

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RECONHECIMENTO E VALIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL
OU ANTECIPADA DA PENA EM PERSPECTIVA**

Renee do Ó Souza

Presidente Prudente/SP
Outubro/2001

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RECONHECIMENTO E VALIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU
ANTECIPADA DA PENA EM PERSPECTIVA**

Renee do Ó Souza

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Doutor Tito Lívio Seabra.

Presidente Prudente/SP
Novembro/2001

**RECONHECIMENTO E VALIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL
OU ANTECIPADA DA PENA EM PERSPECTIVA**

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

TITO LÍVIO SEABRA

MARCUS VINICIUS SEABRA

LEONARDO MAZZILLI MARCONDES

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2001.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente quero agradecer à Deus que me concedeu inteligência e discernimento suficiente para vencer este obstáculo e outros que ainda surgirão. Minha gratidão recai ainda sobre toda a minha família que tem me apoiado e estimulado tanto. À meu orientador e amigo Tito Lívio meu sincero muito obrigado. À meus amigos e colegas que de alguma forma colaboraram e ajudaram na conclusão deste trabalho, meu muito obrigado.

RESUMO

Recentemente fora criado um novo instituto denominado prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva ou projetada que tem sido alvo de várias discussões e discórdias na doutrina e na jurisprudência, ora defendendo, ora atacando essa criação eminentemente brasileira, o que justifica e estimula seu estudo mais aprofundado.

Para tanto, neste trabalho o autor discute as regras da prescrição ditadas pelo próprio Código Penal e suas subespécies, o sistema penal brasileiro de aplicação de pena e por fim das chamadas condições da ação.

É justamente do estudo destas matérias que surge a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva ou projetada. Afirma que apesar do nome **prescrição** virtual, trata-se na verdade de um caso de falta de interesse de agir ou justa causa. Consiste, resumidamente, no seguinte exercício mental: Primeiro vislumbra-se a pena que será aplicada ao caso concreto sopesando os dados de atribuição de pena, daí a denominação prescrição da pena em perspectiva. Depois se constata de forma antecipada a inevitável ocorrência da prescrição retroativa ao final da demanda. E finalmente, percebendo a desnecessidade e inutilidade da ação penal, conclui-se pela inexistência do interesse de agir.

Várias vantagens também foram apontadas do acolhimento e reconhecimento da prescrição virtual como a celeridade processual ou combate à morosidade da justiça, economia das atividades jurisdicionais em nome da boa utilização do dinheiro público, preservação do prestígio e imagem da justiça pública ou atenção a processo úteis em detrimento daqueles que serão efetivamente atingidos pela prescrição, etc.

Conclui e arremata finalmente o autor que iniciar, em casos tais, a perseguição penal judicial, ou, se for o caso, dar-lhe prosseguimento, seria o mesmo que nadar, nadar e morrer na praia. Negar-lhe validade e consistência é mesmo que contemplar o labor infrutífero e o trabalho em vão, não havendo motivos fortes suficientes que afastem a sua contemplação e existência.

A pesquisa foi baseada em material essencialmente bibliográfico, realçando a opinião dos mais conceituados doutrinadores, assim como a citação de jurisprudência pertinente ao tema.

ABSTRACT

Recently a new institute denominated prescription virtual or premature of the feather had been created in perspective or projected that it has been objective of several discussions and discords in the doctrine and in the jurisprudence, some times defending, other times attacking that creation eminently Brazilian, that it justifies and it stimulates his study more deepened.

For so much, in this work the author discusses the rules of the prescription dictated by the own Penal code and their subspecieses, the system penal Brazilian of feather application and finally of the calls conditions of the action.

It is exactly of the study of these matters that the prescription virtual or premature of the feather appears in perspective or projected. He affirms that in spite of the name virtual prescription, it is treated actually of a case of lack of interest of acting or fair cause. It consists then, concisely, in the following mental exercise: First it is glimpsed the feather that will be applied to the concrete case applying the data of feather attribution, then the denomination prescription of the feather in perspective. Then it is verified in a premature way the inevitable occurrence of the retroactive prescription at the end of the demand. It is finally, noticing the need lack and the uselessness of the criminal procedure, it is concluded by the inexistence of the interest of acting.

Several advantages were also pointed of the reception and recognition of the virtual prescription as the procedural velocity or it combats to the slowness of the justice, economy of the judicial activities on behalf of the good use of the public money, preservation of the prestige and image of the public justice or attention to I process useful to the detriment of those that they will be reached indeed by the prescription, etc.

It ends and it finishes up the author finally that to begin, in such cases, the judicial penal persecution, or, if it is the case, to give him pursuit, it would be the same as to swim, to swim and to die at the beach. To deny him validity and consistence is same that to contemplate the fruitless labor and the work in vain, not having enough strong reasons that they move away her contemplation and existence.

The research was based on material essentially bibliographical, enhancing the opinion of the more considered authors, as well as the citation of pertinent jurisprudence to the theme.

SUMÁRIO

I.	Introdução	9
II.	Extinção da punibilidade.....	11
	1. Conceito.....	11
III.	Prescrição.....	14
	1. Conceito.....	14
	2. Justificativas.....	15
	3. Esboço histórico.....	18
	4. Espécies legais.....	20
	4.1. Prescrição da pretensão punitiva.....	20
	Contagem do prazo.....	21
	Início da contagem ou termo inicial.....	24
	Interrupção da contagem.....	24
	Causas suspensivas da prescrição.....	27
	Prescrição da pretensão punitiva intercorrente.....	29
	Prescrição da pretensão punitiva retroativa.....	31
	Efeitos da prescrição da pretensão punitiva.....	34
	4.2. Prescrição da pretensão executória.....	35
	Contagem do prazo.....	35
	Início da contagem ou termo inicial.....	36
	Causas interruptivas e suspensivas.....	38
	Efeitos da prescrição da pretensão executória.....	38
IV.	Da ação.....	39
	1. Introdução.....	39
	2. Teorias evolutivas da ação.....	40

2.1. Teoria imanentista ou Clássica ou Civilista unitária.....	40
2.2. A ação como direito autônomo – a polêmica de Windscheid – Muther.....	40
2.3. Teoria da ação como direito autônomo e concreto – Adolph Wach.....	41
2.4. Ação como direito autônomo e abstrato.....	42
2.5. Teoria de Liebman.....	42
3. Conceito atual de ação.....	43
4. Natureza jurídica.....	43
5. Ação civil e ação penal.....	43
6. Condições da ação.....	44
6.1. Possibilidade jurídica do pedido.....	44
6.2. Legitimidade de partes.....	45
6.3. Interesse de agir.....	47
7. Carência da ação.....	50
V. Prescrição virtual ou antecipada.....	51
1. Reconhecimento ou constatação.....	51
2. Outros fundamentos ou justificativas.....	57
3. Pontos resistentes à prescrição virtual.....	60
VI. Conclusão.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

I – INTRODUÇÃO

A prescrição tem importância real e concreta para o direito porque guarda com esta ciência íntima relação de garantia individual e desenvolvimento social. No direito penal sua existência e segurança são aceitas de forma irrestrita, operando-se para extinguir a punibilidade antes ou depois da sentença penal condenatória.

No entanto, surgiu, recentemente, novo instituto denominado prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva ou projetada que tem sido alvo de várias discussões e discórdias doutrinárias e jurisprudenciais, o que justifica e estimula seu estudo mais aprofundado.

Foi adotado procedimento de pesquisa doutrinária e jurisprudencial afim de, inicialmente entender e interpretar as matérias relevantes ao tema e posteriormente como meio de dar subsídios favoráveis à contemplação da prescrição virtual. Para tanto, foi realizada uma ampla pesquisa bibliográfica na doutrina nacional, complementando o estudo com a citação de jurisprudência correlata.

Utilizou-se como instrumento metodológico científico o método dedutivo, fazendo-se uma abordagem geral das matérias ditas principais que dão suporte à prescrição virtual, a fim de averiguar sua existência e efeitos.

Desta forma, o trabalho possui capítulos referentes a estas matérias fundamentais de forma inicial para que uma vez entendidas e entrelaçadas proporcionem um perfeito entendimento do tema proposto. Objetivando, destarte, dar real constatação e analisar as conseqüências da prescrição virtual ou antecipada a presente monografia abordou a prescrição, instituto comum de vários ramos do direito, dando enfoque especial à prescrição penal e suas subespécie, notadamente a prescrição retroativa. Tratou ainda da ação como direito público e subjetivo de provocar a tutela jurisdicional estatal, destacando as ditas condições da ação, sobretudo do interesse de agir, eis que o tema decorre destes dois assuntos principais.

Ao final, a pesquisa revelou um procedimento um tanto complexo para a constatação da prescrição virtual ou antecipada e apontou as conseqüências dela

decorrentes, sendo que sua aceitação pelos operadores do direito mostra-se plausível e recomendada.

II - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1. Conceito: A punibilidade sempre teve grande relevância no direito penal, sendo que sua comprovação e demonstração sempre estiveram intimamente ligada à própria evolução do direito penal.

É certo que nos primórdios da civilização organizada, em que a figura do Estado ainda não imperava e regulava as relações humanas, o direito penal estava diretamente ligado ao sentimento de vingança. O criminoso sofria as conseqüências de seu crime de maneira pessoal, atendendo-se a vontade única e exclusiva da vítima. Nos dizeres Antonio Scarance, era o “período da vingança privada ou de sangue, em que a vítima agia por suas próprias forças ou com o apoio da comunidade, com forte componente de caráter religioso, marcou os estágios mais antigos da civilização. Nessa fase, prevalecia a luta, ainda cruel, pela própria sobrevivência pessoal, da família ou da tribo. A vingança compreendia geralmente a imposição ao antagonismo de males físicos, ou até de morte, para evitar outro atentado, e também a tomada de seus bens materiais... Nesse ambiente, quando ainda inexistiam sistemas sociais mais organizados política e juridicamente, cabia à vítima e sua tribo punir o ofensor e o seu clã. Tudo dependia, entretanto, da força pessoal da vítima ou de seu grupo para impor-se ao antagonista¹”.

Muitas vezes, contudo, a vítima não podia satisfazer sua represália porque não tinha condições de se impor ou de punir seu agressor por ele ser mais forte, mais astuto ou mais poderoso. Prevalecia assim a lei do mais forte, ou do mais astuto.

A medida em que o Estado foi assumindo uma função maior de coordenação das relações humanas passando a dirimir os conflitos da sociedade, assumiu também o desempenho de punir e castigar os criminosos. Revestiu-se do direito-dever de punir, o *jus puniendi*, substituindo os particulares na solução dos conflitos que surgiam na sociedade.

Também assim preconiza Ana Sofia Schmidt de Oliveira²:

¹ Antonio Scarance Fernandes. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995, p.13.

² Ana Sofia Schmidt de Oliveira. A vítima e o direito penal. São Paulo: RT, 1999, p. 33.

“Os motivos que fazem com que a vítima deixe de ter um papel central na solução do conflito penal identificam-se, principalmente, com a assunção do Estado, do poder punitivo. O declínio da vítima no sistema penal coincide com o nascimento do Estado e do direito penal como instituição pública: o direito penal estatal surge exatamente com a neutralização da vítima. O Estado assume o controle absoluto do *jus puniendi*, convertendo-se no exclusivo detentor do monopólio da reação penal”.

Passou, então, o Estado a ter o direito de punir os eventuais infratores da lei penal. Essa possibilidade de impor a um delinqüente, a um infrator das normas penais, uma pena é a chamada de punibilidade. Em outras palavras, punibilidade é a possibilidade do Estado impor a sanção ao autor de um delito.

Essa possibilidade não pode, entretanto, ser eterna e absoluta. O Estado deve desempenhar-se e resolver este conflito o mais rápido possível ou sob condições que justifiquem a punição, sob pena de perder este direito de penitenciar, ou seja, sob pena de ter extinta a punibilidade.

Extinção da punibilidade, portanto, é a perda do direito de punir do estado em face de algum acontecimento, fato ou ato jurídico, que impossibilita a imposição da pena. Na Exposição de Motivos do Código de 1940, em sua primeira redação, o Ministro Francisco Campos assim definiu: “O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados, no artigo 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado. Dá-se, como disse Maggiori, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do direito de punir do Estado. Deve-se dizer, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política”.

O Código Penal passou a disciplinar a extinção da punibilidade em seu artigo 107 e seus nove incisos. O rol constante neste artigo, entretanto, não é exaustivo ou taxativo. Trata-se de mera classificação exemplificativa, uma vez que outras disposições penais prevêm outras formas e hipóteses de extinção da punibilidade, como por exemplo, o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia no crime de sonegação de imposto, transação penal ou cumprimento do período de suspensão condicional do processo sem revogação, instituídos pela lei n.º 9099/95, etc.

É justamente aqui que se encontra a prescrição. Esta é uma espécie de extinção da punibilidade e vem prevista no artigo 107, precisamente, no inciso IV do Código Penal.

Vários são os motivos que justificam a extinção da punibilidade. Todavia, não teceremos comentários a esse respeito neste ponto do trabalho por não ser o melhor momento. Posteriormente, quando analisarmos as justificativas ou os motivos para a existência da prescrição, traçaremos um estudo paralelo às justificativas da própria extinção da punibilidade.

III - PRESCRIÇÃO

1. Conceito: A prescrição é instituto comum a vários ramos do direito, seja do direito público seja do direito privado. Em todos eles significa, de maneira mais ampla, a perda de um direito face o transcorrência do prazo sem a utilização desse direito. O saudoso Clóvis Beviláqua define prescrição como a perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo³.

E no campo do direito penal não poderia ser diferente. A prescrição é uma causa de extinção da punibilidade decorrente do transcurso do tempo, ou seja, ela decorre do decurso do tempo sem que o Estado exerça seu poder punitivo. Nota-se que, seguindo a idéia geral, a prescrição penal é a perda de um direito (direito de punir) em face da decorrência do prazo sem o efetivo exercício deste direito. Seu conceito sempre deverá ter esta idéia inserida como elemento fundamental. As conceituações dos penalistas também transparecem a idéia geral acima descrita de perda do direito por causa do tempo transcorrido. Neste sentido é a definição de José Frederico Marques⁴:

“A prescrição penal é a perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinqüente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva”.

Sua definição apresenta pequenas variações, pois, a prescrição penal se divide em duas espécies: da pretensão punitiva e da pretensão executória. Mas a associação da prescrição à perda de um direito face o transcurso do tempo também se encontra esculpida nas duas espécies, conforme o julgado a seguir transcrito:

³ Clóvis Beviláqua. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v. I. Edição histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1940, p. 435.

⁴ José Frederico Marques. Curso de Direito Penal, v. III. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 412.

“Define-se a prescrição como a perda do direito em virtude do decurso de um determinado tempo. Em Direito Penal, nesses termos, seria a extinção do direito de punir do Estado, em virtude de não ter sido este exercido dentro dos prazos legais. Pode ela ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença, quando extingue aquela pretensão punitiva, e, conseqüentemente, o direito de exercer a ação, ou, posteriormente a esse fato, quando põe fim ao direito de aplicar a pena, impedindo a execução do título executório⁵”.

2. Justificativas: Várias são as razões e as causas para a existência da prescrição. Cumpre inicialmente salientar que o direito é decorrente das relações de fato investidas de maior importância. As normas jurídicas espelham e regulam a vida da sociedade, regulando as várias situações fáticas que a envolvem. Nota-se assim a importância das relações de fato para a sistematização de normas ou a criação e extinção de direito.

O simples transcurso do tempo, que é um acontecimento fático natural, tem como conseqüência a criação, extinção ou modificação de relações fáticas e em longo prazo, das próprias relações jurídicas. Assim é que o simples passar dos anos dá à pessoa vários direitos e deveres, como por exemplo, a maioridade penal aos dezoito anos completos, ou a maioridade civil aos vinte e um anos.

É justamente baseado neste raciocínio que existe a prescrição. O transcurso do tempo gera e cria uma nova situação fática que se reveste de caráter imutável, revestindo-a de segurança nas relações entre as pessoas que integram a sociedade. Não pode assim o direito ir de encontro com esta segurança de fato, sob pena de causar desajustes na sociedade e afrontar a própria razão de ser do direito. É o chamado poder dos fatos sobre o direito, enfraquecendo o poder positivista do Estado.

Por isso contempla-se a prescrição. Sua existência possibilita uma maior tranqüilidade na sociedade que vê um acontecimento natural, como o decurso do tempo, revestir-se de segurança e estabilidade jurídica, tornando-a indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos. Assim, por exemplo, o credor deve buscar receber o que lhe é devido dentro de um certo prazo sob pena daquela situação fática transmutar-se em situação jurídica imutável. Aqui se nota facilmente este caráter assecuratório de que se reveste a prescrição, vez que a

⁵ TACRIM-SP-AC 46.013 – Voto vencedor: Rezende Junqueira.

possibilidade de se cobrar uma simples dívida eternamente tornariam as relações creditícias muito incertas e onerosas.

Mais precisamente no direito penal, sempre seguindo a idéia geral acima aludida, muitos são os motivos que fundamentam a prescrição.

A mais facilmente visualizada é que funciona ela como um castigo à desídia ou descaso do Estado em deixar de fazer atuar seu direito de penitenciar. Não agindo em momento hábil ou pelo menos em tempo suficiente para dar efetivo cumprimento a sanção da conduta delituosa do agente. O Estado deve ser punido com o detrimento de seu direito de atuar, pois, não soube exercê-lo ou conservá-lo. Aliás, esta idéia, contida na expressão *dormientibus non succurrit jus*, cuja tradução é o “direito não socorre aquele que dorme”, está embutida em todos os ramos do direito.

Outra causa é a dificuldade de se colher provas contra alguém que praticou um delito há algum tempo, o que se mostra prejudicial e desaconselhável. Sem dúvida que vestígios desaparecerão, testemunhas não serão encontradas, entre outras provas que indubitavelmente se tornarão de difícil e até impossível produção. A prova será por vezes insuficiente à comprovação da autoria e da materialidade do delito praticado. Essa motivação tem cunho eminentemente processual, vez que a dificuldade de colheita de provas inviabiliza a ação penal, notadamente se consideramos os princípios da verdade real e do *in dubio pro reu* vigentes no nosso sistema penal atual.

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

repercussão social causada pelo delito vai diminuindo ou sendo consumida pelo decurso do tempo. A paz social antes violada reintegra-se pelo transcurso do período longo, ocasionando o desinteresse do Estado pela punição do réu.

Há ainda o fundamento ligado à pessoa do próprio infrator como bem lembraram os professores Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ⁶. Vejamos:

“... a razão fundamental da prescrição está em que o homem que está diante do tribunal não é mesmo que cometeu o fato (Schultz), assim como o homem que se encontra frente ao órgão de execução não é o mesmo que foi sentenciado. Se a ressocialização produz-se espontaneamente, sem a intervenção da coerção penal, esta carece de sentido”.

Ilustrando bem essa posição acima, o professor Aloysio de Carvalho Filho⁷ conta-nos um episódio forense que ocorreu no estado da Bahia em que um homem, acusado de crime de homicídio passional foi encontrado e identificado dezoito anos depois da prática do fato. Levado a julgamento constatou-se que o período em que se encontrou foragido colecionou excelentes atestados de comportamento individual e social. Foi condenado a uma pena de cerca de 21 anos, mas que não foi executada por ter se reconhecido a prescrição. Ora, facilmente se denota a ressocialização deste indivíduo que se apontou definitiva, vez que o sentenciado prescindira de pena para se reintegrar ao convívio social.

Não acreditamos que alguns desses fundamentos revestem-se de maior importância que outro. Não há preponderância de um sobre o outro. Todas as justificativas e razões aqui apontadas mostram-se plausíveis e revestidas de seriedade, razão pela qual acreditamos que a prescrição funda-se em todos esses argumentos de forma solidária e conjunta. Todos se prestam a demonstrar a importância que a prescrição tem para o direito e para a defesa do interesse social, motivando nossa legislação pátria a adotá-la.

As justificativas da prescrição guardam íntima relação com as próprias justificativas da extinção da punibilidade. Com efeito, flagra-se nos dois institutos

⁶ Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: RT, 1997, p. 756.

⁷ Aloysio de Carvalho Filho. Comentários ao Código Penal, v. IV. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 216.

o caráter punitivo para o Estado e assecuratório para o acusado de uma infração penal, tornando a relação entre eles, formalizada e ditada de regras semelhantes.

3. Esboço histórico: A prescrição virtual é criação recente e inovadora. Entretanto, a prescrição (de forma mais ou menos genérica) é, há muito tempo, conhecida e defendida, razão pela qual, um estudo breve de sua evolução histórica mostra-se, pertinente e necessária.

Curiosamente, a prescrição surgiu como meio de aquisição de direitos no antigo direito romano, que reconhecia o possuidor, transcorrido certo intervalo de tempo, como o legítimo proprietário de um bem. Era então colocada na fórmula do pretor antes da *demonstratio* esse direito do possuidor, o que eximia o magistrado da análise do mérito da causa. Daí a origem da denominação *praescriptio*, que significa um escrito posto antes (*prae-scriptio*).

O simples lançamento desta expressão então passou a significar, de uma só vez, a aquisição do direito do possuidor em proprietário e, em contrapartida, a perda do direito de seu adversário. Surgiu finalmente a idéia de perda do direito pela prescrição. Cabe ressaltar que no direito romano antigo, as ações eram eternas ou perpétuas e não deixavam de ser possíveis nunca.

O exercício dessa nova maneira de extinção de direitos, com o passar do tempo, ampliou-se e possibilitou à qualquer pessoa eximir-se de obrigações ou dos efeitos da demanda contra ela proposta. O argumento utilizado era o não ajuizamento daquela determinada ação no tempo devido e adequado para a satisfação de um interesse, razão pela qual não deveria ele ser satisfeito.

As ações passaram a possuir um prazo máximo de exercício, como as ações reais com prazo de dez anos entre presentes e vinte entre ausentes, o que se denominou *praescriptio longum tempus*. Mais tarde surgiu a *praescriptio longissimum tempus* com prazo de trinta anos, aplicáveis a vários tipos de ações.

No direito penal sua aplicação mostrou-se mais combatida face o caráter pessoal e subjetivo que se revestia este ramo do direito. A íntima relação entre a punição do agente com o sentimento de vingança realmente tornava inadequada a idéia de perda deste direito, passado quanto tempo fosse. Ademais, era ela encarada como meio de contestar o poder soberano do rei uma vez que as acusações penais eram intentadas em seu nome e contra ele não corria o tempo.

Com a evolução do Estado, o crescimento da atividade jurisdicional e o conseqüente afastamento deste caráter individual da pena, conforme esclarecido no capítulo de extinção da punibilidade, passou-se a vislumbrar a perda deste direito pelo decurso do tempo.

Por isso que a prescrição iniciou sua operatividade no direito penal de forma mais ou menos tímida, aplicável ainda no direito romano, inicialmente, somente à ação, e restringida a alguns delitos, sendo que estes, na sua grande maioria eram imprescritíveis. No panorama mundial também se vislumbra forte resistência a ela, vez que não era aplicada aos delitos mais graves. Aníbal Bruno, sobre alguns argumentos de resistência à prescrição ao longo da história, relata:

“O período do Iluminismo não lhe foi favorável. Beccaria opôs-lhe a consideração de ser perigosa para a segurança da sociedade (Dei Delitti e delle Poene, § 30), e Feuerbach acusava-a de enfraquecer o poder intimidativo da cominação penal, e só veio a admiti-la de modo muito limitado no seu Código de Baviera. Os positivistas lhe têm sido contrários (v. Garofalo, Criminologia, 2ª ed., II, pág. 322). Florian, por exemplo, partindo da observação de que não se pode a priori atribuir à prescrição valor absoluto e geral, sugere que se faça depender a sua aplicação das condições pessoais do réu, que se demonstrem a sua não perigosidade criminal, transformando de presunção em realidade de cessação do interesse em punir, em que se funda o instituto (Trattato di Diritto Penale, I, pág. 1.138)⁸”.

O instituto só passou a ser prestigiado, e mesmo assim restringido à modalidade de prescrição da ação, no século XVIII, pelo Código Penal Francês de 1791. Suas vantagens e fundamentos, conforme já exposto, foram, pouco a pouco, ganhando adeptos e defensores, o que tornou definitiva sua contemplação geral.

No Brasil também se denota a gradativa evolução do instituto da prescrição e de sua escola. O Código Criminal de 1830 estabelecia expressamente a não prescrição das penas. Só havia, portanto, a prescrição da ação, que variava conforme o crime. Se afiançável, o prazo era menor, se inafiançável o prazo era um pouco mais dilatado.

⁸ Anibal Bruno. Direito Penal, Parte Geral, Tomo 3º. 3ª ed, São Paulo: Forense, 1967, p. 209/210, rodapé.

Cumpra observar uma curiosidade contemplada neste diploma legal quanto a prescrição do crime afiançável, que só se operava quando o criminoso ausente estivesse em lugar sabido, dentro do território nacional. Nota-se facilmente a idéia geral da prescrição em castigar o Estado de sua desídia e descuido que não pode punir o criminoso porque não agiu dentro de um tempo limite, apesar de conhecer seu paradeiro. Essa vinculação da prescrição ao paradeiro sabido do acusado só foi afastada com o advento do dec. n.º 774, de 20 de setembro de 1890, onde não mais se cogitava dessa circunstância.

Posteriormente, o Código Penal de 1890 admitiu a prescrição da ação e da pena, subordinando-as aos mesmos prazos, conceitos e regras que se encontram abarcados por nossa legislação até os dias atuais.

4. Espécies legais: A prescrição é instituto contemplado pelas nossas leis conforme já afirmado anteriormente. Nossa legislação contempla duas espécies básicas de prescrição: a da ação e da pena. A primeira é denominada prescrição da pretensão punitiva e a segunda de prescrição da pretensão executória.

Vejamos as diferenças e as particularidades de cada classe:

4.1. Prescrição da pretensão punitiva: A compreensão desta espécie está diretamente relacionada com a concepção da prescrição virtual, motivo pelo qual daremos a ela maior ênfase do que à prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva ocorre, em regra, antes da sentença penal condenatória transitar em julgado e representa a perda do direito do Estado de impor pena ou sanção por decurso de determinado prazo. Observe-se que a sentença penal condenatória passada em julgado é o marco divisor entre as duas espécies de prescrição.

Uma vez assinalada, não há que se falar em condenação do acusado, pois a perda do direito do Estado fulminou a própria pretensão punitiva, isto é, eliminou a própria acusação e o poder-dever do Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal. Seu reconhecimento impede o início ou interrompe a ação penal que está em andamento, e por isso, alguns doutrinadores a chamam de prescrição da ação.

Entretanto, Damásio Evangelista de Jesus, com a pertinência que lhe é peculiar, adverte⁹:

“Mas não é só a prestação jurisdicional que deve ser entregue dentro de certo lapso temporal. O início da persecução criminal por intermédio do inquérito policial e o começo da ação penal também estão condicionados ao decurso do tempo. Depois de determinado período temporal o inquérito policial não pode ser instaurado nem a ação iniciada”.

Ora, é cediço que inquérito policial não é ação. Trata-se de mero procedimento administrativo de natureza inquisitiva. Logo não há como denominar a prescrição da pretensão punitiva de prescrição da ação.

4.1.1: Contagem do prazo: Para a fixação dos prazos, cumpre esclarecer que, como não houve implementação de sentença e conseqüentemente de pena, o cálculo do prazo prescricional é feito através da maior pena possível que o juiz poderia fixar ao caso concreto, ou seja, sua estimativa é baseada na maior pena contida no preceito secundário da norma incriminadora. Por isso afirma-se que seu cálculo é feito pela pena em abstrato do delito.

O artigo 109 do Código Penal define a prescrição da pretensão punitiva e estabelece os prazos correspondentes às penas dos crimes, *in verbis*:

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

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

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

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

⁹ Damásio Evangelista de Jesus. Prescrição Penal. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 28.

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

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

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

Daí decorre o seguinte quadro explicativo:

Pena	Prazo Prescricional
Menor que 1 ano	2 anos
De 1 até 2 anos	4 anos
Mais de 2 até 4 anos	8 anos
Mais de 4 até 8 anos	12 anos
Mais de 8 até 12 anos	16 anos
Mais de 12 anos	20 anos

Para saber qual o prazo prescricional de um determinado delito, basta a verificação da pena máxima cominada à ele, e proceder seu enquadramento num dos incisos do artigo 109 do Código Penal ou na tabela acima elaborada. Assim, por exemplo, o crime de dano, previsto no artigo 163 do Código Penal, possui como máxima a pena de detenção de 6 (seis) meses. Aplicando-se a tabela acima, tem-se que o prazo da prescrição da pretensão punitiva é de 02 (dois) anos. Dessa forma, caso não seja recebida a queixa crime dentro deste prazo, deverá ser declarada e operada a prescrição, extinguindo-se a punibilidade do causador do dano.

O reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas descritas nos artigos 61, 62 e 65 do Código Penal não podem ser levadas em consideração para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva porque elas não podem alterar e fazer ultrapassar o máximo da pena prevista em abstrato e cominada a qualquer infração penal.

Todavia, com relação as causas de aumento e de diminuição de pena, devem influenciar no cômputo da prazo prescricional tendo em vista que alteram o

máximo da pena cominada àquele delito. Assim, por exemplo, no caso do agente praticar furto simples (Artigo 155, *caput*, do Código Penal), a prescrição, seguindo a regra estabelecida pelo artigo citado alhures, ocorrerá em 8 (oito) anos. Contudo, caso pratique o furto com a causa de aumento do repouso noturno, onde a pena abstrata é aumentada em um terço (artigo 155, § 1º do mesmo diploma), fazendo com que a pena máxima tenha um limite de 05 (cinco) anos, a prescrição dar-se-á em 12 (doze) anos.

Não se pode olvidar ainda da regra do artigo 118 do Estatuto Repressivo que dispõe:

Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

Deve-se entender como pena mais leves a restritivas de direito e as de multa. Logo, devem estas penas prescrever juntamente com a privativa de liberdade, o que demonstra o caráter acessório e subsidiário deste tipo de pena. Assim sendo, no caso de furto, onde a pena é de 1 a 4 anos, e multa, esta prescreverá ao lado daquela. Esta regra é utilizada tanto para a prescrição da pretensão punitiva quanto da pretensão executória. Não se pode confundir esta regra com as penas aplicadas concomitantemente em caso de crimes conexos, pois, neste caso cada um deles tem prazo prescricional autônomo.

Registre-se que no caso da pena de multa ser a única cominada ao crime, segue-se a regra estabelecida pelo artigo 114, inciso I, do Código Penal, segundo o qual, a prescrição ocorrerá em 2 (dois) anos.

No caso de concurso de crimes, reza o artigo 119 do Código Penal que a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, ainda que tenham sido imposta na mesma sentença. Disciplinando este dispositivo, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula n.º 497, que reza: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

Há que se ressaltar a hipótese de diminuição do prazo prescricional pela metade no caso de agente ter praticado o crime enquanto menor de 21 anos ou no caso da sentença ser prolatada quando ele contar com mais de 70 anos (artigo 115 do Código Penal). Não se trata de atenuante, mas mera diminuição legal do prazo prescricional por imposição e disposição legal peculiar.

4.1.2: Início da contagem ou termo inicial: O prazo prescricional inicia-se, consoante dispõe o artigo 111 do Código Penal:

a) do dia da consumação do crime. O crime se diz consumado quando presentes todos os elementos do tipo, ou seja depois de efetivamente consumado. Deste modo, quando o resultado atinge efetivamente o bem jurídico tutelado pela lei, de forma completa ou plena, o prazo prescricional começa a fluir. Como se vê, nossa lei pena adotou, quanto a prescrição, a teoria do resultado. Cumpre esclarecer que os crimes formais e de mera conduta não prescindem de resultado para a sua consumação, razão pela qual têm o início do prazo prescricional na data da ação ou omissão.

b) no caso da tentativa, no dia em que cessou a atividade, isto é, da data em que se praticou o último ato de execução. As condutas podem ser fracionadas em vários atos. Quando o agente praticou o último ato capaz de executar o crime, que não se consumou por circunstância alheias a sua vontade, começa a correr o prazo.

c) nos crimes permanentes, no dia em que cessou a permanência. Crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo. Como a cada dia inicia-se novamente a consumação, o prazo só começa a correr depois de encerrada a permanência. Exemplo claro é o do sujeito que seqüestra alguém em 10 de agosto, e por volta do dia 10 de setembro é descoberto e preso. Apesar do delito ter se consumado em 10 de agosto, o prazo começará a correr a partir de 10 de setembro, data em que cessou a permanência da infração.

d) nos de bigamia e de falsificação ou alteração de registro civil, da data em que se tornou conhecido da autoridade (delegado, juiz ou promotor). O porquê desta diferenciação é que são crimes de difícil constatação ou descoberta e por isso não podem ter como marco inicial a sua consumação.

e) no concurso de crimes, material ou formal ou crime continuado, incide sobre cada um deles isoladamente, seguindo o contido no artigo 119 do Código Penal.

4.1.3: Interrupção da contagem: O prazo prescricional não pode ser contínuo. Por vezes, ocorrem acontecimentos que fazem o seu curso reiniciar do zero, desprezando-se o tempo já decorrido. Estão previstos no artigo 117 do

Código Penal que trata da interrupção do prazo das duas espécies de prescrição (da pretensão punitiva e da pretensão executória), motivo pelo qual as examinaremos em conjunto. Assim dispõe a lei penal:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória de pronúncia;

IV – pela sentença pena condenatória recorrível;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

No primeiro caso (inciso I) a publicação do despacho do recebimento da denúncia ou queixa é o ato que formaliza a interrupção da prescrição, ou seja, a data em que o juiz entrega em cartório a decisão. Em regra, o recebimento de aditamento da peça inicial acusatória não interrompe novamente a prescrição, salvo se incluir ou versar sobre um novo delito, hipótese em que a interrupção só ocorrerá com relação a este novo crime. Por falta de ausência de previsão legal, a rejeição a denúncia ou queixa não interrompe o prazo. Neste caso, se o tribunal, em razão de recurso interposto pela acusação, receber a peça inicial interrompida estará a prescrição na data da publicação do acórdão.

Observação interessante é se o recebimento da petição inaugural da ação penal se der em juízo incompetente. Neste caso não há que se falar em interrupção da prescrição, uma vez que se trata de ato ineficaz, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal. Somente após a ratificação da inaugural pelo juiz competente que ocorrerá a interrupção.

O inciso II prevê a interrupção da prescrição pela pronúncia. Esta é a decisão que decide que o réu deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, aplicando-se, portanto aos crimes dolosos contra a vida e conexos. Devemos registrar o teor da súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “*a pronúncia é causa interruptiva prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime*”. A decisão que desclassifica, ou impronuncia ou absolve sumariamente o réu não interrompe a prescrição. Contudo, havendo recurso desta decisão, e no

caso do tribunal reformá-la, pronunciando o acusado, haverá interrupção a partir da publicação o aresto.

A decisão confirmatória da pronúncia também interrompe a prescrição (inciso III). O réu pronunciado, inconformado com esta decisão pode recorrer e, após decisão confirmatória da Superior Instância, interrompido novamente será o prazo.

Ocorre interrupção ainda na data da publicação da sentença penal condenatória recorrível, consoante o 4º inciso. Por óbvio a sentença absolutória não atravanca o prazo. O acórdão confirmatório da condenação não corta a marcha prescricional por falta de previsão legal. Todavia, se o acórdão reformar decisão de primeira instância e condenar o acusado, interrompe-se a contagem. Observe-se, entretanto que se esta decisão do órgão colegiado for irrecurrível, mesmo se condenatória, não se interrompe a prescrição.

O inciso V prevê a interrupção da prescrição pelo início ou continuação do cumprimento da pena. Esta causa de cessação está relacionada com a prescrição da pretensão executória (espécie que será estudada mais adiante, todavia comentaremos assim mesmo suas causas de interrupção neste ponto). Ocorre quando o sujeito vai iniciar o cumprimento de uma pena que lhe fora imposta por sentença penal condenatória ou quando reinicia seu implemento. Anote-se que no caso de evasão ou fuga, o prazo considerado é pelo tempo restante da pena, nos termos do artigo 113 do Código Penal. Precisa para o caso a lição de Aloysio de Carvalho Filho¹⁰:

“Igualmente no caso de revogação do livramento condicional manda o Código regular-se pelo restante da pena o prazo da prescrição. E a razão é simples. A anulação do benefício não faz desaparecer o período já satisfeito da pena. A sociedade recobra seu direito de executar a sanção, mas em termos, isto é, sem desfazer o tempo transcorrido até a data da concessão da medida. O contrário seria executar-se a pena em parte, duplamente. É lógico, pois, que revoga o livramento sob condição, a prescrição seja calculada com base no saldo da pena a cumprir”.

¹⁰ Aloysio de Carvalho Filho. Comentários ao Código Penal, v. IV. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 345.

A prescrição, por fim, interrompe-se pela reincidência (inciso VI). Também diz respeito este inciso à prescrição da pretensão executória. Reincidência é a prática de novo crime depois de condenação já transitada em julgado. Para a ocorrência da interrupção, a reincidência deve ocorrer depois da condenação, visto que, no caso contrário da reincidência se der antes da condenação, aplicar-se-á o artigo 110 do Código Penal e ocorrerá somente um aumento do prazo prescricional.

4.1.4: causas suspensivas da prescrição: as causas suspensivas da contagem do prazo prescricional são aquelas que fazem a contagem do prazo recomeçar a correr pelo tempo que ainda resta, aproveitando-se o anteriormente decorrido. São previstas pelo próprio Código Penal em seu artigo 116 e em leis esparsas. São elas:

a) enquanto não resolvida em outro processo, questão de que dependa o conhecimento da existência do crime. Está prevista no próprio Código Penal no artigo 116, inciso I, e se refere a questão incidental ou prejudicial. Exemplo é a discussão na esfera cível sobre a inexistência do casamento anterior, o que descaracterizará o crime de bigamia.

b) enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. Regra descrita no artigo 116, inciso II, do Estatuto Repressivo e é tão clara quanto óbvia.

c) indeferimento de pedido de licença da casa respectiva para processar deputado ou senador, ou ausência de deliberação a respeito. Vem preceituada no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal. Pedida a licença, suspende-se o prazo prescricional até que seja ela concedida ou, não o sendo, até o término ou perda do mandado.

d) durante o período de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n.º 9099/95. Nos crime cuja pena mínima seja não superior a um ano, o Ministério Público propõe ao acusado a suspensão condicional do processo, observados alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva, e por determinado período de tempo. Superado este período sem que o imputado dê causa a sua revogação é extinta sua punibilidade, caso contrário, o processo retomará seu curso. É justamente durante este período, onde se analisará a revogação ou não do benefício e o descumprimento das condições imposta ao réu que o curso da prescrição fica suspenso.

e) acusado citado por edital, não comparece, nem constitui advogado, consoante o artigo 366 do Código de Processo Penal¹¹. A redação deste artigo foi dada pela lei n.º 9.271/96 que visa dar maior ênfase ao princípio da verdade real, da ampla defesa e do contraditório. Todavia, notou-se que sua aplicação irrestrita e literal tornava qualquer crime imprescritível, burlando a Constituição Federal. Surgiu a questão de quanto tempo o processo deverá ficar suspenso. Até a morte do acusado? Ou com o advento de outra causa extintiva da punibilidade? Para se evitar tal instabilidade, trago à baila o entendimento do mestre Damásio Evangelista de Jesus¹², da qual me filio, a saber:

“O prazo de suspensão da prescrição não pode ser eterno. Caso contrário, estaríamos criando uma causa de imprescritibilidade. As hipóteses que não admitem a prescrição então enumeradas na CF (art. 5º, XLIV), não podendo ser alargadas pela lei ordinária. Ora, permitindo-se a suspensão da prescrição sem limite temporal, esta, não comparecendo o réu em juízo, jamais ocorreria, encerrando-se o processo somente com sua morte, causa extinta da punibilidade (CP, art. 107, I). Se, em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que, diante da revelia, pudesse exercê-la indefinidamente. Por isso, entendemos que o limite da suspensão do curso prescricional corresponde aos prazos do art. 109 CP, considerando-se o máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente. Assim, p.ex., suspensa ação penal por crime de lesão corporal leve, o impedimento do curso prescricional tem o termo máximo de quatro anos (CP, art. 109, V), i. é., o prazo prescricional da pretensão punitiva só pode ficar suspenso por quatro anos. Nesse limite, recomeça a ser contado o lapso extinto, que é de quatro anos, considerada a pena máxima abstrata, computando-se o tempo anterior à suspensão. Cremos constituir um critério justo. Se, para permitir a perda da punibilidade pela prescrição o legislador entendeu adequados os prazos do art. 109, da mesma forma devem ser apreciados como justos na disciplina da suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva.”

f) acusado que se encontra no estrangeiro, em lugar sabido, e é citado por rogatória tem o prazo da prescrição suspenso até o cumprimento da carta (artigo 368 do Código de Processo Penal). A razão deste dispositivo é evitar que o tempo que a carta rogatória leva para ser cumprida seja uma arma ou um benefício para

¹¹ Ressalvadas as exceções previstas em leis esparsas.

¹² Boletim JBCCRIM, n.º 42, pág. 3.

o acusado que reside no estrangeiro. Enquanto não for cumprida a carta, o prazo prescricional não corre normalmente, prejudicando aquele que sai do Brasil para não quitar seus débitos sociais.

g) enquanto o acusado cumpre pena por outro motivo, conforme estatui o artigo 116, parágrafo único, do Código Penal. Esta causa só se aplica a prescrição da pretensão executória e sua razão é evidente face a dificuldade de se processar alguém nestas condições. É o caso do agente que cumpre pena em uma comarca e é condenado por crime praticado em outra comarca. Enquanto estiver preso, cumprindo aquela pena, não correrá prescrição quanto à nova condenação.

Impende advertir que a instauração de insanidade mental suspende o processo, mas não o prazo da prescrição.

4.1.5: Prescrição da pretensão punitiva intercorrente: Está prevista no artigo 110, § 1º, do Código Penal, que dispõe:

Art. 110 (...).

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

Sua ocorrência se dá entre a sentença penal condenatória e o trânsito em julgado, razão pela qual também é chamada de prescrição da pretensão punitiva superveniente à sentença condenatória ou subsequente.

Excepcionando a regra de que a prescrição da pretensão punitiva é calculada sempre com base na pena máxima e abstrata atribuída ao crime, a prescrição intercorrente é calculada pela pena dada na sentença, isto é, pela pena em concreto e efetivamente cominada ao infrator, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹³:

PRESCRIÇÃO.

Pena de 02 meses de detenção substituída por restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade,

¹³ STF - HC nº 76.259-5 - SP - 2ª T - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 26.06.98.

por igual tempo. Alegação de prescrição da pretensão executória. Sentença condenatória transitada em julgado, apenas para a acusação, em 04.10.95, visto que pendente recurso especial interposto pelo paciente; esta data é também o termo inicial do lapso prescricional (CP, artigo 112, I, 1ª parte). Não tendo a decisão transitada em julgado para ambas as partes, mas apenas para a acusação, não se pode falar em trânsito em julgado no seu sentido próprio, mas no impróprio, cuidando-se, assim, de hipótese de prescrição da pretensão punitiva, e não da executória. No caso de prescrição da pretensão punitiva, o prazo prescricional é regulado pela pena máxima cominada ao crime, em abstrato (CP, artigo 109, caput); para o caso de prescrição da pretensão executória, o prazo prescricional é regulado pela pena aplicada, em concreto (CP, artigo 110, caput). Entretanto, para o caso de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade subsequente ou superveniente ou intercorrente, que ocorre no caso da sentença ter transitado em julgado apenas para a acusação, o prazo prescricional é regulado, excepcionalmente, pela pena em concreto (CP, parágrafo primeiro do artigo 110). A prescrição das penas restritivas de direito ocorrem nos mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade (CP, parág. único do artigo 109), em razão do que a pena de 02 meses, como todas inferiores a 01 ano, prescreve em 02 anos (CP, artigo 109, VI). HC conhecido e deferido, quanto ao pedido principal, para declarar a extinção da punibilidade do paciente (CPP, artigo 61, e CP, artigo 107, IV), em virtude da prescrição da pretensão punitiva do Estado, ocorrida na modalidade intercorrente. (grifos nossos).

É, portanto, condição peculiar para a sua aplicação o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o que implica na impossibilidade de agravamento da pena imposta na sentença, por força do princípio da *non reformatio in pejus*, previsto no artigo 617 do Código de Processo Penal. Assim, o prazo prescricional calculado tendo como base aquela pena já sobreposta, não pode piorar ou aumentar, ao contrário, só tende a melhorar, caso a defesa interponha algum recurso.

Vários são os motivos que podem levar uma sentença a transitar em julgado para a acusação e não para a defesa, como por exemplo, a não intimação do réu da decisão, o demorado conhecimento pelo tribunal, por ocasião de apreciação de recurso ordinário, especial ou extraordinário, etc.

Supondo então que um réu é condenado a uma pena de (08) oito meses, tendo havido trânsito em julgado para a acusação, e não sendo ele devidamente intimado depois de 02 (dois) anos daquela decisão, prescrita esta a punibilidade.

Impende destacar que o artigo se refere também ao recurso da acusação que fora improvido. Logo, mesmo se a acusação recorra, permite-se o cálculo da prescrição intercorrente, desde que este recurso seja improvido pelo tribunal. Também é lícita a prescrição intercorrente se a acusação recorre e não pede o agravamento da pena, mas circunstância acessória, como por exemplo, regime de cumprimento da pena.

Há quem sustente a impossibilidade do juiz de primeira instância realizar a análise da ocorrência da prescrição intercorrente ou superveniente sob o argumento de que o mesmo esgotou a sua atividade jurisdicional ao proferir a sentença, afirmando que deve ela sempre ser efetuada pelo tribunal. Todavia, entendemos não haver qualquer impossibilidade para o juiz fazê-lo, evitando-se desgaste e desprestígio do Poder Judiciário, que estará sendo movimentado somente para dar cumprimento a uma regra formal.

Não podemos olvidar ainda que seu exame é sempre preliminar em relação ao mérito do recurso¹⁴.

4.1.6: Prescrição da pretensão punitiva retroativa: Esta subespécie de prescrição da pretensão punitiva está mais diretamente relacionado à prescrição virtual, conforme se demonstrará ao longo do trabalho. Por isso sua compreensão é de suma importância.

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal:

Art. 110. (...).

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

¹⁴ Neste sentido: Apelação Crime - Homicídio culposo (artigo 121, III e IV do CP) - Prescrição intercorrente - Extinção da punibilidade - Reconhecimento e declaração de ofício, com prejuízo do exame do mérito. Ante o decurso do lapso temporal exigido pela Lei penal para operar a prescrição da pretensão punitiva, é de se extinguir a punibilidade do réu, face o reconhecimento da prescrição intercorrente, também denominada subsequente ou superveniente, ficando prejudicado o exame do mérito do recurso interposto. (TAPR - Ap. Crim. nº 59.321.500 - Ortigueira - 2º Câm. - Rel. Juíza Conv. Sônia Regina de Castro - J. 04.12.97 - DJ. 06.02.98).

Também é ela calculada com apoio na pena concretamente aplicada pelo juiz e, por conseguinte, sua ocorrência se dá depois da sentença penal condenatória. A única condição é que o agravamento da pena torne-se impossível, seja por ausência de recurso da acusação, seja por ter sido ele improvido. Também é uma exceção a regra de que a prescrição da pretensão punitiva é computada sobre a pena máxima abstrata conferida ao delito. As regras de cálculo e condições são basicamente as mesmas para a prescrição intercorrente e os seus limites estão elencados pelo artigo 109 do Código Penal.

Sua evolução deu-se de maneira vagarosa. Decorreu basicamente da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, que dispunha: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Júlio Fabrini Mirabete nos explica a evolução desta modalidade do instituto¹⁵:

“Desde a época da edição da Súmula 146 entendeu-se que, aplicada a pena e não havendo recurso da acusação, servia de base para o cálculo da prescrição referente aos prazos anteriores à própria sentença, no que se denominou de prescrição retroativa. Até a Lei n.º 6.416/77 a prescrição retroativa atingia a pretensão punitiva; depois dela passou a referir-se à pretensão executória da pena principal. Com a Lei n.º 7.209/84, deu-se a essa espécie de prescrição maior amplitude, determinando-se expressamente que a prescrição, com base na pena em concreto e atingindo a pretensão punitiva, ‘pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa’ (art. 110, § 2º, do CP). Assim, não havendo recurso da acusação, ocorre a prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no prazo calculado sobre a pena aplicada, se decorreu esse prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, ou entre esta e a data da sentença condenatória”.

Sua contagem é feita para trás e de forma regressiva, ou seja, da sentença condenatória até o primeiro marco interruptivo anterior (recebimento da denúncia ou queixa ou pronúncia), ou entre marcos interruptivos anteriores e consecutivos (data do fato e oferecimento da denúncia), daí a denominação retroativa. Há

¹⁵ Julio Fabrini Mirabete. Manual de Direito Penal, Parte Geral. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 412.

retrocesso do presente ao passado, gradativamente. Deste modo, a ocorrência do período prescricional calculado a partir da pena concretamente aplicada, no meio de qualquer dos marcos interruptivos da prescrição, acarreta a sua caracterização. Por isso diferencia-se da prescrição intercorrente, pois esta é calculada entre a sentença e o trânsito em julgado da sentença, ou seja, para frente.

Devem ser utilizados os marcos interruptivos descritos no artigo 117 do Código Penal que já foram estudados.

Seu fundamento é o princípio da pena justa. A pena concreta, isto é, a prolatada na sentença sempre foi a correta e ponderada para o acusado. Todavia ela não se mostrava clara e viva porque ainda não havia sido analisada a culpabilidade do agente. Depois de fixada e apreciada chegou-se a verdadeira dose certa de pena que deve ser aplicada ao réu, e juntamente com ela, o seu respectivo e correto prazo prescricional. Por exemplo, as causas de diminuição de pena, que podem diminuir e influenciar o prazo prescricional, só são reconhecidas na sentença. Ora, estas circunstâncias são fundamentais para a aplicação correta da pena. Quando o cálculo da prescrição recai sobre da pena abstrata do crime não se observa este direito e circunstância do próprio crime. Logo, o cálculo pela pena aplicada possibilita esta verdadeira análise das circunstâncias do crime e justa aplicação da pena.

Exemplo: agente comete um crime cuja pena mínima é de 06 (seis) meses e a pena máxima é de 02 (dois) anos. O fato ocorreu em 10 de fevereiro de 1998 e a denúncia foi oferecida em 10 de março de 2000. Portanto não havia ocorrido prescrição, uma vez que ela ocorreria em 04 (quatro anos), ou seja, em 10 de fevereiro de 2002. Quando da sentença condenatória, o juiz aplicou pena mínima, cuja prescrição dá-se em 02 (dois) anos. Em havendo trânsito em julgado para a acusação, é forçoso reconhecer que houve prescrição entre a data do fato e o oferecimento da denúncia, eis que neste interregno fluiu mais de 02 (dois) anos.

A configuração da prescrição retroativa independe da inércia da acusação. Desnecessária para a sua demonstração que a acusação não recorreu. Mesmo ela recorrendo pode haver prescrição retroativa se o recurso for improvido. Desnecessário também que o sentenciado recorra, podendo ser reconhecida em revisão ou em *habeas corpus* ou até de ofício pelo juiz de execução.

Uma vez caracterizada a prescrição retroativa, a condenação é rescindida ou desconstituída, servindo somente para a marcação da quantidade da pena justa, que serviu para a aferição da prescrição. Nota-se ademais, que esta sentença não tinha na verdade capacidade de gerar o efeito da pretensão punitiva que foi extinta antes de sua publicação.

Aqui, também, existem doutrinadores que afirmam ser vedado ao juiz que proferiu a sentença condenatória declarar a extinção da punibilidade do agente por prescrição retroativa por ter ele encerrado sua atividade jurisdicional, a exemplo da prescrição intercorrente. Todavia, há entendimentos em sentido contrário, em nome da economia processual, conforme julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo a seguir transcrito:

“PRESCRIÇÃO RETROATIVA - Reconhecimento pelo juiz de primeiro grau de jurisdição - Possibilidade - Medida que implica em economia processual - Entendimento

A teor do artigo 61, "caput", do CPP, nada impede que, após a prolação da sentença condenatória, o juiz que presidiu o processo de conhecimento reconheça a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa, extinguindo a punibilidade do sentenciado, o que, tendo em vista o perecimento do *jus puniendi* estatal, constitui medida de economia processual¹⁶.

4.1.7: Efeitos da prescrição da pretensão punitiva: Como não houve condenação alguma e o acusado não pode ser classificado como criminoso ou quase-criminoso.

Por isso seus efeitos são amplos e não permitem a caracterização de qualquer responsabilidade penal, de maus antecedentes, reincidência. Afasta-se assim todos os efeitos, principais ou secundários, penais ou extrapenais da condenação. O acusado volta ser tecnicamente primário e sem qualquer registro contra seus antecedentes criminais.

Outros efeitos podem ser apontados como a devolução da fiança prestada, não lançamento do nome do réu no rol dos culpados, possibilidade de se obter sursis ou livramento condicional em posterior condenação, etc.

¹⁶TACrimSP - RSE nº 888.051 - 13ª Câm. - Rel. Juiz Roberto Mortari - J. 17.10.94.

4.2.: Prescrição da pretensão executória: Como dito anteriormente, os dois tipos de prescrição têm como marco divisório o proferimento da sentença penal condenatória transitada em julgado. Uma vez condenado um réu, surge para o Estado o poder-dever de executar aquela pena, isto é, de obrigar o sentenciado a cumprir a sanção que lhe fora imposta. No entanto, este poder-dever deve ser exercido dentro de determinado período sob pena de perda deste direito. Por isso a prescrição da pretensão executória é definida como a perda do direito do Estado de executar a pena já imposta, por decurso de determinado prazo. Vem prevista no artigo 110 do Código Penal, *in verbis*:

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

Assim, por exemplo, se uma pessoa é condenada a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, imposta por sentença penal condenatória transitada em julgado, o Estado tem o prazo de 08 (oito) anos para executar a reprimenda penal. Caso o sentenciado fuja e só reaparece após este prazo, extinta está a sua punibilidade.

Anota-se que se o sentenciado encontra-se cumprindo devidamente sua pena, não há que se falar em prescrição porque não está havendo inércia do Estado. A prescrição só começa a fluir se o condenado vier a não cumprir sua sanção penal.

4.2.1: *Contagem do prazo*: A regra estabelecida pelo artigo 109 do Código Penal, deve ser utilizada para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória também. A única diferença é que aqui, a estimativa é pela pena concretamente aplicada ao sentenciado.

O artigo 110, *caput, in fine*, do Código Penal, ensina que a reincidência, não obstante seja mera circunstância agravante, deve alterar o prazo da prescrição da pretensão executória, aumentando-o em um terço. O acréscimo é feito no prazo calculado com base na pena contida na sentença e não sobre a pena abstrata. Supondo que um réu, reincidente, é condenado a uma pena de 2

(dois) anos e aplicando-se o artigo 109, inciso V, do Código Penal, tem-se um prazo de 4 (quatro) anos. O acréscimo recaia sobre este prazo de 4 anos encontrado, totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses.

A prescrição da pena de multa ocorrerá no mesmo prazo da prescrição da pena privativa de liberdade, quando for aplicada cumulativamente, consoante o inciso II, do artigo 114 do Código Penal. Todavia, se imposta isoladamente, não se aplica este dispositivo, face a alteração do artigo 51 daquele diploma legal. Dispõe este artigo que, havendo trânsito em julgado da sentença condenatória que impôs pena de multa, será a mesma considerada dívida de valor, aplicando-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública.

As regras concernentes ao crime continuado são as mesmas da prescrição da pretensão punitiva, ou seja, não se deve considerar o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, conforme a súmula 497 do Supremo Tribunal Federal já citada.

Com relação ao concurso de crimes, formal ou material, segue-se a regra do artigo 119 do Código Penal, tal qual, cada delito tem seu prazo prescricional isolado, ainda que as penas tenham sido impostas na mesma sentença.

A causa especial de diminuição do prazo prescricional também se aplica aqui, reduzindo-o pela metade se o acusado era menor de 21 anos à data dos fatos ou se maior de 70 anos quando da sentença.

4.2.2: Início da contagem ou termo inicial: Os termos iniciais da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível diferem dos termos iniciais da prescrição antes do trânsito em julgado. Estão previstos no artigo 112 do Código Penal que dispõe:

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

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

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

Logo, a prescrição da pretensão executória começa a ser computada a partir:

a) da data do trânsito em julgado. Embora esta espécie de prescrição necessite do trânsito em julgado para ambas as partes, o prazo de sua contagem inicia-se com a coisa julgada para acusação. Destarte, caso a sentença seja publicada numa data, havendo trânsito em julgado para a acusação nesta data, e o réu só vir a ser intimado da decisão meses depois, a contagem da prescrição iniciou-se naquela primeira data.

b) da data da revogação do Sursis ou do Livramento condicional. O Sursis e o Livramento Condicional são benefícios ao sentenciado que impedem ou suspendem a execução da pena privativa de liberdade, desde que preenchidos determinados requisitos legais. Uma vez concedidos estes benefícios, o prazo prescricional não corre, porque são considerados formas de execução de pena, e como é sabido, se a pena esta sendo devidamente executada, não há que se falar em prescrição. Ambos institutos só podem ser revogados através de sentença e é a partir do trânsito em julgado desta sentença que o prazo prescricional começa a correr.

c) da data da interrupção da execução da pena. No caso de evasão ou fuga do condenado, a prescrição é fixada e calculada pelo resto da pena a ser cumprida, ou seja, pelo saldo remanescente. Esta é regra prevista no artigo 113 do Código Penal. Assim, por exemplo, se o sujeito é condenado a uma pena de 2 (dois) anos, cujo prazo prescricional é de 04 (quatro) anos, e foge, após ter cumprido 1 (um) ano e 3 (três) meses, a contagem do prazo será fundamentada neste saldo remanescente, ou seja, sobre 07 meses, o que importaria na fixação de uma prescrição em 2 (dois) anos. Sobre este assunto surgiram posicionamentos doutrinários defendendo o desconto da pena provisória cumprida, também no prazo prescricional. É o que nos preconiza o professor Heleno Cláudio Fragoso¹⁷:

“No caso de evadir o condenado ou revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. O tempo da prisão provisória é descontado da pena imposta (art. 42, CP), de modo que se o condenado se evade, a prescrição se regula pelo restante da pena, descontado o

¹⁷ Heleno Cláudio Fragoso. Lições de Direito Penal, Rio de Janeiro: , 1999, p. 407.

período da prisão provisória. Essa solução nos parece inquestionável, causando espanto que haja decisões em contrário nos tribunais”.

4.2.3: Causas interruptivas e suspensivas: Esse tópico já fora estudado por ocasião das causas interruptivas e suspensivas da prescrição da pretensão punitiva, conforme os tópicos números 4.1.3 e 4.1.4.

4.2.4: Efeitos da prescrição da pretensão executória: Ressalte-se que como há real e efetiva condenação do réu, extingui-se tão somente a pena principal, subsistindo eventuais efeitos secundários, penais ou extrapenais, da condenação. Como se vê, os efeitos deste tipo de prescrição são distintos da prescrição da pretensão punitiva.

Permanecem inalteradas portanto, conseqüências como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais, reincidência, obrigação de reparar o dano e a coisa julgada no juízo cível, etc.

O tema da monografia poderia ser abordado neste ponto do trabalho. Poderíamos tratar a prescrição virtual como outra espécie de prescrição e iniciar seu estudo nesta ocasião mesmo. No entanto, faz-se necessária ainda uma análise mais apurada da ação, bem como de sua condições, para que se possa de maneira mais aprofundada tratarmos da matéria da monografia.

IV - DA AÇÃO

1. Introdução: Para um melhor entendimento da prescrição virtual ou antecipada faz-se necessário um estudo da ação e especificadamente das condições da ação.

A ação é fruto do próprio desenvolvimento do Estado como ente organizador das relações da sociedade. Com efeito.

Depois que o Estado proibiu a autotutela e monopolizou a atividade jurisdicional, reservando-a para si, restou ao titular de uma pretensão, ou àquele que tem um direito violado, somente o caminho da ação como meio de superar e solucionar seu conflito.

E não poderia ser de outra forma. Como dito no capítulo introdutório, a autocomposição resultava quase sempre em injustiças e na vitória do mais forte ou mais astuto sobre o mais fraco. A sociedade via-se constantemente ameaçada, uma vez que um único ato violador de direito poderia desencadear outros tantos e provocar um verdadeiro caos.

À medida que o Estado foi assumindo seu papel de coordenador e organizador, percebeu-se que esta forma de solução dos conflitos não satisfazia interesses preponderantes da sociedade, tais como, desenvolvimento social, intelectual, agrícola, etc. Vedada passou a ser a autotutela e a autocomposição, salvo em casos excepcionais.

O Estado, então, assumiu para si, de forma exclusiva e imperativa a atividade de satisfazer ou resolver conflitos de interesses e lides, isto é, revestiu-se do poder da Jurisdição.

Ocorre que mesmo investido da atividade jurisdicional visando principalmente atender a todos os conflitos de seus elementos subjetivos (povo), o Estado não pode exercê-lo de forma automática. Isto porque a jurisdição é inerte. Vale dizer, o pacificador de lides está pronto para resolvê-las, mas precisa saber onde, quando, quem, etc.

Assim é que surgiu a necessidade de um ato do interessado a fim de prestar estas informações e propiciar à jurisdição seu exercício diante do caso concreto. Apareceu a obrigação de provocar a jurisdição, e foi exatamente neste

momento que nasceu o direito a ação como o meio da pessoa pedir justiça de forma civilizada.

Por tudo isso, em um conceito simples e singelo, ação é o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, ou o poder de exigir esse exercício.

2. Teorias evolutivas da ação: Atualmente é facilmente reconhecida e visualizada a distinção e a autonomia entre o direito a ação e o direito material. Todavia, longo foi o caminho percorrido até a afirmação dessa autonomia.

2.1. Teoria Imanentista ou Clássica ou Civilista Unitária: Esta teoria não reconhecia a autonomia da ação frente ao direito material. Ação e processo eram considerados simples capítulos ou apêndices do direito material. A ação seria uma qualidade de todo o direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Logo não apresentava autonomia, tratando-se de qualidade imanente (que não tem vida própria) do direito material.

Nesta fase, segundo clássica definição, a ação seria o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido. Construíram-se as máximas “não há direito sem ação, não há ação sem direito”, ou “o direito segue a natureza da ação”.

O artigo 75 do Código Civil, com redação “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”, foi, segundo a doutrina, editado sob a inspiração desta escola.

Esta teoria não sobreviveu porque não conseguiu explicar as hipóteses de ações julgadas improcedentes. Ora, se a ação é na verdade o próprio direito material que em juízo busca sua reparação, que direito então teria exercido o autor da demanda julgada improcedente? Não conseguiu explicar também as ações esgotadas e procedentes, mas não satisfatórias do direito, como por exemplo, condenação em perdas e danos de pessoa insolvente.

2.2. A ação como direito autônomo – a polêmica de Windscheid - Muther: No século passado, estes dois processualistas alemães travaram debate acadêmico acerca do conceito de ação do direito romano.

Windscheid afirmava, de maneira mais ou menos resumida, que o direito de ação não era totalmente distinto do direito subjetivo material, desde os primórdios do direito romano. Ensinava que a ação era o direito de poder exigir

algo de outrem, ou o poder de pretender alguma coisa de alguém, criando o conceito de pretensão.

No entanto, coube a Muther apontar inicialmente uma distinção entre “direito lesado” e “ação”. Ensinou que da ação nascem dois direitos, ambos de natureza pública: 1-direito do ofendido a tutela jurídica do Estado contra o Estado; 2-direito do Estado a eliminação da lesão contra aquele que a praticou.

O debate proporcionado por esses dois juristas passou a servir de base para a afirmação do direito de ação como direito autônomo em relação ao direito subjetivo material, fazendo surgir ainda duas correntes sobre o assunto. Essas doutrinas podem ser agrupadas em dois grandes troncos: ação como direito autônomo e concreto (doutrina minoritária) e ação como direito autônomo e abstrato, que congrega a maioria dos processualistas modernos.

2.3. Teoria da ação como direito autônomo e concreto – Adolph Wach:

Coube ao processualista alemão Adolph Wach, elaborar a teoria do direito concreto à tutela jurídica.

Concluiu o doutrinador que a ação era um direito subjetivo ao exercício da jurisdição, porém, direito concreto, ou seja, objetivava sempre sentença favorável do órgão jurisdicional. Diante disso, afirmava que só existia ação se houvesse, em favor do autor, um direito subjetivo correspondente. Era este direito subjetivo material que dava o alicerce necessário ao direito de ação. A demanda precisava então ser sempre fundada e ela só competia a quem tinha razão.

É exatamente neste ponto que essa escola foi criticada. Se direito de ação estava intimamente ligado ao direito material reconhecido e assegurado por meio de sentença, seu reconhecimento estava adstrito à sua prolação. Ora, existem atos que precedem a sentença. Logo, inexistia direito a ação antes e durante o curso da demanda.

Em resumo, para a esta corrente, só existirá ação na hipótese de proteção concreta ao direito do autor. A ação existiria apenas se a sentença fosse favorável. Definia tal corrente a ação como sendo um direito público e concreto, ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse o direito subjetivo.

Essa teoria também não explica a contento, que direito teria então exercido o autor na hipótese de julgamento improcedente da ação.

2.4. Ação como direito autônomo e abstrato: Hoje a maioria da doutrina ensina que a ação é um direito autônomo e abstrato. Afirma esta corrente que o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado pelo autor, bastando que haja uma proteção abstrata do interesse.

Portanto, para o exercício da ação, basta que o autor mencione um direito seu, protegido abstratamente pelo Estado. É com relação a este direito que o Estado está obrigado a exercer a jurisdição, proferindo uma decisão que tanto pode ser favorável quanto desfavorável ao autor. Diante disso, o direito de ação é um direito público contra o Estado, sem representar o direito a uma proteção concreta, mas sim, jurisdicional, isto é, independente do resultado final do processo.

Mesmo no caso de ter sido proferida sentença improcedente ou que nega a pretensão do autor existiu efetivamente o direito a ação, isto é, para a sua existência não é necessário que exista o direito material.

Assim, por exemplo, se ingresso de uma ação pedindo uma indenização e o juiz apreciar o mérito da ação, isto é, decidir acerca do pedido de indenização, terei exercido o direito de ação, quer obtenha ou não a indenização pedida.

2.5. Teoria de Liebman: Henrique Túlio Liebman, processualista italiano, radicou-se em São Paulo nos anos 40, exercendo enorme influência sobre os processualistas paulistas, dentre eles Alfredo Buzaid, que posteriormente tornou-se ministro da Justiça, havendo apresentado um projeto de lei que se converteu no atual Código de Processo Civil que data de 1973. Buzaid adotou expressamente no Código de Processo Civil o pensamento de Liebman acerca da ação.

Liebman tem uma concepção de ação um pouco diferenciada. Sustentava que a ação é um direito subjetivo instrumental e mais que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição de justiça. Ensinava Liebman que a ação é conexa a uma relação de direito material e que o Juiz só exerce a função jurisdicional quando pronuncia uma sentença de mérito, isto é, quando aprecia o pedido do autor, proferindo sentença favorável ou contrária a pretensão do autor.

Liebman criou ainda as “condições da ação” a saber, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir. Para que o juiz possa julgar o mérito, devem estar presentes as condições da ação. Ausente uma ou mais delas, o juiz está impedido de apreciar o mérito. Neste caso, cumpre-lhe julgar o autor carecedor da ação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

3. Conceito atual de ação: é o direito público subjetivo, de natureza constitucional, autônomo e instrumental, dirigido contra o Estado, a fim de que este preste a tutela jurisdicional exigida pelo autor ainda que o provimento final lhe seja desfavorável.

4. Natureza Jurídica: Depois dessa grande evolução doutrinária chegou-se à natureza jurídica da ação como sendo um direito:

a) público subjetivo: decorre da própria condição de cidadania, consistindo na provocação, de qualquer titular, da função jurisdicional (prestada pelo Estado-Juiz), expressamente reconhecida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra o direito à ação;

b) autônomo: a ação é um direito autônomo porque independe da existência do direito subjetivo material;

c) abstrato: direito ao provimento jurisdicional qualquer que seja ele favorável ou desfavorável, justo ou injusto;

d) instrumental: o direito a ação é meio e instrumento para a efetivação das pretensões de direito material.

5. Ação civil e ação penal: Não possuem diferenças quanto à sua natureza, mas somente quanto à pretensão que lhe serve de conteúdo. Na ação civil busca-se a solução de conflitos de natureza privada, ao passo que na ação penal o conteúdo do conflito é a satisfação do direito de punir em face de violação da norma penal.

A Ação penal merecerá maior atenção neste trabalho, sempre buscando manter uma relação com a teoria geral da ação e o tema desenvolvido.

Ação penal pode ser definida como um direito público subjetivo de solicitar a tutela jurisdicional do Estado para a aplicação da lei penal a um caso concreto visando a satisfação da pretensão punitiva.

Classifica-se, conforme o titular da pretensão punitiva, em pública ou privada. Quando pública será promovida pelo Ministério Público e quando for privada será promovida pelo ofendido ou seu representante legal, nos termos do artigo 100 do Código Penal. Não teceremos maiores comentários sobre este assunto, apesar de extenso e importante, porque ele não guarda íntima relação com o tema do trabalho. Avançaremos então às condições da ação, que guarda relevante valor para a monografia.

6. Condições da ação: Estudaremos aqui as condições genéricas da ação, pois para o desenvolvimento e entendimento da prescrição virtual, mostra-se necessário somente o entendimento das condições genéricas a seguir estudadas.

Como dito alhures, foi Liebman que criou as chamadas condições da ação. Elas representam requisitos que subordinam o exercício do direito a ação para uma correta prestação da atividade jurisdicional. São elas: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir. A ausência de qualquer uma delas, como será posteriormente estudado, leva a impossibilidade de análise do mérito.

6.1. Possibilidade jurídica do pedido: para a doutrina clássica, inexistirá tal condição quando o sistema não existir em tese no ordenamento jurídico. Para a doutrina moderna, o pedido é juridicamente possível quando não vedado pelo ordenamento jurídico. O exemplo clássico é a cobrança de dívida oriunda de jogo. Outro exemplo é o pedido de divórcio antes da lei n.º 6.515/77 que introduziu esta forma de extinção do casamento no Brasil.

Para o processo penal, o conceito muda um pouco. Aqui, o pedido é juridicamente possível quando a providência pedida ao Poder Judiciário for viável, ou seja, desde que o ordenamento jurídico, em abstrato, expressamente o admita.

Nosso Código de Processo Penal, no inciso I, do artigo 43 afirma que denúncia ou queixa não será recebida quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, ou seja, se o fato for atípico ou não for tido como criminoso. Deve, portanto, aquela conduta ser admitida como delituosa para que o pedido da ação seja juridicamente possível. Se a conduta for atípica o pedido é impossível e a ação imprestável. Assim é que, por exemplo, juridicamente impossível

processar-se alguém por prostituir-se, eis que não é esta ação típica, e, por conseguinte, impossível alguém ser condenado por praticá-la.

Não se confunde possibilidade jurídica do pedido com real e essencial existência do direito material, eis que a ação é direito abstrato como dito alhures. Exige-se a inexistência da vedação expressa do sistema ao pedido formulado ou em outras palavras, que o sistema o admita. Em suma, a providência legal que se pede deve ser admissível no ordenamento jurídico.

6.2. Legitimidade de partes: refere-se esta condição a qualidade para agir ou legitimidade para a causa, isto é, à titularidade ativa e passiva da ação. É a chamada pertinência subjetiva da ação.

Em regra é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material, cuja tutela solicita (autor - legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva - réu). Ou, em outras palavras, a ação só pode ser proposta por quem seja o titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão e contra quem se exige a subordinação daquele interesse. É o que se chama de legitimidade *ad causam*.

Assim, uma relação jurídica obrigacional, onde se discuta crédito e débito, serão legitimados para a causa, ativa e passivamente, credor e o devedor.

Quando houver coincidência entre ambas as partes do processo e os titulares da relação jurídica de direito material, diz-se se tratar de legitimação ordinária. É o que ocorre no exemplo acima citado.

Em algumas hipóteses o sistema permite que, embora não sendo titular da relação jurídica do direito material, possa alguém, figurar no processo como parte. É a chamada legitimação extraordinária, decorrente do disposto no artigo 6º, *in fine*, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 6º. “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. (grifei).

Neste caso, quando alguém, autorizado por lei atua em juízo como parte, em nome próprio ou no seu interesse, na defesa da pretensão alheia, ocorre o chamado fenômeno da substituição processual.

A substituição processual não se confunde com a sucessão processual, nem com a representação ou assistência. Sendo o direito material transmissível e ocorrendo o falecimento do autor, o processo será suspenso, até que seja o autor sucedido por seus herdeiros. Já a assistência e a representação estão ligadas a incapacidade das partes.

O incapaz tem plena capacidade de ser parte. Não tem, contudo, capacidade para estar em juízo, isto é, não pode, sem assistência ou representação de quem de direito, praticar atos processuais.

Exemplo de substituição processual é a ação popular, onde os interesses e o direito material discutido não pertence a A ou B, mas a toda a coletividade. Outro exemplo, na área penal, é a legitimidade do Ministério Público para a ação civil “*ex delict*” quando a vítima for pobre (artigo 68 do Código de Processo Penal).

Na ação penal, a regra acima apontada ainda prevalece, conforme nos ensina José Frederico Marques¹⁸:

“A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalecer na pretensão e contra aquele cujo direito de liberdade possa ser subordinado, no caso em foco, ao interesse punitivo do Estado”.

Assim, a legitimidade ativa é do detentor do direito de punir, ou seja, o Estado, que age pelo Ministério Público. É por isso que existem posicionamentos doutrinários que afirmam que na ação penal privada o ofendido age em legitimação extraordinária ou como substituto processual, visto que só possui o direito de acusar, mas no interesse alheio, isto é, do Estado.

Os legitimados passivos são os sujeitos cuja acusação recai contra eles e tem seu direito de liberdade ameaçado.

6.3. Interesse de agir: Este é o principal ponto deste capítulo e que está diretamente relacionado com a prescrição virtual ou antecipada. Daremos a ela destaque, uma atenção maior e mais detalhada.

Trata-se de interesse que justifique a utilização da ação qualificada por um interesse jurídico e processual que nos leva a procurar a solução do conflito pelas vias judiciais, tornando a ação o único modo de satisfazer aquela pretensão. A

¹⁸ José Frederico Marques. Elementos de Direito Processual Penal, v. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 295.

jurisdição só deve ser movimentada se o pedido justificar a intervenção estatal e desde que seja útil.

É também denominado de interesse processual e resulta da aplicação do binômio “necessidade-adequação”, conforme ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁹:

“Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado interesse no exercício da jurisdição, não lhe convêm acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada, seja necessária e adequada”.

O autor deverá demonstrar a necessidade concreta do processo para a satisfação de sua pretensão. A demanda judicial mostra-se indispensável para aquele que se diz detentor de uma pretensão, não havendo outro modo para resolver a lide que não seja através da ação. A tutela judiciária deve ser assim, justificável e imprescindível. Nos processos necessários (controle jurisdicional indispensável) a necessidade é facilmente demonstrada porque a via jurisdicional é a única para a satisfação do direito. No processo penal a necessidade é facilmente vislumbrada porque não se pode impor pena a ninguém sem o devido processo legal.

Os critérios de necessidade do provimento jurisdicional acarretam, quase sempre, na análise da utilidade da ação, conforme nos preleciona Celso Agrícola Barbi²⁰:

“O tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para o atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção daqueles órgãos”.

¹⁹ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 5ª ed., São Paulo: RT, 1985, p. 222/223.

²⁰ Celso Agrícola Barbi. Comentários ao Código de Processo Civil, v. I. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 37.

Deve-se ainda demonstrar a adequação do procedimento jurisdicional reclamado e do procedimento escolhido, comprovando que o processo terá alguma utilidade para a solução da lide. O provimento desejado e o processo (e até o procedimento) devem ser os certos, úteis e precisos para a prestação da atividade jurisdicional. Deste modo haverá ausência de interesse de agir na hipótese de, possuindo título de crédito líquido e certo, ao invés de promover ação de execução, venha o credor ajuizar ação de cobrança. A ação de cobrança destina-se a obtenção de uma sentença condenatória, título judicial que ampara a processo judicial. Ora, o credor já possui título judicial que possibilita desde já o processo de execução. Nenhuma utilidade para ele advirá do manejo da ação de cobrança, que deverá ser julgada extinta sem julgamento do mérito, por carência da ação, ante a ausência de interesse de agir.

Na esfera penal, a adequação do processo penal condenatório reside no pedido de aplicação de uma sanção penal. Assim, supondo que um agente teve extinta a sua punibilidade por qualquer motivo, por exemplo, por ter ocorrido a prescrição, não há mais interesse do Estado em processá-lo e não há mais interesse para o acusado pedir a anulação do processo, uma vez não pode a condenação produzir qualquer efeito penal ou civil. Nenhuma utilidade advirá ao Estado se processá-lo, pois ao final ser-lhe-á decretada extinta a punibilidade. Não há, neste caso, qualquer utilidade do provimento jurisdicional reclamado.

Ausente ou inexistente, portanto, o interesse de agir sempre que o provimento jurisdicional for inócuo sob o aspecto prático, ou seja, sempre que não se conseguirá, por meio da ação, a condenação ou punição do autor do ilícito ou sempre que a atuação do Poder Judiciário não resulte em utilidade no mundo objetivo.

O artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal, dá a entender que há interesse de agir na ação penal quando existir *fumus boni juris* ou justa causa que ampare a acusação. Entende-se por justa causa o suporte mínimo probatório de procedência da acusação, ou elementos idôneos acerca da infração penal ou de sua ocorrência e de sua autoria. São os elementos indiciários que devem apresentar-se claros e flagrantes a fim de justificar a intervenção judiciária na lide. Por isso se diz que o interesse de agir na ação penal é um *plus* em relação ao

interesse de agir da ação civil. A falta de justa causa ocasiona uma coação ilegal e retira o interesse de agir daquele provimento jurisdicional.

Este assunto tem sido alvo de grande discussão doutrinária, razão pela qual transcrevo as ponderadas lições de Julio Fabrini Mirabete sobre o tema²¹:

“Dispondo o artigo 648, I, que há coação ilegal (inclusive a ação penal) quando ‘não houver justa causa’ conclui José Frederico Marques que só há legitimação para agir (interesse de agir) no processo penal condenatório quando existir o *fumus boni iuris* que ampare a imputação. Assim, só há interesse de agir no pedido idôneo, amparado em elementos que convençam o juiz de que há elementos para a acusação. Entretanto, Ada Pelegrini Grinover discorda de tal posição, afirmando que o interesse de agir não pode dizer respeito à existência do direito alegado, nem à sua aparência, já que distintos o direito de ação e o direito material. Para a douta autora, o interesse de agir, ou seja, de pedir o provimento jurisdicional, na ação penal condenatória, é inerente ao próprio direito de ação. Verdadeiramente, o interesse de agir está implícito em toda acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão através das vias jurisdicionais. Nega, assim, a aplicação do interesse de agir como condição de admissibilidade da ação penal condenatória. Parece-nos, por isso, mais aceitável a posição de Afrânio Silva Jardim, que afirma existir na ação penal uma quarta condição da ação: “a justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado”.

De qualquer forma, adotada uma ou outra corrente doutrinária, fica claro que a ação penal só pode ser movimentada se presentes elementos mínimos de convicção acerca da autoria e da materialidade do delito apurado. Se ausentes estes subsídios, afastado está o interesse de agir, ou como prefere alguns, ausente a justa causa²².

A falta de interesse de agir na ação penal é causa de rejeição da peça inicial acusatória consoante dispõe o artigo 43, inciso III, do Código de Processo

²¹ Julio Fabrini Mirabete, *Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, p. 107/108.

²² Neste sentido: “Denúncia. Rejeição por falta de justa causa. Admissibilidade: O controle exercido pelo juiz na denúncia, sem implicar necessariamente em aprofundado exame de prova pré-constituída, e tampouco em prejulgamento do mérito, compreende a análise sobre razoável adequação a que se deve conter, face os elementos informativos do inquérito policial, ou de outra natureza, podendo já no despacho liminar cortar cerce a nascente ação penal, se verificar – estar a mesma destituída de mínima possibilidade jurídico-material de prosperar” (Rec. Sent. Est. n.º 338.387, de 24.02.86, Rel. Gonçalves Nogueira).

Penal quando reza que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida por lei para o exercício da ação penal. Trataremos deste assunto no próximo tópico.

7. Carência da ação: As condições da ação são imprescindíveis para o normal conhecimento, prosseguimento e desenvolvimento da demanda. A ausência de qualquer uma delas gera a carência da ação o que impossibilita o exercício da jurisdição. São, portanto, condições de exercício do direito de ação. Neste sentido é o magistério de Hélio Tornaghi²³:

“Foi, porém, feliz em falar de condição exigida para o exercício da ação penal. Realmente, não se trata de condição para a existência do direito de ação, que é direito subjetivo público pré-processual, direito cívico, mas de requisitos para o exercício regular desse direito”.

Devem sempre ser analisadas pelo juiz quando o recebimento da petição inicial (na esfera penal, da denúncia ou queixa) de ofício, consoante dispõe o artigo 43, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal. No entanto, como dito, devem estar presentes no transcurso e desenvolvimento de toda a demanda. Se a carência for superveniente ao início da ação, deve haver extinção sem julgamento do mérito.

A carência pode ser declarada a qualquer tempo ou instante ou instância, acarretando, por vezes, a nulidade absoluta do processo, com fulcro no artigo 564, inciso II, do Código de Processo Penal.

Uma vez esclarecida a ação e principalmente as condições de seu exercício, adentraremos no estudo da prescrição virtual, onde proporcionaremos a demonstração da utilidade dos pontos estudados até aqui.

²³ Hélio Tornaghi. Curso de Processo Penal, v. I. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p.58.

V - PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA

1. Reconhecimento ou constatação: a existência da prescrição virtual ou antecipada depende e decorre do entrelaçamento dos institutos dos capítulos anteriormente abordados na presente monografia. Assim, o perfeito entendimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, e a correta compreensão do interesse de agir, são fundamentais à sua constatação.

Iniciaremos sua explicação com um exemplo de cada ponto fundamental acima citado. Começaremos com um caso prático de prescrição retroativa:

Suponha-se que um sujeito está sendo processado por um crime de homicídio culposo previsto no artigo 121, § 3º, cuja pena comina é de 1 (um) a 3 (três) anos, porque no dia 01 de janeiro de 2000 deu causa a morte de terceira pessoa. O inquérito policial só concluiu as investigações e foi relatado em 01 de janeiro de 2004, ante a alta complexidade do delito nele averiguado. A denúncia do Ministério Público foi oferecida e recebida no dia 16 de janeiro de 2004. Decorreram-se destarte, entre a data do fato e o recebimento da denúncia um prazo de 4 (quatro) anos.

Nota-se que, a prescrição da pretensão punitiva pura e simples ainda não ocorreu visto que a pena máxima cominada ao crime tem prazo prescricional de 8 (oito) anos. Desse modo, o processo teve seu natural e regular trâmite, passando por fases de postulação, instrução, chegando finalmente à fase decisória. Nesta fase, o juiz, baseado no sistema trifásico de cominação de pena e, atendendo à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima, enfim, analisando todas as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal, bem como não vislumbrando qualquer agravante ou causa de aumento ou de diminuição de pena, condenou o acusado a pena mínima cominada ao delito, tal qual, 1 (um) ano de detenção.

Seguindo a diretriz do artigo 109, inciso V, o prazo prescricional para esta reprimenda, isto é, da pena concretamente calculada, é de 4 (quatro) anos. Ora, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, transcorreu este interregno temporal. Logo, aplicando-se o artigo 110, § 2º, do Estatuto Repressivo, operou-

se a chamada prescrição retroativa, consistente na perda do direito de punir do Estado sem o seu efetivo exercício durante certo lapso temporal, depois de transitada em julgada a decisão para a acusação, regulada pela pena aplicada e com termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Salientando que adotamos a corrente que aceita a possibilidade do juiz de primeiro grau reconhecer a prescrição retroativa, deve o magistrado, ao proferir a sentença, declarar extinta a punibilidade do acusado.

Pois bem. Não há maiores divagações a serem feitas no caso dado e no estudo deste instituto.

Exemplificaremos agora, um caso prático de aplicação de falta de interesse de agir.

Imagine-se que alguém praticou uma conduta típica sob o manto de umas das excludentes da antijuricidade, por exemplo, o estrito cumprimento de um dever legal. Assim, o policial que penetra no domicílio de uma pessoa visando prendê-la em flagrante delito age em estrito cumprimento de dever legal. Sua ação foi presenciada por várias testemunhas que corroboraram essa conduta legítima e de supressão da ilicitude de forma unânime e uniforme ainda em fase de inquérito policial. Outras provas demonstram que o averiguado agiu daquela forma.

Observe-se que a conduta é típica, isto é, houve violação de domicílio consoante artigo 150 do Código Penal. Eventual ação penal condenatória tem plena possibilidade jurídica do pedido, uma vez que o fato ocorrido é típico. Entretanto, falta à eventual demanda a condição da ação de interesse de agir, pois, ficou flagrante e de fácil comprovação que a conduta foi desenvolvida de forma lícita. Ora, o interesse de agir consiste na demonstração da necessidade de se provocar a tutela judiciária ao caso concreto ou da utilidade de sua provocação. *In casu*, o processo mostra-se desnecessário ante a fácil constatação de que agiu o acusado em estrito cumprimento do dever legal. E mais, mostra-se totalmente descabida e inútil a intervenção estatal no caso, haja visto que ao final da eventual ação proposta, será reconhecida a excludente da ilicitude. Logo, inexistente interesse de agir e a ação não deve e não pode ser ajuizada, sob pena de movimentação inócua da jurisdição.

Caso tenha sido instaurado inquérito policial, deve o Ministério Público promover seu arquivamento, nos termos do artigo 18 do Código de Processo

Penal, sob o argumento de falta de interesse de agir ou de justa causa. Se oferecer a denúncia, pode o juiz rejeitá-la por falta de interesse de agir ou justa causa com fundamento no artigo 43, inciso III, do Código de Processo Penal.

Uma vez expostos exemplos elucidativos dos dois casos distintos acima narrados, passemos ao exercício de união e fusão entre os dois institutos para se chegar a prescrição antecipada.

No primeiro caso, da prescrição retroativa, a pena alcançada, segundo o princípio da pena justa, sempre foi a correta, legal e justa ao acusado do crime. No entanto, sua concretização deu-se somente ao final da demanda.

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

Posto isto, fica fácil concluirmos que a pena de qualquer crime apurado em toda e qualquer ação penal pode ser, de forma mais ou menos precária, antevista ou prevista. Basta que se tenha em mãos os elementos concretos e objetivos necessários para a efetivação de seu cálculo. Pode-se dizer, portanto, que iniciada uma ação penal, aquele caso concreto tem uma pena em perspectiva, isto é, esperada.

Ocorre que, algumas vezes, os dados ou elementos que se prestam de fundamento à fixação da pena são tão objetivos, claros e óbvios, que sua existência e comprovação podem ser realizadas antes mesmo de iniciada ou finda a ação penal e de forma realmente segura e concreta. Assim, por exemplo, a presença de agravantes ou causas especiais de aumento ou de diminuição da pena podem ser facilmente percebidas e vislumbradas. O mesmo se diga das circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, sempre ressaltando que são estes os subsídios que norteiam a cominação de qualquer pena.

Soma-se a isso ainda a dificuldade da pena de qualquer infração ultrapassar o mínimo legal. Para tanto, são necessárias umas séries de fatores seguros e comprovados que possam realmente majorar a pena além do mínimo

legal. A fixação da pena no mínimo legal é verdadeiramente um direito de qualquer condenado, ou seja, apesar de não previsto em lei, a aplicação de pena privativa de liberdade no grau máximo estabelecido exige compulsória e completa conjugação de situações desfavoráveis a ele. Neste sentido alude Beccaria²⁴, afirmando que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial, ... a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias...”.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu nesta acepção:

“Pena básica fixada na quantidade máxima prevista na lei. É critério que não se harmoniza com a doutrina individualizadora da pena. Deve o juiz quantificá-la de acordo com a ponderada consideração de cada um dos fatos a que se reporta sobredita regra, evitando, assim, o arbítrio²⁵”.

Outro decisório demonstra esta regra afirmando que “a pena máxima prevista para determinado crime deve ser reservada aos criminosos natos, dotados de personalidade já completamente deformada, portadores de alta periculosidade²⁶”.

Ora, com dados tão sólidos, seguros e concretos pode-se calcular e balizar qual a pena, dependendo da existência daqueles dados majorantes, é esperada quando do proferimento da sentença, ou pelo menos o seu *quantum*, apto a ser geralmente o da pena mínima.

Deste modo, voltando ao exemplo dado da prescrição retroativa, é possível vislumbrar que, antes de iniciada a ação penal, a sanção imposta ao acusado seria aquela efetivamente atribuída. E mais, é presumível verificar, ante a ausência de situações desfavoráveis ao réu, que sua pena seria fixada no grau do mínimo legal, como de fato ocorrera.

Sabendo então que a pena seria fixada no mínimo legal, sempre lembrando que no exemplo dado a pena mínima era 01 (um) ano, e aplicando-se as regras dos prazos prescricionais, chega-se em um prazo prescricional de 04 (quatro) anos, constando antecipadamente desta feita, a inevitável ocorrência da prescrição retroativa. Entretanto, a extinção da punibilidade só vai realmente

²⁴ Beccaria. Dos delitos e das penas. São Paulo: Henus, 1983, p. 97.

²⁵ STF, RHC, Rel. Min. Djaci Falcão, DJU 25.4.77, p. 2573.

²⁶ TAMG, Rel. Abel Machado, RT, 624/361.

ocorrer ao final da demanda, uma vez que é requisito primordial da prescrição retroativa o proferimento da sentença penal condenatória.

Ressalte-se que a sentença que declara extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva é fulminante em todos os aspectos, isto é, não deixa qualquer registro que macule a pessoa do acusado, vale dizer, a ação penal será extinta e não produzirá nenhum efeito ou consequência.

Tendo em vista que a persecução penal mostrou-se inútil e desnecessária no caso concreto, fica então certas perguntas a serem respondidas: de que valeu esta ação penal? Pra que movimentar toda a máquina judiciária, para ao final se declarar extinta a punibilidade que foi seguramente antevista?

Ora, qualquer ação que se mostra desnecessária e inútil porque a visada sanção jamais será efetivamente aplicada ou porque este fim não poderá mais ser materialmente realizado porque ao sentenciar e aplicar concretamente a reprimenda, o direito de punir pulverizar-se-á no tempo carece de interesse de agir uma vez que está condenada a não produzir nada. Logo, deve esta ação ser extinta sem julgamento do mérito por ser carecedora de condição fundamental da ação.

E é exatamente aqui nos deparamos com a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva. O exercício mental então para a sua constatação é complexo e fracionado. Primeiro vislumbra-se a pena que será aplicada ao caso concreto sopesando os dados de atribuição de pena, daí a denominação prescrição em perspectiva. Depois se constata de forma antecipada a inevitável ocorrência da prescrição retroativa ao final da demanda. E finalmente, percebendo a desnecessidade e inutilidade da ação penal, conclui-se pela inexistência do interesse de agir.

Portanto, apesar do nome do instituto ser prescrição virtual ou antecipada, o fundamento jurídico para a sua existência é **falta de interesse de agir** ou justa causa. Não há que se falar em extinção da punibilidade tendo em vista que esta somente ocorrerá se a ação tiver prosseguimento e for julgada normalmente.

Demonstrando que o fundamento da prescrição antecipada é a falta de interesse agir, preconiza o insuperável Mirabete²⁷:

²⁷ Julio Fabrini Mirabete. Manual de Direito Penal, Parte Geral. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 412.

“Com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar o desgaste do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no artigo 110, § 1º do Código Penal, pode ser reconhecida antecipadamente, considerando a pena em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição”.

Neste sentido também já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“Prescrição retroativa – Reconhecimento antecipado considerada a pena em perspectiva – Denúncia rejeitada sob tal fundamento. As disposições dos artigos 41 e 43 do estatuto processual não limitam, sob exclusividade, o exame da peça introdutória da ação penal. O universo jurídico presente a atividade jurídica do juiz, no momento de verificação da admissibilidade da ação penal, leva o juiz ao exame de todos os pressupostos processuais e condições de exercício da ação. Projeta-se evidente que há possibilidade jurídica em torno do pedido, eis que se imputa ao denunciado uma conduta descrita na lei penal, isto é, típica. A legitimação para agir não é posta em dúvida, em face da presença do Ministério Público no pólo ativo da relação que se iniciara. O ‘punctum pruriens’ da questão envolve o tema do interesse de agir. É evidente que o interesse de agir tem sabor processual. Conquanto se admita que a utilização da via jurisdicional, no ato de acusar, não leva, inexoravelmente, à imposição de pena, cabe averbar-se que o exercício da ação sob indiscutível tom de falência quanto a aplicação concreta da reprimenda revelar-se-ia atividade sem qualquer utilidade, eis que o provimento jurisdicional, se procedente, desembocaria na prescrição da pretensão punitiva estatal, ante a pena concretizada. No exame do interesse de agir não se pode arredar a verificação da utilidade do provimento jurisdicional. Se inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se a ausência do interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca atingir um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata. O mundo do direito não pode posturar-se em tom de fenômeno inteiramente dissociado do mundo concreto. A vinculação entre o fato e o mundo do direito, na esfera processual pena, é indicada, desde logo, pelo princípio da consubstanciação, que exige, no oferecimento da denúncia, a apuração do fato e autoria imputada, através de inquérito policial ou de documentos. Mantida a interligação entre os fatos e o mundo jurídico, verifica-se, na temática debatida, que não se pode abstrair o resultado concreto de eventual condenação, no exame do interesse de agir. Não há interesse de agir se a pena

em perspectiva, uma vez concretizada, leva ao reconhecimento da prescrição penal...²⁸. (grifei).

Fica claro assim que a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva ou projetada nada mais é que um caso de carência da ação por falta de interesse de agir ou justa causa ante a flagrante desnecessidade de se provocar a jurisdição estatal. Por isso pode ser constatada e reconhecida a qualquer tempo, iniciada ou não a ação penal, haja vista que as condições da ação devem se fazer presentes durante todo o curso do processo.

2. Outros fundamentos ou justificativas: existem outras justificativas ou embasamentos que possibilitam e dão validade a prescrição virtual, além da falta de interesse de agir.

Dentre eles podemos citar o princípio da economia processual que consiste na obtenção de resultados máximos na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais. Sem dúvida que a prescrição em perspectiva estará atendendo este princípio quando reconhecida, pois, o resultado do processo que a reconhece é o mesmo do processo que prossegue e ao final declara prescrita a pretensão punitiva do acusado, ou seja, sua extinção. De nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso devido à prescrição. Neste sentido é a lição do Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça Paulista, que em suas manifestações sobre o artigo 28 do Código de Processo Penal afirmou:

“Nosso sistema Processual Penal, inspirado no princípio da economia processual, determina o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento do mérito, sempre que ocorrer causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique ou torne desnecessário o exame do mérito, como, *verbi gratia*, a hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional (art. 43, III, do CPP). Tratando-se de investigados primários e portadores de bons antecedentes, é possível antever-se, com segurança, que a pena deverá, inexoravelmente, ser fixada no mínimo legal. Nada de útil, portanto, se poderá extrair da prestação jurisdicional de caráter punitivo, diante da virtual “prescrição

²⁸ TACRIM – SP – Rec. – Rel. Walter Theodósio – RT 668/289).

retroativa”, que atinge a própria pretensão punitiva Estatal e todos os seus efeitos²⁹”.

Outro fundamento é extraído do direito administrativo voltado para a boa aplicação do dinheiro público. A atividade jurisdicional é também atividade administrativa do Estado e como tal requer recursos financeiros. Os recursos materiais, tais como, pagamento de salários aos magistrados, promotores, serventuários, contas de energia elétrica, fita de impressora, papel, gasolina, diárias de oficiais de justiça, telefone, etc, e que visam dar andamento e desenvolvimento a atividade jurisdicional, não podem ser consumidos de forma insensata.

É bom que se diga que esses recursos financeiros não podem ser desperdiçados ou utilizados de maneira irresponsável sob pena de desvio de finalidade. Desse modo, mister sua utilização séria e controlada, justificando e resultando em proveito do Estado e da sociedade.

Se o processo está natimorto não deve ter andamento sob pena de gasto indevido desses recursos públicos. A prescrição antecipada visa exatamente prevenir esses gastos desnecessários, atendendo este princípio. Neste sentido:

“Prescrição antecipada – Validade do raciocínio que antecipa o cálculo prescricional para rejeitar a denúncia.
Ementa oficial: Princípio do direito administrativo, voltado para a boa aplicação do dinheiro público, também recomenda que não seja instaurada a ação penal por falta de interesse, quando, em razão da provável pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo juiz, a partir das considerações inerentes ao artigo 59 do Código Penal, for possível perceber que a sentença condenatória não se revestirá de força executória em face das regras que regulam a prescrição...³⁰”.

Diferente justificativa seria a preservação do prestígio da justiça. A movimentação do poder judiciário para a composição de um conflito instaurado não é só desgastante para juízes, promotores e advogados. Atinge também as partes da ação e de forma mais difusa e indireta a própria sociedade. Assim, ao

²⁹ Protocolado n.º 648/97, in Boletim Informativo, tomo I, 1.997, pág. 29.

³⁰ Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Ap. 295.059.257 – 3ª Câmara – j. 12.03.1996 – Rel. Juiz José Antonio Paganella Boshi.

final de uma ação é perfeitamente normal e previsível que todos fiquem cansados e aborrecidos, como soldados que voltam de uma árdua batalha. A situação certamente se agrava se de nada adiantou a batalha, ou melhor, a ação. Quando ao final da demanda se reconhece a prescrição, sentimentos de cansaço e acima de tudo de desperdício de tempo revelam-se como conseqüências habituais, o que resulta em desprestígio da própria justiça como um todo. Os jurisdicionados cada vez mais ficam desacreditados em buscar guarida de seus direitos.

No início da ação há uma perspectiva de punibilidade que se não é efetivamente obtida em face da prescrição, gera um sentimento de impunidade, incentivando a prática de novas infrações.

Sem dúvida que o reconhecimento da prescrição virtual evita esse desgaste da imagem da justiça pública, uma vez que não se desenvolverá a falsa sensação de punibilidade instaurada pela ação condenada a não prosperar. Com este instituto, a ação morre em seu nascedouro e não faz brotar aquelas falsas expectativas de condenação. Ao menos não haverá desprestígio da justiça que não é movimentada a todo vapor para ao final não censurar ninguém. Neste sentido já decidiu a jurisprudência:

“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 de agir, a justificar a condenação *ex officio* do *habeas corpus* para trancar a ação penal”³¹.

Outras tantas justificativas poderiam ainda ser levantadas como a diminuição de processos execrados à prescrição em nome da devida atenção aos processos realmente úteis à realização efetiva dos direitos subjetivos, ou como a prestação de um serviço de metas sociais e políticas, etc. Todos esses fundamentos decorrem de maneira mais ou menos direta da própria falta de interesse de agir, e por isso não há como esgotá-los. As próprias justificativas da prescrição, comentadas no capítulo III (item 2), podem ser aqui flagradas ou percebidas.

³¹ Tacrim – SP – HC – Rel. Sérgio Carvalhosa – RT 669/315.

Como se não bastassem todos esses argumentos positivos e favoráveis a existência da prescrição antecipada, o tema ainda não é unânime na doutrina e tampouco da jurisprudência, o que merece destaque no estudo do presente trabalho.

3. pontos resistentes à prescrição virtual: a criação da prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva é recente e ainda não se encontra comentada pela maioria da doutrina penal e processual penal brasileira. Os poucos que a comentam ainda mostram-se tímidos sobre o assunto. Outra parte da doutrina levanta algumas objeções ao seu reconhecimento, o que nos leva a fazer um estudo detalhado sobre elas.

Insta destacar que procuraremos sempre rebater os argumentos contrários à prescrição virtual como meio de proporcionar uma melhor reflexão sobre ela.

A primeira alegação contrária à prescrição antecipada é o desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Este princípio, vigente no sistema processual penal brasileiro, ensina que a ação penal não pode ser exercida de forma aleatória e desde que formada a *opinio delict* não pode ela ser preterida por critérios de oportunidade e conveniência. Há, portanto ao Ministério Público a obrigatoriedade de exercitar a ação penal e ao juiz velar por este exercício compulsório.

Não acreditamos que este posicionamento encontra força suficiente para impedir o reconhecimento da prescrição antecipada. O princípio realmente subsiste nas hipóteses em que a ação penal pode ser exercida normalmente. Uma vez possível seu regular exercício e formada a *opinio delict* exsurge e vigora o dito princípio. Todavia, antes da análise da *opinio delict*, que se confunde com o mérito, deve-se analisar outros requisitos para o exercício regular da ação, quais sejam, as condições da ação. Ausente uma condição da ação, afastada está a obrigatoriedade da ação e do dever de agir. Não fosse assim, mesmo diante de ilegitimidade de partes, por exemplo, a ação deveria ser absurdamente ajuizada robotizando e limitando o seu exercício à obediência de uma regra formal.

Soma-se a isso o dever do promotor, do juiz e dos advogados de velarem pelas condições da ação e dos pressupostos processuais, fiscalizando deste modo o desenvolvimento válido da pretensão acusatória desde seu nascedouro.

Outro ponto de resistência à prescrição em perspectiva, diz outra escola contrária, é a sua falta de previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Este é o fundamento utilizado pela maioria das jurisprudências contrárias à prescrição virtual. Neste sentido:

“PENAL. PROCESSUAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. DOLO ESPECÍFICO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

Não há que se falar em inépcia da denúncia quando esta preenche os requisitos do Código de Processo Penal, Art. 41, garantindo, ao acusado, o direito à ampla defesa. O "*Habeas Corpus*" não se presta ao exame de provas, matéria afeta ao contraditório próprio da instrução criminal. Nosso ordenamento jurídico-processual não contempla a prescrição por antecipação. Pretensão recursal que carece de amparo legal. Recurso a que se nega provimento”³²(grifei).

E ainda:

“Recurso de habeas-corpus - pretensão de que seja extinta a Punibilidade do paciente, pela chamada "prescrição antecipada", levando-se em conta a possível pena a ser aplicada - tese repelida nesta corte. Não tem qualquer amparo legal, extinguir-se a punibilidade de alguém, com prognóstico da pena a ser eventualmente aplicada. No caso, há de se levar em conta o máximo da pena abstratamente cominada, situação que não ampara o paciente. Recurso improvido”³³ (grifei).

Realmente o nosso Código Penal e nosso Código de Processo Penal não contemplam de forma textual a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva. Não há nenhum dispositivo que reze: “A prescrição retroativa antecipada retira a justa causa e o interesse de agir da ação penal, impossibilitando o seu exercício ou prosseguimento”. Não existe qualquer norma parecida ou análoga. No entanto, não é a falta de previsão expressa que vai afastar a sua constatação e sua existência.

Aliás, esse entendimento decorre de uma certa confusão ou desconhecimento mais aprofundado da prescrição virtual em que se encontra

³² STJ - RHC 8274/ES 1999/0004613-7 - j. 13.9.1999 - Min. Edson Vidigal.

³³ STJ - RHC 6567/SC - 1997/0044584-4 - j. 22.9.1997, Min. Anselmo Santiago.

certos operadores do direito. Como já foi dito anteriormente, apesar do nome deste instituto ser **prescrição** virtual ou antecipada, não há que se falar em extinção da punibilidade. Seu fundamento é a falta de interesse de agir ou da justa causa. Uma vez entendida esta diferença, não se pode alegar falta de amparo legal para o seu prestígio, pois que o artigo 43, inciso III, do Código de Processo Penal reza que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Deste modo, ausente o interesse de agir, saliente-se, fundamento da prescrição virtual, a peça acusatória inicial deverá ser rejeitada, eis que inexistente uma das condições para o exercício da ação.

Soma-se a isso a previsão textual da mesma lei adjetiva que prevê em seu artigo 3º a admissibilidade de interpretações extensiva e analógica da lei processual penal. Ora, o Código de Processo Civil prevê de forma expressa a carência da ação por falta de interesse de agir. Como é cabível a analogia e a interpretação extensiva à lei processual penal, então é possível a carência da ação penal pelo mesmo fundamento ali esposado.

Asseverar que a prescrição antecipada não é contemplada por nossa legislação é o mesmo que não permitir aos operadores do direito uma real e verdadeira busca pela justiça. Seria o mesmo que afirmar que o promotor, o juiz e o advogado estão engessados pelas normas escritas, retirando-lhes o caráter humano e social a que se presta o direito.

Uma diversa escola contrária à prescrição em perspectiva ensina que sua utilização e prestígio violam o princípio da presunção da inocência. Este princípio assegura a qualquer réu o direito de ter um provimento jurisdicional que lhe reconheça inculpabilidade e a prescrição virtual só ocorre reconhecendo a condenação do acusado.

Também não merece, ao nosso ver, guarida este entendimento. Com efeito, a sentença que virtualmente se trabalha para reconhecer-se a prescrição antecipada é a condenatória, mas isso não implica dizer que houve seu real reconhecimento. Não há que se falar em condenação e posterior extinção da punibilidade. Ao contrário, não há que se falar nem mesmo em sentença, muito menos em sentença condenatória.

A carência da ação, como dito no capítulo pertinente, impossibilita o ajuizamento de qualquer ação e a realização da persecução penal. Nota-se destarte, que sua análise é anterior a qualquer outra e se manifesta, inviabiliza qualquer direito de ação, seja do autor, seja do réu. Não se pode exigir o exercício e prosseguimento de uma ação carente de suas condições sob o argumento de que o réu tem direito a uma sentença absolutória, sob pena de eterno desvio ou desnecessidade das condições da ação. Fosse assim, não precisaríamos mais das condições da ação, eis que é interesse do Estado a solução da lide instaurada. No entanto, as condições da ação existem como requisitos mínimos necessários ao exercício deste direito. O princípio então só subsiste quando uma ação é devidamente e validamente instaurada, o que torna lícito o reconhecimento da prescrição virtual.

Uma distinta corrente entende incabível a prescrição antecipada porque a previsão da pena revela análise de mérito sem o devido processo legal, princípio mundialmente consagrado, e sem o devido contraditório, o que é vedado no processo penal brasileiro, concluindo que a análise do interesse de agir não pode ser profunda e confundir-se com esta análise de mérito.

Realmente assiste razão a esta corrente quando afirma que há apreciação de mérito para a aferição de pena. Contudo, esta análise é meramente superficial, isto é, sem grandes reflexões e ponderações. Ademais, qualquer arquivamento de inquérito policial resulta de uma apreciação superficial das provas ali coligidas, o que torna válido este procedimento para a estimativa da pena em perspectiva. Não há violação aos princípios susos mencionados porque não houve também ação penal intentada, e como se sabe, estes princípios só vigoram na ação propriamente dita.

Soma-se a isso o sistema rígido e ditatorial de implementação de pena a que está adstrito o juiz ao proferir qualquer sentença condenatória. Aqueles dados objetivos em que o magistrado deve pautar-se são, por vezes, tão seguro que se vislumbra facilmente qual a pena que ele cominará ao caso concreto.

Com relação ao exame do interesse de agir que se confunde com o julgamento de mérito, também assiste razão a esta corrente. É justamente do estudo do mérito da ação que se flagra a ausência do interesse de agir, afinal, para se perceber que um provimento jurisdicional é inútil devemos analisar a causa de pedir e o pedido da ação. Não há como afastar uma certa apreciação

subjetiva do mérito de que se reveste o interesse de agir, caso contrário, não poderíamos nunca conjecturar a impossibilidade ou a inadequação de uma ação.

Desta última corrente acima tratada, decorre talvez a questão mais tormentosa e realmente plausível contra a prescrição virtual. Afirmam alguns que a prescrição antecipada mostra-se desaconselhável em face da ocorrência da *mutatio libelli* prevista no artigo 384, parágrafo único, isto porque a pena antecipadamente calculada (em perspectiva) pode não ser a efetivamente aplicada ante a possibilidade da alteração para crime mais grave ou com pena superior àquela inicialmente vislumbrada, conforme preceitua o dispositivo supra, *in verbis*:

Art. 384. (...)

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe a aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Deste modo, a denúncia, embasada corretamente num inquérito policial, pode descrever como fato delituoso um furto. Entretanto, a instrução processual pode revelar que a subtração ocorrera mediante ameaça, transmudando assim o crime de furto para o de roubo, cuja pena é maior que a reprimenda daquele.

Em que pese a pertinência deste argumento contrário a prescrição virtual, entendemos não ser ele forte o suficiente para o seu afastamento. Senão vejamos.

Como explicado anteriormente, a prescrição em perspectiva pode ser enxergada antes do início da ação penal, bem como durante o seu curso.

Se constatada antes de iniciada a ação penal, ou seja, ainda na fase inquisitiva, a questão levantada mostra-se menos pantanosa porque o arquivamento de inquérito policial deve, por cautela, possuir a ressalva do artigo 18 do Código de Processo Penal, que permite o prosseguimento de novas pesquisas pela autoridade policial, se de outras provas tiver notícias.

Essa providência praticamente elimina qualquer obste a contemplação da prescrição virtual visto que qualquer nova prova que altere a capitulação do delito

e conseqüentemente a sua pena ensejadora do cálculo prescricional servirá de base para uma nova análise e apreciação do caso, resultando em novo arquivamento do inquérito policial ou no oferecimento de denúncia. Ademais, este argumento poderia ser levantado em todos os arquivamentos de procedimento administrativo policial, eis que a probabilidade do surgimento de novas provas é uma constante possibilidade. Foi exatamente para dar acuidade a estes casos que o legislador editou o dispositivo citado, como meio de contornar esta situação nova.

A mesma solução, todavia, não se mostra tão clara com relação à ocorrência da prescrição antecipada durante a ação penal. Este artigo 18 refere-se a inquérito policial e a autoridade policial, sendo, portanto, inaplicável para a ação penal propriamente dita. Para então respondermos a questão levantada teremos que nos socorrer de outros dispositivos contidos em nossa legislação.

Neste caso, a ação é extinta sem julgamento do mérito por falta de uma condição da ação, tal qual, o interesse de agir, conforme exhaustivamente explicado. O Código de Processo Penal não tem previsão literal deste tipo de julgamento o que nos remete a utilização do Código de Processo Civil em analogia e em obediência ao próprio artigo 3º daquele código.

A carência da ação enseja uma sentença processual que possui uma decisão que não resolve a lide (sentença terminativa), sendo admissível a renovação ou repetição da ação, desde que partes corrijam o defeito que ensejou aquela extinção.

Isto acontece porque estas decisões são desprovidas dos efeitos da coisa julgada material. Logo, a ação extinta sem julgamento do mérito pode ser reproposta desde que o direito de ação permaneça íntegro e mostre-se novamente exercitável. Assim, corrigida a legitimação ou deduzido o pedido adequado e possível, pode ser ela renovada. Neste caso, de sentença terminativa, a extinção não obsta a que ao autor intente novamente a ação, salvo quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada.

Ora, se o direito de ação não está definitivamente eliminado, aquela ação extinta sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir que reconheceu a prescrição virtual pode ser novamente intentada a qualquer tempo, desde que presente aquela condição da ação antes afastada.

Além disso, não permitir a utilização da prescrição virtual para extinguir uma ação sem julgamento do mérito é negar existência às próprias condições da ação, o que, data vênia, não nos parece plausível e justo.

Deve sim a prescrição virtual ou antecipada ser utilizada e prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência nacional uma vez que os argumentos que lhe são contrários não se mostram fortes suficientes para a sua renegação.

VI - CONCLUSÃO

A mitologia grega nos dá conta de que Sísifo, "o mais astuto dos mortais e também o menos escrupuloso", por haver traído Zeus, denunciando-o como raptor de Egina, filha do deus-rio Asopo, foi, pelo senhor dos deuses, fulminado e precipitado nos infernos, onde lhe foi imposto, a título de expiação por sua falta, o castigo de "rolar eternamente um enorme rochedo na subida de uma vertente. Mal o rochedo atingia o cimo, voltava a cair mercê do seu próprio peso e o trabalho tinha de recomeçar" ³⁴.

A prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva é criação eminentemente brasileira que visa exatamente evitar persecuções penais condenadas ao nada e ao simples deleite das partes ou do processo, uma vez que, presumivelmente e dentro de uma análise qualificada e segura feita por juízes, promotores e advogados, a punibilidade do acusado, ao final da demanda, estará extinta sem que se possa dar início a qualquer execução de pena.

Consiste, resumidamente, no seguinte exercício mental: Primeiro vislumbra-se a pena que será aplicada ao caso concreto sopesando os dados de atribuição de pena, daí a denominação prescrição da pena em perspectiva. Depois se constata de forma antecipada a inevitável ocorrência da prescrição retroativa ao final da demanda. E finalmente, percebendo a desnecessidade e inutilidade da ação penal, conclui-se pela inexistência do interesse de agir.

Suas vantagens mostram-se muito superiores às suas críticas, sempre embasada em visões meramente formais e de operadores do direito com uma conduta meramente formalista e apegada aos exageros legais.

Assim, iniciar, em casos tais, a perseguição penal judicial, ou, se for o caso, dar-lhe prosseguimento, seria o mesmo que nadar, nadar e morrer na praia; seria adubar, com zelo e dispêndio de tempo, árvore, pretensamente frutífera e que premeditadamente está condenada a não frutificar.

Negar-lhe validade e consistência é mesmo que contemplar o labor infrutífero e o trabalho em vão, resultante do dispêndio de suor sem fim (sem término e sem finalidade) com carga expiatória mais gravosa que o próprio peso

³⁴ Grimal, Pierre. Dicionário da Mitologia Grega e Romana. 3ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 422/423, tradução de Victor Jabouille.

do rochedo recalcitrante. Negar-lhe validade é fazer de todos nós e da justiça um verdadeiro Sísifo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, José Osterno Campos de. Prescrição Antecipada ou Trabalho de Sísifo, in www.direitocriminal.com.br, 20.02.2001.
- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, v. I. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BECCARIA. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Hemus, 1983, p. 97.
- BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v. I. Edição histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1940, p. 435.
- BOLETIM JBCCRIM, n.º 42, pág. 3.
- BRASIL. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRUNO, Anibal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo 3º. 3ª ed, São Paulo: Forense, 1967.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Aloysio de Filho. Comentários ao Código Penal, v. IV. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- _____. Comentários ao Código Penal, v. IV. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 5ª ed., São Paulo: RT, 1985.
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRIMAL, Pierre. Dicionário da Mitologia Grega e Romana. 3ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, tradução de Victor Jabouille.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Prescrição Penal. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia Jurídica. 3ª ed., São Paulo: RT, 1997.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição Penal, Prescrição Funcionalista. São Paulo: RT, 2000.
- MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal, v. III. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Elementos de Direito Processual Penal, v. I. Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. Processo Penal. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal. São Paulo: RT, 1999.
- PORTO, Antonio Rodrigues. Da Prescrição Penal. São Paulo: Editora José Bushatsky, editor, 1957.
- REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. O Reconhecimento Antecipado da Prescrição. O Interesse de Agir no Processo Penal e o Ministério Público. Ano 1. n.º 3, jul/set de 1993.
- SCARANCE, Antonio Fernandes. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal, v. I. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl e José Henrique PIERANGELI. Manual de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: RT, 1997.