atrelada à prescrição retroativa. Com a nova lei, se a prescrição retroativa acabou pela metade, parece muito acertado afirmar que a prescrição virtual também se extinguiu pela metade. Como assim? Ela já não pode ser contabilizada entre a data do fato e a denúncia (isso é que está proibido pela nova lei). Mas pode ser contada a partir do recebimento da denúncia ou da queixa. Exemplo: houve denúncia (em 2005, por um furto simples) e demorou-se para iniciar a instrução. Depois do transcurso do lapso prescricional em perspectiva (contado com base na pena em perspectiva de um ano), já não se justifica iniciar a instrução criminal em 2010 (por faltar-lhe justa causa). Da denúncia (2005) até hoje (2010) transcorreram cinco anos. Um ano (pena em perspectiva) prescreve em quatro. Já transcorreu o tempo da prescrição retroativa. Para que levar esse processo adiante? Só para se chegar à sentença e a partir daí

reconhecer a prescrição retroativa? A inutilidade do uso da máquina judiciária, nesse caso, é patente! Falta justa causa para essa ação penal. O trancamento da ação penal está (mais do que) justificado.

Embora as prescrições retroativa e virtual tenham se extinguido pela metade, continuarão a ocorrer, na prática, condutas em que se aplicará a lei antiga. A investigação policial pode levar meses, quiçá longos anos. Assim, é possível que daqui a alguns anos, nos deparemos com uma conduta praticada anteriormente ao dia 05 de maio de 2010, sendo que a Lei 12.234/10, por ser maléfica, não retroagirá.

Destarte, por certo período de tempo a justiça ainda deverá a aplicar ambas as modalidades de prescrição mesmo no lapso anterior a do recebimento da denúncia ou queixa. No mais, continuará a prescrição virtual a ser aplicada durante a marcha processual, isso é, após o recebimento da denúncia, se mostrando imprescindível uma análise profunda desse instituto.

7.2 Fundamentos Favoráveis

Vários e plausíveis são os argumentos dos defensores da aplicação do instituto da aplicação penal. Analisaremos, a seguir, os principais deles.

7.2.1 Ausência de interesse de agir

Grande parte da Doutrina que defende a aplicação da prescrição virtual, o faz asseverando que inexistente interesse processual de agir nesses casos.

Segundo a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001, p.198), interesse de agir, no âmbito processual penal, difere do conceito que é exarado no processo civil.

Aduz a ilustre autora que parte da Doutrina "entende que o interesse de agir está sempre implícito em toda a acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão por meio da via jurisdicional" (MOURA, 2001, p. 198). No processo civil, o interesse de agir, segundo a mencionada autora, é propriamente uma condição da ação.

Há também quem sustente ser no processo penal o interesse de agir também uma condição para o exercício da ação. Francisco Afonso Jawsnicker (2010, p. 95/96), relaciona autores defensores desse pensamento, dentre eles, Fernando da Costa Tourinho Filho, José Frederico Marques, Hélio Tornaghi, José Barcelos de Souza, José Lisboa da Gama Malcher e Paulo Lúcio Nogueira.

De uma ou de outra, forçoso concluir que o interesse de agir deve sempre estar presente, sob pena de carência da ação penal.

A Doutrina diferencia o interesse de agir em dois pilares centrais: o interesse-necessidade e o interesse- adequação. O primeiro converge a idéia de imprescindibilidade de se obter a tutela Estatal-jurisdicional no caso concreto, enquanto que o segundo reflete a adequação do provimento escolhido para o fim que se deseja.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001, p. 199) nos ensina que Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, também suscitam a existência do chamado interesse-utilidade.

Nas palavras da Professora (MOURA, 2001, p. 199):

A Utilidade, para mencionados autores, significa a possibilidade de conseguir-se situação mais vantajosa do que a existente antes do exercício do direito à jurisdição. E sua ocorrência deve ser aferida do ponto de vista prático.

A partir desse entendimento, asseveram que o interesse utilidade compreende a idéia de eficácia do provimento pedido, de modo que inexistirá interesse de agir quando se verificar que o provimento condenatório não poderá ser aplicado, como ocorre, por exemplo, no caso da denúncia ou queixa oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da ação.

Apesar de não concordar com a tese da prescrição virtual (2001, p. 214), a mencionada autora nos traz uma construção teórica que nos permite concluir de modo diverso.

É notória a ausência de interesse de agir, na sua espécie interesse-eficácia, quando estamos diante de caso em que ocorrerá a prescrição pela pena futuramente aplicada.

Ora, a sanção, caso se dê início ou continuidade a ação penal nesses casos, nunca virá a ser aplicada, não havendo, portanto, interesse de agir, em face da inutilidade evidente que coaduna a ação penal, de modo a revesti-la de total ineficácia.

Admitindo o interesse de agir como uma das condições da ação penal, caso o *Parquet* venha a oferecer denúncia, e inexistindo essa condição da ação, deverá o magistrado rejeitar a denúncia, com fulcro no artigo 395, II, do Código de Processo Penal.

Atente-se que, a prescrição virtual, nesse caso, somente poderá ser enquadrada como circunstancia em que inexistente interesse de agir, para fatos ocorrido antes de 05 de maio de 2010, uma vez que após essa data a prescrição retroativa não poderá ser verificada anteriormente à propositura da denúncia ou queixa.

Do mesmo modo, o membro do Ministério Público, caso perceba pelas circunstâncias *in casu*, que inevitavelmente ocorrerá a prescrição virtual, deverá arquivar de plano o inquérito policial, em face da manifesta falta de interesse de agir.

"Lembre-se, a propósito, que a obrigatoriedade da ação penal só existe se e quando presente a justa causa, entendida esta como fundamento da acusação." (MOURA, 2001, p. 222).

Destarte, perfeitamente possível o arquivamento do inquérito policial, se ausente o interesse processual de agir, não havendo que se falar em violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Nesse sentido, segue parte de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 06 de abril de 2009:

(...) **ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO MINISTERIAL, CONFIRMANDO-SE A R. SENTENÇA RECORRIDA, PORÉM ALTERANDO O FUNDAMENTO, PARA CONSTAR COMO SENDO, REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, COM BASE NO ART. 3º 95, INC. II (FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO - INTERESSE DE AGIR). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (RESE - 990.08.015415-0)

Por todo trazido, torna-se claro que, a prescrição virtual gera transparente ausência de interesse de agir no caso concreto, já que, caso se dê início ou continuidade ao provimento, esse será inútil e ineficaz, uma vez que não se poderá, ao final, aplicar a sanção, em decorrência da futura prescrição retroativa.

Não é sensato iniciar ou manter uma ação penal quando, verificando-se que a pena permanecerá no mínimo legal, ocorreu a prescrição. Caso ocorra a prescrição virtual, a defesa inclusive poderá pleitear, por meio de *Habeas Corpus* o trancamento da ação penal, ante a evidente ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal, como veremos adiante.

7.2.2 Ausência de Justa Causa

A ausência de justa causa, como acontece com o interesse de agir, enquanto condição da ação penal, é circunstância que fundamenta a rejeição da denúncia, consoante o artigo 395.

Nas sábias palavras da professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

(...) a justa causa não constitui condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica *falta de justa causa*: se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo legal; se a acusação não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito; e, finalmente, se inexistir o interesse de agir, faltará justa causa para a ação penal

Isto posto, partindo-se da premissa de que a ocorrência da prescrição virtual implica na ausência de interesse de agir, de rigor concluir que também faltará justa causa para a ação penal, uma vez que, conforme supra elucidado, a falta de qualquer uma das condições da ação implica em falta de justa causa para a ação penal.

Assim, quando se verificar a prescrição virtual, poderá eventual denúncia (desde que para fatos ocorridos anteriormente a 05 de maio de 2010) ser rejeitada por falta de interesse de agir (condição da ação), ou por falta de justa causa (seu conceito engloba as ausências de qualquer condição da ação, inclusive, interesse de agir).

Também poderão os autos do inquérito serem arquivados com esse fundamento, não podendo se falar, como explicitado anteriormente, em afronta ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, já que não existe justa causa para a propositura da ação.

Caso seja a denúncia recebida, poderá a defesa impetrar *Habeas Corpus*, objetivando trancar a ação penal, justamente por não existir justa causa para seu prosseguimento (artigo 648, inciso I, CPP).

Ainda, se no curso do processo, vier a se consumir o lapso prescricional, em relação à pena mínima que seguramente será aplicada *a posteriori*, o réu poderá impetrar *Habeas Corpus*, já que não mais existirá justa causa para a ação penal, configurando uma das hipóteses de coação ilegal.

7.2.3 Economia Processual e Razoável Duração do Processo

Também se inserem como argumentos basilares que apóiam a prescrição retroativa antecipada, os princípios da economia processual e da razoável duração do processo.

Sobre o primeiro princípio, comenta Fernando Capez (2008, p. 25)

O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível.

A tese também encontra respaldo na jurisprudência, nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Extinção da Punibilidade — Prescrição retroativa reconhecida corretamente, com base no princípio da economia processual, de forma antecipada - Recurso em sentido estrito desprovido.
(RESE 01172998.3/7)

Conforme já explicitado, ausente o interesse de agir no caso da prescrição virtual, o processo despe-se de sua eficácia (já que ao final a sanção não poderá ser aplicada), infringindo também o princípio da economia processual, pois que continuarão a se praticar atos processuais inutilmente, gastando-se tempo e dinheiro.

Nessa esteira, permito-me dispor dos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2006) **apud** Ney Fayet Júnior (2007, p. 165):

o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando, na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei.

Como é de se perceber, o princípio da economia processual está intrinsecamente ligado ao interesse de agir, de modo que, não se vislumbrando viável o deslinde de uma ação penal, o Estado deverá se abster de fazê-lo.

Outrossim, o direito fundamental à razoável duração do processo, também é argumento plausível para defender-se o reconhecimento antecipado da prescrição com base na pena mínima.

Com a emenda nº 45/04, consagrou-se em nossa Carta Magna, o direito a todos a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Anteriormente, o Pacto de São José da Costa Rica, já preconizava a idéia de celeridade processual, em seu artigo 8º, *in verbis*:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O princípio e direito fundamental à celeridade processual, impõe ao Estado o dever de assegurar sua célere tramitação, sob o argumento de que, uma tutela que não seja tempestivamente concedida, também não será adequada, afrontando-se, assim, o princípio do devido processo legal.

Celeridade processual caminha junto com os demais direitos fundamentais inerentes ao processo. Promover um processo mais rápido, não significa prejudicar garantias como a do contraditório e da ampla defesa. O que se busca é aniquilar a demora patológica, maléfica, e não aquela que é inerente a todo processo (à luz da aplicação de todas as garantias processuais).

Nas palavras de Ney Fayet Júnior (2007, p. 172):

(...) a prescrição antecipada colocar-se-ia como um meio (entre tantos outros que pode haver) por intermédio do qual se pode concretizar o direito à celeridade processual; e, sobretudo, trata-se um meio que não implica derrogação de garantias (como aqueles que pretendem a redução dos prazos, dos meios de impugnação ou instâncias dos próprios processos em andamento, da diminuição do número de testemunhas, *etc.*)

Deste modo, o instituto da prescrição virtual, manifestar-se-ia como forma de consagração do direito a todos à razoável duração do processo. Processo que, diga-se de passagem, padece de falta de interesse de agir, mostrando-se plenamente inútil a finalidade que se propõe.

Pode-se então concluir que o reconhecimento da prescrição virtual "é um dos meios pelos quais o Judiciário pode optar para começar a se desfazer de processos inúteis e focalizar os seus esforços naqueles outros que são sadios, pode-se assim dizer, emprestando-se-lhes a devida celeridade. (FAYET, 2007, p. 174).

7.2.4 Prescrição Virtual Como Causa Extintiva de Punibilidade

Há defensores de que a prescrição pela pena projetada seria uma causa de extinção da punibilidade.

Tratar-se-ia, então, de uma causa supra legal de extinção da punibilidade, já que não é prevista legalmente.

Não concordamos com esse entendimento.

As causas que extinguem a punibilidade, estão previstas expressamente na lei, no artigo 107 do Código Penal, bem como no corpo do próprio Código e outras legislações.

É de se convir, todavia, que o reconhecimento da prescrição virtual poderá, eventualmente, conduzir a uma extinção da punibilidade do agente, mas não

por que é causa extintiva de punibilidade, e sim pela razão de não se verificar interesse de agir e justa causa, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

“(...) a jurisprudência que reconhece a prescrição virtual tem-na, na sua maioria, decretado como causa de extinção da punibilidade” (FAYET, 2007, p. 167).

Ney Fayet Júnior (2007, p. 167), menciona alguns julgados em sua obra, que tratariam a prescrição virtual como causa extintiva de punibilidade, dentre eles:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. Correta a decisão que julga extinta a punibilidade do réu quando antevê o reconhecimento da prescrição em caso de eventual condenação. RECURSO IMPROVIDO. (RESE nº 70009120130, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Relatora Desa. Genacéia da Silva Alberton, j. 22/09/2004)

Entretanto, entendemos que a ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal, que refletirá em uma extinção do processo sem resolução do mérito, ou ao trancamento da ação penal por inexistir justa causa, são circunstâncias que poderão, eventualmente, acarretar em uma extinção da punibilidade do agente.

A extinção da punibilidade somente ocorrerá quando do aparecimento de uma causa extinta de punibilidade, que poderá ser a própria prescrição (regulada pela pena máxima), sendo que, nesse caso, não mais existirá a relação jurídico-penal entre ele e o Estado.

7.3 Fundamentos Contrários

A Doutrina que entende não ser possível a aplicação da prescrição virtual lança vários argumentos no sentido de fundamentar sua não aplicabilidade.

Passemos à análise dos principais fundamentos contrários.

7.3.1 Da ausência de Previsão Legal

Insurge-se grande parte da Doutrina e jurisprudência contrária à aplicação da prescrição virtual com o argumento de que não há previsão legal do instituto.

Porém, "Essa premissa de falta de previsão legal só poderia ser considerada como argumento de alguma valia se sustentássemos ser a prescrição uma causa de extinção de punibilidade atípica" (FAYET, 2007, p. 175).

Conforme explicitado, a prescrição virtual não é propriamente uma causa extintiva de punibilidade, mas sim uma circunstancia que ocasiona ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal.

Desta feita, não se poderia falar em afronta ao princípio da legalidade, uma vez que cabe aos operadores do direito, bem como a Doutrina processual, elencar as causas em que inexistirá interesse de agir e justa causa para a ação.

Ademais, é possível se fazer construções doutrinárias, não previstas no ordenamento legal, que ocasionariam uma extinção da punibilidade do agente.

É o que acontece, *v.g.*, com o princípio da insignificância ou bagatela no Direito Penal.

Segundo o princípio, somente se consideraria crime os fatos que afetem de forma nociva o bem jurídico tutelado, de forma que, uma lesão insignificante acarretaria em uma atipicidade material da conduta delitiva.

Assim, enseja a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus*, por ausência de justa causa para a ação penal, já que o fato é atípico. Nesse caso, o

trancamento da ação proveria de uma tese meramente doutrinária, não encontrando respaldo legal.

Vale dizer: o princípio da insignificância provém de entendimentos doutrinários, e, mesmo assim, é abundantemente utilizado por todas as cortes em nosso país, inclusive o STF e o STJ.

Destarte, razão não assiste aos argumentadores que rechaçam a prescrição virtual com fulcro na ausência de previsão legal. A uma, porque ela resulta em ausência de interesse de agir e justa causa (circunstâncias que cabe ao operador do direito definir sua aplicabilidade); a duas porque, assim como ocorre com o princípio da insignificância, é possível se realizar construções doutrinárias, de modo a melhor interpretar a lei (teleologicamente), podendo, inclusive, ocasionar a extinção da punibilidade do agente, por força de circunstância não prevista em lei.

7.3.2 Da Ofensa ao Princípio da Obrigatoriedade

Nos ensinamentos da Professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001, p. 222), "(...) a obrigatoriedade da ação penal só existe se e quando presente a justa causa, entendida esta como fundamento da acusação".

Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 334), também leciona nesse sentido, asseverando que o princípio da obrigatoriedade não é absoluto, sendo que, "para o exercício da ação penal é indispensável concorram determinados requisitos expressamente previstos em lei". Salienta ainda como mitigadores desse princípio o delito de bagatela (onde deverá se propor o arquivamento do inquérito policial), e a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95 e artigo 98, I da CF).

Inobstante, o artigo 395 do CPP, preconiza que deverá a denúncia ou queixa ser rejeitada quando: II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal;

justamente as consequências aqui defendidas quando da verificação da prescrição virtual.

Somente por uma interpretação isolada da Lei, já é possível se concluir pela não subsistência desse fundamento. Ora, a própria lei disciplina expressamente que quando estiver ausente interesse de agir (condição da ação), ou justa causa para a ação penal, deverá a inicial acusatória ser rejeitada. Então, pergunta-se: qual o sentido de oferecimento para sua posterior rejeição?

Não há consistência nesse argumento, mormente quando se sabe que o princípio da obrigatoriedade não é absoluto, e, consoante colocado anteriormente, somente ocorrerá se houver justa causa (incluindo-se, no conceito desta, o interesse de agir).

7.3.3 Da Ofensa ao Princípio da Indisponibilidade

A prescrição virtual também poderá ocorrer no curso da ação penal, quando já transcorrido o lapso prescricional (pela pena projetada), devido a morosidade da instrução.

Nesse caso, a Doutrina contrária ao instituto diz haver ofensa ao princípio da indisponibilidade, uma vez que, segundo ele, o *Parquet*, não poderá desistir da ação penal proposta (artigo 42 CPP).

Evidentemente, o argumento só tem vistas à ação penal pública, já que em se tratando de ação penal privada, vige o princípio da disponibilidade.

Em contrapartida a esse argumento, encontra-se, mais uma vez, o fato do princípio não ser absoluto.

Assim como o princípio da obrigatoriedade, o princípio da indisponibilidade não é absoluto. Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p.

331/332), também cita como exemplo a transação penal, situação que poderá promover a disponibilidade do processo, mesmo após o oferecimento da denúncia (artigo 79 da Lei 9.099/95).

O citado autor (2007, p. 331), no que tange ao princípio acima, ainda disciplina:

Nada impede que, no direito a ser constituído, seja tal princípio amenizado, permitindo-se ao Ministério Público, em determinadas situações, desistir da ação penal, ensejando, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito, como na hipótese de ser inafastável a prescrição pela pena a ser concretizada na sentença, ou se de todo a prova acusatória for imprestável.

Percebe-se que, em face da não incontestabilidade do princípio da indisponibilidade da ação penal, poderá, caso verificada a prescrição virtual, o membro do Ministério Público desistir da ação, sem que se possa arguir ofensa ao princípio.

Isso ocorre pois, uma vez verificada a prescrição penal durante o processo, a ação se despirá de seu interesse e justa causa, já que, mesmo que presentes outrora, deixaram de existir, de modo que deverá se promover a extinção do processo sem julgamento do mérito.

7.3.4 Da Ofensa aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e Presunção de Inocência

Para a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a prescrição virtual (2001, p. 213/214):

(...) parte de previsões e suposições que conduzem à adoção de juízo antecipado de culpa, antes mesmo de ter sido instaurada a ação penal. Isso configura, a nosso ver, desrespeito ao devido processo legal e violação ao chamado "princípio da não-consideração prévia de culpabilidade", consagrados pela Constituição Federal.

Não há que se falar em falta de eficácia do provimento, nessas circunstâncias, ou ainda, em falta de interesse de agir, porque nosso sistema repugna toda antecipação de medida punitiva antes de transitada em julgado sentença condenatória penal.

Com os acatamentos devidos, ousamos discordar desse posicionamento.

Ney Fayet Júnior (2007, p. 176/177) contra-argumenta de forma pertinente:

Veja-se que tal argumento não pode ser considerado a ponto de impedir o reconhecimento da prescrição antecipada. Não há condenação de fato, o que há é uma projeção de possível pena a ser aplicada. Jamais a sentença, hipoteticamente idealizada, produzirá algum efeito em desfavor do réu. Pelo contrário, apenas possibilitará a extinção do feito pela prescrição virtual. Acreditamos, que se questionados os réus sobre a possibilidade de verem-se livres de um processo pela prescrição antecipada, cujos efeitos são idênticos aos da absolvição, com certeza concordariam prontamente com essa solução.

Outro enfoque não pode ser dado ao instituto da prescrição virtual.

Reconhecê-la não implica, de modo algum, pressupor uma condenação ao réu. Há apenas a certeza de que a pena permanecerá no patamar mínimo, de modo que se extingue o processo por absoluta falta de interesse de agir.

Outrossim, seus efeitos, são os mesmos de uma sentença absolutória: não se aplicará pena, não se verificará reincidência, nem permanecerão os efeitos extra penais (possibilidade de execução do título no juízo cível), não havendo, assim, qualquer afronta ao princípio da não culpabilidade.

A seu turno, também não se pode falar em ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Insta lembrar que defendemos haver ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal quando ocorrente a prescrição virtual. Com efeito, não se poderia também falar em desrespeito a esses princípios constitucionais, justamente porque a ação prescinde de uma de suas condições, ainda configurando coação ilegal, pela ausência de justa causa, ensejando a possibilidade de se impetrar *Habeas Corpus* para o trancamento da ação.

O mesmo ocorre com qualquer outra circunstancia que promova a ausência de interesse de agir e justa causa: a ação penal deve ser extinta, não havendo que se falar em violação a princípio algum, já que a ação carece de uma de suas condições.

Ora, violação aos princípios constitucionais seria, sob essa ótica, dar continuidade a uma ação penal onde inexistente interesse de agir, ao arripio do devido processo legal, coagindo ilegalmente o réu.

7.3.5 Do Impedimento da Absolvição do Réu

Sustentam, aqueles que se posicionam contrários à prescrição virtual, que ela também impediria o "direito" do réu em obter um decreto absolutório em seu favor.

Poder-se-ia dizer, que também o reconhecimento da prescrição propriamente dita, como matéria de ordem pública, impediria a análise do mérito, também impedindo o "direito" do réu em se obter a absolvição.

Todavia, argumentam os opositores que, no caso de prescrição pela pena máxima, cuida-se de causa extintiva de punibilidade, que esta expressamente

prevista em lei, propiciando, de modo inequívoco, a extinção do processo sem que o réu pudesse obter em seu favor um édito absolutório.

Assim, como defendemos que a prescrição virtual interfere no interesse de agir e na justa causa para a ação penal, e não diretamente na extinção da punibilidade, não poderíamos fazer essa analogia.

Entretanto, ao comentar sobre o assunto, Ney Fayet Júnior (2007, p. 179) pronuncia que:

Se o processo é incapaz de produzir efeitos para o Estado (detentor do *jus puniendi*) também o será para o acusado. Não se pode permitir o curso processual com todos os aspectos que nele se envolvem de custo e serviço, unicamente porque o acusado quer uma sentença em um certo sentido.

Também atinente ao tema, Cláudia Ferreira Pacheco **apud** Francisco Afonso Jawsnicker (2010, p. 126/127), pontua:

Se é reconhecido que mesmo após prolação de sentença condenatória, com o advento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declaração da extinção da punibilidade do agente, este não tem qualquer interesse em recorrer para obtenção da absolvição, *a contrario sensu*, com muito mais razão se pode afirmar que a prescrição antecipada não fere qualquer direito do suspeito ou do acusado à absolvição

Ademais, somente haverá análise do mérito se estiverem presentes as condições da ação, se houver justa causa para o deslinde da ação penal. Conferir, no caso da prescrição virtual, o "direito" do réu em se obter um provimento jurisdicional, seria, por outro lado, ostentar uma manifesta coação ilegal contra ao mesmo, em prejuízo de todos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

7.3.6 Do Impedimento dos Efeitos Cíveis da Sentença Penal

Como é cediço, a sentença penal condenatória, poderá produzir efeitos no âmbito civil, em face da possibilidade de promover a execução do título obtido na esfera criminal naquele juízo. Em sede de execução, poderá fazer-se a liquidação do dano na esfera cível.

Nesse sentido, alguns pensadores rechaçam a prescrição virtual pelo que impediria a obtenção de um título executivo.

Primeiramente, é preciso dizer que nem é sabido se o réu será efetivamente condenado, sendo que somente nessa circunstância é que se poderá executar a sentença no juízo civil.

Ainda nesse pensamento, dizer que a prescrição virtual impede a obtenção de um título executivo, é considerar previamente o réu culpado, havendo aqui propriamente uma ofensa ao princípio da não culpabilidade.

Do mesmo modo, mister convir que, seja com o reconhecimento da prescrição retroativa de modo antecipado, seja posteriormente à sentença condenatória, o réu não obterá o título executivo.

Nessa esteira, o pensamento de Ney Fayet Júnior (2007, p. 178/179)

(...) se a prescrição retroativa será de qualquer forma decretada, antes, ou depois de um processo, a sentença, de qualquer forma, não terá força de título executivo, o efeito é o mesmo: o ofendido deverá ingressar com ação de conhecimento na esfera cível, sem poder valer-se de título pré-constituído em processo crime. Tanto num momento, quanto em outro, a sentença condenatória não produz efeitos: num, porque atingida pela prescrição retroativa, nos moldes previsto no Código Penal; noutro, porque a sentença não foi prolatada e a pena que se considera para fins de cálculo de prescrição é apenas uma projeção e não há sentença de mérito condenatória.

De se observar ainda que, a vítima, em ambos os casos, poderá propor ação de conhecimento no juízo cível em desfavor do autor do crime.

No caso da prescrição virtual, nunca é demais lembrar que, em face da ausência de interesse de agir e justa causa que eiva o processo, jamais poderá se haver sentença, de modo que a alegação de que seu reconhecimento impede a obtenção de título executivo, beira insensatez absoluta, uma vez que sequer sentença poderá existir em um processo carente de ação, que deve ser extinto de plano.

7.3.7 Da Possibilidade de *Mutatio Libelli*

Derradeiramente, os estudiosos argumentam ser impossível a aplicação da prescrição virtual, posto que, durante a instrução, poder-se-ia atribuir definição jurídica diversa ao crime imputado, podendo aumentar o prazo da prescrição se o crime for mais grave, restando inviável a aplicação da prescrição virtual.

Cumpramos aqui, mais uma vez, elucidarmos que, a prescrição virtual somente será reconhecida em casos excepcionais, quando fielmente puder se perceber, pelo caso concreto, que será aplicada a pena mínima ao agente.

Essa análise passa também pela definição jurídica do crime. Assim, quando houver um resquício de dúvida sobre a ocorrência de determinado crime, ou sobre a possibilidade de mudar sua definição jurídica, não poderá se aplicar a prescrição virtual.

Apesar do argumento mostrar respeito, mormente quando grande parte da jurisprudência que aplica a prescrição virtual o faz como causa extintiva de punibilidade, no que diz respeito ao nosso estudo, ele não subsiste.

Defendemos haver uma carência da ação, por ausência de interesse de agir e justa causa, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito. Assim, se sobrevier nova prova, que mude o crime de forma a agravá-lo, poderá se propor nova ação, como exporemos a seguir

Igual e mais fácil raciocínio deve ser feito quando ocorre a prescrição virtual na fase de inquérito. Aqui, não há polêmica, já que é pacífico que o despacho de arquivamento de inquérito não faz coisa julgada.

Então, se houver prova superveniente de que ocorreu novo crime, incidirá a hipótese do artigo 18 do CPP, podendo se iniciar a ação penal normalmente.

7.4 Natureza Jurídica

No decorrer desse estudo, defendemos que a ocorrência da prescrição virtual é circunstância que atinge condição para o exercício da ação penal (interesse de agir), inviabilizando, assim, que se obtenha justa causa para a persecução.

Assim sendo, o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa não extingue diretamente a punibilidade. Põe fim ao processo, sem que haja resolução do mérito, por inexistir interesse de agir e justa causa para a ação penal. Poderá atingir, *a posteriori*, e por via oblíqua, a punibilidade, desde que haja propriamente uma causa extintiva da punibilidade, que poderá ser inclusive a prescrição (regulada pela pena máxima cominada ao crime).

Destarte, evidencia-se a ocorrência da prescrição virtual como uma causa que conduz o processo a inexistência de interesse de agir e justa causa para seu regular prosseguimento.

7.5 Oportunidade de Declaração

Cumpramos analisarmos a sua verificação em dois momentos distintos: antes do início da ação penal, e durante sua transcorrência.

7.5.1 Durante a Fase de Inquérito Policial

Se se verificar a prescrição virtual ainda na fase de inquérito policial (para fatos cometidos antes de 05 de maio de 2010), deverá se promover o arquivamento do inquérito policial, pela ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal.

Nesse turno, como é sabido, o despacho de arquivamento do Inquérito Policial não faz coisa julgada, podendo o Ministério Público ou o querelante dar início a ação penal após o arquivamento, caso haja surjam novas provas. É a interpretação *contrario sensu* que se faz da súmula 524 do STF.

Também é cediço que a prova deve ser substancialmente nova, de modo a influir decisivamente sobre a *opinio delicti*, que não era possível se aferir anteriormente. Não basta que seja mais uma prova, deve essa nova prova mudar o juízo de valor realizado *apriori*.

No magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho, há exceções para essa regra, situação em que o despacho de arquivamento poderá se fazer coisa julgada (2007, p. 279):

(...) o STF, acertadamente, vem entendendo que a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, quando o fato nele apurado não constituir crime, produz mais que preclusão, e sim coisa julgada material, impedindo ulterior instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio, ainda que a denúncia se baseie em novos elementos de prova (*informativo STF n. 388*). Precedentes: *RTJ*, 179/755, 178/1090, 186/1040.

Portanto, a regra é que o despacho de arquivamento inquérito policial poderá ser revisto, desde que haja conhecimento posterior de prova

substancialmente inovadora. Exceção se impõe no caso que se arquivar o inquérito por haver concluído ser o fato atípico, conforme demonstrado acima.

Com relação à prescrição virtual, forçoso reconhecer que o despacho que arquivar o inquérito policial, se enquadrará à regra geral, ou seja, poderá ser revisto.

O fundamento do pedido de arquivamento é a ausência de interesse de agir e justa causa para a ação penal, deste modo, se sobrevier prova que demonstre ter ocorrido crime diverso, com pena mais grave, poderá perfeitamente se intentar a ação contra o autor do crime (obviamente se não tiver ocorrido causa de extinção de punibilidade), já que não se verificará ausência de interesse de agir pela nova pena cominada ao crime.

Exemplificando: é arquivado um inquérito policial por crime de furto contra o agente "A", já que haviam se passado 5 anos desde a prática do ilícito (pena mínima do crime de furto é 1 ano, prescreve, portanto, em 4 anos), verificando-se que o autor era primário, de bons antecedentes, e estavam ausentes circunstâncias agravantes e causas de aumento de pena. Porém, é levado ao conhecimento do membro do Ministério Público, após o arquivamento, uma testemunha, dizendo que, em verdade, o agente subtraiu a *res* mediante violência ou grave ameaça, havendo, portanto, crime de roubo. Nesse caso, como a pena mínima do crime de roubo é de 4 anos, prescrevendo, portanto, em 08, não terá ocorrido a prescrição virtual, havendo, por consequência, interesse de agir e justa causa para o início da ação penal.

Ainda, no que diz respeito a prescrição virtual na fase de inquérito, caso se ofereça a denúncia ou queixa, deverá o juiz rejeitar a peça, com fundamento no artigo 395, incisos II e III do CPP (ausência de interesse de agir e justa causa).

Caso seja a peça inaugural recebida, caberá a defesa impetrar *Habeas Corpus* no tribunal competente, diante da coação ilegal exercida (artigo 648, I, CPP).

7.5.2 Após a Propositura da Ação Penal

Há situações, no momento do oferecimento da denúncia ou queixa, que ainda não se havia operado a prescrição pela pena mínima, deste modo, havia interesse de agir e justa causa para se dar início a ação penal.

Ocorre que, durante a instrução, devido a sua morosidade peculiar, consumou-se o tempo atinente à prescrição pela pena mínima cominada ao delito, passando, então, a inexistir interesse de agir e justa causa para o prosseguimento do feito.

Poderá, então, o membro do Ministério Público postular a extinção do feito, por conta da ausência de condições intrínsecas à ação penal, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da indisponibilidade.

A defesa também poderá requerer a extinção do processo, e, caso não obtenha êxito, deverá impetrar *Habeas Corpus*, para ver alcançado seu objetivo.

Poderá até mesmo o magistrado, de ofício, reconhecer a ausência de justa causa, extinguindo a ação penal, já que lhe é conferido o poder de conferir *Habeas Corpus* de ofício, caso verifique que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º, CPP).

A controvérsia do tema reside na natureza da decisão que extinguiu o processo por ausência de interesse de agir ou justa causa: faria ela coisa julgada material ou formal? Poderia ser proposta nova ação caso se verificasse ocorrência de crime mais grave?

Surgem, como é de costume, duas posições.

A primeira entende que há a extinção do processo sem resolução do mérito, podendo, então, se propor nova ação, caso surja prova nova que modifique a capitulação legal do crime, de modo também a alterar o prazo prescricional.

Nas palavras de Pedro Paulo Guerra de Medeiros (jusnavigandi, 2008):

Se o Direito não está definitivamente eliminado, aquela ação extinta sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir, uma vez reconhecida a prescrição antecipada, poderia ser novamente intentada, desde que não extinta a punibilidade por qualquer motivo, caso fosse dada nova definição jurídica do fato, que importasse em imposição de pena mais grave (convém aqui mencionar as modificações levadas aos artigos 383 e 384 do CPPB pela Lei nº 11.719/08, referentes aos institutos da *Emendatio Libelli* e *Mutatio Libelli*).

Ressalte-se que, no caso que ora se discute, a extinção do processo se daria sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, considerando-se que, ao final, se operaria uma causa extintiva da punibilidade, o que é diferente do julgamento com análise de mérito, em que se declara extinta a punibilidade por qualquer motivo.

Não seria julgado extinto o processo por ter ocorrido extinção da punibilidade, mas por falta do interesse de agir. A prescrição, então, seria analisada à luz das condições da ação, somente para fins de caracterização do interesse processual, uma vez que, caso o processo prosseguisse até o seu fim, estaria extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, carecendo de sentido, portanto, o movimento da máquina judiciária.

Diante disto, não tendo ocorrido causa que efetivamente extinguisse a punibilidade, poderia ser proposta nova ação, caso sobreviesse prova de ter ocorrido crime mais grave, alterando o prazo prescricional, uma vez que se extingui o processo por ausência de interesse de agir.

Sustenta-se uma interpretação analógica ao Código de Processo Civil, já que em seu artigo 268 *caput* permite-se a propositura de nova ação, caso o processo seja extinto sem resolução do mérito, nas hipóteses do artigo 267 (com exceção ao inciso V, situação que far-se-á coisa julgada material).

Por outro lado, há defensores de que a decisão que extinguir o processo por ausência de interesse de agir, não poderia ser mudada. Assim, se em um processo em andamento, ocorrer a prescrição virtual, promovendo-se a extinção do feito, mesmo que haja prova superveniente de que ocorrera crime mais grave, não se poderá propor nova ação.

Fernando da Costa Tourinho Filho compartilha desse entendimento. Para ele (2007, p. 535), as condições da ação (incluindo o interesse de agir), no processo penal, constituiriam o *fumus boni juris*, necessário para a validade da ação penal.

Nesse raciocínio, comenta o autor (2007, p. 534):

Certo que, se o *fumus boni juris* esvaecer-se na instrução, haverá sentença absolutória, com fulcro no art. 386, VI, do CPP. Poderia ser uma decisão de carência... Entretanto, para resguardar mais ainda o *status dignitatis* e o *status libertatis* do imputado, o Estado impede a renovação do processo, ainda que posteriormente surjam provas esmagadoras (...)

Observe que o autor entende não haver carência da ação, mas sim uma sentença absolutória, de modo que estaria sob o manto da coisa julgada.

O mencionado autor, ainda defendendo seu ponto de vista, contextualiza dizendo que "não se pode processualizar civilmente o Processo Penal" (2007, p. 534). Demonstrando sua rejeição à aplicação análoga do Código de Processo Civil.

Sem se desprezar a controvérsia da questão, respeitando os argumentos convincentes que defendem ambos os posicionamentos, entendemos que a prescrição virtual ocasiona uma extinção do processo sem resolução do mérito, pela evidente carência da ação, haja vista ter ficado "manca", após o desaparecimento do interesse de agir, inexistindo, da mesma forma, justa causa para o prosseguimento da ação.

Não cremos ser o melhor juízo considerar que a decisão que põe fim ao processo, por força da prescrição virtual, esta revestida pela imutabilidade. Este é extinto tendo em conta uma cognição sumária, e não por meio de cognição exauriente. Apenas se reconhece que falta interesse de agir, por que não se poderá aplicar a pena para aquele crime, e extingue-se o processo.

Total diferença se verifica quando há circunstancia, mesmo após a extinção do processo, que possibilite modificar o crime, aumentando também o prazo da prescrição.

Ora, a extinção do processo no primeiro momento, se deu com base no crime de menor gravidade, assim, a ausência de interesse de agir somente se efetivou por que se tratava de um crime que previa pena menor que o segundo.

Posteriormente, se comprovada a ocorrência de crime mais grave, não poderia o agente ficar impune com fundamento em uma extinção do processo por ausência de interesse de agir que se deu em virtude de outro crime.

Assim, não seria coerente, por exemplo, se ao agente, que ficasse devidamente provado ter sido autor de crime de roubo, não se pudesse intentar nova ação penal, somente por considerar que o seu processo anterior, por crime de furto, foi extinto por ausência de interesse de agir, já que, naquele procedimento, foi averiguado que, pela pena mínima, não se importaria sanção ao agente, considerando a prescrição que inevitavelmente iria retroagir.

7.6 Efeitos

Os efeitos da prescrição virtual, porquanto não haver sentença condenatória, são os mesmos que se verificam quando da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Assim, se extinguirá os efeitos primários, secundários e extra penais da condenação, tal como ocorre naquela.

Insta salientar que, embora a prescrição virtual não confira à vítima eventual título para se executar na esfera cível, justamente por impedir o decreto absolutório ou condenatório, nada influi no ressarcimento do dano: poderão os prejudicados intentar ação de conhecimento no juízo civil para verem satisfeitos seus direitos.

8 CONCLUSÕES

No transcurso do estudo, ao analisarmos pormenorizadamente o instituto da prescrição penal, pudemos concluir que sua ocorrência extingue tecnicamente a pretensão punitiva ou executória do Estado.

A despeito da Doutrina defender a extinção do poder de punir do Estado, ainda que seja pelo não exercício de sua pretensão, entendemos haver equívoco nessa linha de raciocínio. O poder de punir estatal é perene, não se extingue, ao passo que a pretensão poderá ser excluída se verificada a prescrição penal.

O debate se propõe meramente sobre a tecnicidade da matéria, vez que, tanto ao considerar extinguir o direito de punir, como ao entender a extinção da pretensão, o resultado será o mesmo: a extinção da punibilidade.

Sobre seus efeitos, mormente se concebendo que o poder de punir e a pretensão possuem raízes no direito material (penal), produzirão as mesmas consequências.

Entretanto, ao conceituar de maneira diversa direito de punir, pretensão punitiva e punibilidade, e classificando a prescrição como extinção do poder de punir, entendemos não ser possível lecionar na sequência a prescrição da pretensão propriamente, de sorte que julgamos haver certa incoerência da Doutrina nesse ponto, mesmo que seja eminentemente técnica ou terminológica.

No que tange ao instituto da prescrição virtual, inobstante existirem poderosos argumentos contrários, entendemos ser possível sua aplicação.

Nesses casos, inexistirá interesse de agir e justa causa para o início ou continuidade da ação penal, não sendo uma causa de extinção da punibilidade.

Creemos também que, no caso do processo ser extinto pela prescrição virtual, poderá nova ação ser proposta, caso posteriormente se comprove ter ocorrido crime mais grave, já que o processo é extinto por ausência de uma de suas condições (interesse de agir), não sendo feita uma cognição exauriente, que propriamente revestiria de imutabilidade o pronunciamento judicial.

BIBLIOGRAFIA

AGRICULTURA. *Wikipedia*. Artigo Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Agricultura>. Acessado em 20 de março de 2010, às 15h30min.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução: Torrieri Guimarães. Título original: *Dei delitti e delle pene*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO Jr., Roberto; Delmanto, Roberto; Delmanto, Celso. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Prescrição Penal, Temas Atuais e Controvertidos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: RT, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume I.** 8 ed.; São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente.* Disponível em <http://www.lfg.com.br> 11 maio, 2010.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada.** 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal.** 17. ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. et al. **Prescrição Após a Lei Nº 12.234 de 05/05/2010.** APMP, São Paulo, 2010.

LA ROSA, Mariano R. **La Prescripción en el Derecho Penal.** Buenos Aires: Astrea, 2008.

LOZANO JR., José Júlio. **Prescrição Penal.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal, Prescrição Funcionalista.** São Paulo: RT, 2000.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. *A Prescrição Retroativa Pela Pena Em Concreto Perspectiva No Direito Penal Brasileiro.* Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14532>. Dezembro, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Volume I, 20. ed.; São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa Para a Ação Penal.** São Paulo, RT, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8 ed.; São Paulo: RT, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** ou princípios do direito político : texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SANTOS, Ozéias J. **Prescrição Penal: teoria, legislação, prática e jurisprudência**. Campinas: Julex, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume I, 29. ed.; São Paulo: Saraiva, 2007.

TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.