

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A FALTA DE INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO
PENAL**

TirzáLukachak da Mata

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A FALTA DE INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO
PENAL**

TirzáLukachak da Mata

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

Presidente Prudente/SP

2015

MATA, Tirzá Lukachak da
Prescrição Virtual e a Falta de Interesse de Agir no Processo Penal/Tirzá Lukachak da Mata: Toledo Prudente Centro Universitário, 2015
71 páginas

Monografia de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2009

1. Prescrição Virtual. 2. Processo Penal. Extinção da Punibilidade. Interesse de Agir. I. Prescrição Virtual e a Falta de Interesse de Agir no Processo Penal

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A FALTA DE INTERESSE DE AGIR NO
PROCESSO PENAL**

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

Florestan Rodrigo do Prado

André Renato Ramos Sodré

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2015

Das utopias

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!

Mario Quintana

Dedico o presente trabalho aos meus pais, os
quais, estrelas em minha vida, fizeram com que
o sonho pudesse se tornar realidade.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador pela paciência e tempo despendido para que fosse possível a conclusão desse trabalho. Agradeço, ainda, por ter sido um ótimo professor e exemplo de cidadão.

Agradeço aos meus amigos de sala, principalmente à Ana, Juliana, Guilherme e Nícolas, pela companhia diária ao longo desses cinco anos em que estive na faculdade, muitas vezes compartilhando dos meus instantes de angústia, mas principalmente dividindo comigo grandes momentos de felicidade.

Agradeço às minhas amigas de longa data por sempre acreditarem no meu potencial, até quando eu mesma não acredito.

Agradeço, também, aos amigos de nem tão longa data assim que fizeram com que a minha caminhada pela estrada da vida se tornasse mais suave e iluminada, ajudando sempre que fosse preciso. Isso inclui você, Flávio.

Por último, agradeço a minha família pelo amor e afeto que sempre me proporcionaram, fazendo com que eu me tornasse que eu sou hoje, buscando sempre algo melhor para o amanhã.

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo dar enfoque ao instituto da prescrição virtual. Entendida como uma modalidade prescrição não prevista em lei por alguns, foi também realizado um estudo acerca das demais prescrições previstas tanto em nosso ordenamento jurídico, quanto em ordenamentos estrangeiros, abordando-se, ainda, a evolução histórica do instituto. Voltando ao foco do presente trabalho, analisamos pormenorizadamente a prescrição virtual, versando sobre seus elementos principais, tais como: natureza jurídica e as justificativas para a sua adoção ou rejeição na doutrina e jurisprudência pátria. Ademais, realizamos, também, uma análise sobre o *jus puniendi* estatal, tendo em vista que a prescrição virtual, quando aplicada em algum caso concreto, acaba aniquilando tal prerrogativa estatal. Por fim, constatamos necessária a realização de tal estudo, pois, embora a prescrição virtual seja amplamente criticada e, inclusive, rejeitada pelos Tribunais Superiores, principalmente após a edição da Súmula nº. 438 do Superior Tribunal de Justiça, tal instituto é comumente utilizado nos juízos de Primeira Instância, sendo um assunto polêmico e ainda não pacificado.

Palavras-chave: *jus puniendi*. Prescrição. Prescrição Retroativa. Prescrição Virtual. Condições da ação. Falta de interesse de agir.

ABSTRACT

This study aimed to focus on the virtual prescription institute. Understood as a modality prescription not required by law by some, it was also carried out a study of the other requirements set out both in our legal system, as in foreign jurisdictions, focussing, also the historical development of the institute. Returning to the focus of this paper, we analyze in detail the virtual prescription, dealing with its main elements, such as legal status and the reasons for their adoption or rejection of the doctrine and jurisprudence homeland. In addition, we performed also an analysis of jus puniendi state, considering that the virtual prescription, when applied in any case, just annihilating such a state prerogative. Finally, we found necessary to carry out such a study because, although the virtual prescription is widely criticized and even rejected by the Superior Courts, especially after the enactment of Precedent no. 438 of the Superior Court of Justice, such an institute is commonly used in the judgments of First Instance, being a controversial and still not pacified subject.

Keywords: jus puniendi. Prescription. Backward prescription. Virtual prescription. Conditions of the action. Lack of interest in acting.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 DA PUNIBILIDADE | 11 |
| 1.1 Do Direito de punir..... | 11 |
| 1.2 Causas Extintivas da Punibilidade..... | 12 |
| 1.2.1 Morte do agente..... | 13 |
| 1.2.2 Anistia, graça e indulto..... | 14 |
| 1.2.3 <i>Abolitio Criminis</i> | 18 |
| 1.2.4 Prescrição, decadência e perempção..... | 18 |
| 1.2.5 Renúncia..... | 25 |
| 1.2.6 Perdão do ofendido..... | 26 |
| 1.2.7 Retratação do agente..... | 27 |
| 1.2.8 Perdão Judicial..... | 27 |
| 2 DA AÇÃO PENAL | 29 |
| 2.1 Condições da Ação Penal..... | 29 |
| 2.2 Princípios Aplicáveis..... | 31 |
| 2.3 Modalidades de Ações Penais..... | 32 |
| 3 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL | 36 |
| 3.1 Evolução Histórica..... | 36 |
| 3.1.1 Surgimento no Mundo..... | 36 |
| 3.1.2 Prescrição no Direito Comparado..... | 37 |
| 3.1.3 Origens no Direito Brasileiro..... | 37 |
| 3.2 Natureza Jurídica..... | 40 |
| 3.3 Fundamentos de sua Existência..... | 43 |
| 3.4 Imprescritibilidade..... | 47 |
| 3.4.1 Imprescritibilidade e o Estatuto de Roma..... | 48 |
| 4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL | 52 |
| 4.1 Conceito e origem..... | 52 |
| 4.2 Natureza Jurídica..... | 54 |
| 4.3 Argumentos Contrários e Favoráveis à Prescrição Virtual..... | 55 |
| 4.4 Prescrição Virtual e a Súmula nº. 438 do STJ..... | 63 |
| 5 CONCLUSÃO | 65 |
| 6 REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA | 67 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordou a prescrição virtual, também conhecida como prescrição antecipada ou em perspectiva, nasceu na jurisprudência brasileira, mais especificamente nos Tribunais de Alçada.

Conceituado o tema, podemos dizer que tal instituto caracteriza-se pela possibilidade de, diante das circunstâncias pessoais do agente, bem como o modo em que o crime foi cometido, se antever a ocorrência da prescrição retroativa, antes do recebimento da denúncia ou da prolação da sentença, fazendo com que o processo não atinja o seu objetivo principal.

Com efeito, foi observado a ampla rejeição do instituto pelos Tribunais Superiores, embora seja comumente aplicado pelos Promotores e Magistrados, ao arrepio do que prevê a Súmula nº 438 elaborada pela Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, abordou-se, também, os argumentos daqueles que são favoráveis ao instituto, dentre eles os princípios constitucionais da razoável duração do processo e o da economia processual, e, ainda, as justificativas daqueles que entendem pela inaplicabilidade da prescrição virtual, elencando para isso os seus mais variados motivos.

Por fim, foi discutido a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da prescrição virtual, chegando a conclusão de que se trata de legítima falta de interesse de agir, bem como justa causa para o início da ação penal, a importância do seu reconhecimento e a justificativa plausível para tanto.

1 DA PUNIBILIDADE

1.1 Do Direito de Punir

Com o início da existência da pessoa, física ou jurídica, iniciam-se, também, seus direitos básicos e fundamentais que devem ser tutelados e podem ser exigidos de outrem ou do próprio Estado. Ao nascer, uma pessoa passa a ter uma relação jurídica direta com o ente estatal, de forma que a mesma deve se adequar às regras por ele impostas para que seja possível a vida em sociedade.

O legislador, ao criar as regras básicas para o convívio social, criou também em âmbito penal as sanções que seriam cominadas aos indivíduos que não agissem dentro dos limites estabelecidos, possuindo condutas contrárias às socialmente aceitas e violando os bens mais importantes relacionados à vida social, quais sejam a vida, a honra, a integridade física, etc. Sendo assim, ao elaborar a norma penal, o Estado detém o direito de punir abstrato, pois a mesma ainda não foi violada, gerando apenas uma pretensão de punição.

Portanto, ante a não violação da norma, o Estado possui apenas o direito-dever de exigir do cidadão a não violação desta regra, mantendo, assim, a paz social e a ordem originalmente imposta. Por outro lado, o cidadão tem a obrigação de não realizar a conduta ali descrita, devendo, portanto, abster-se, sendo esse o preceito primário da norma penal incriminadora.

Uma vez praticada a conduta típica, o direito de punir abstrato que o Estado detém passa a ser concreto, sendo que dessa forma torna-se exigível que a pessoa responda pelos seus atos, uma vez que, podendo agir de acordo com a lei, optou por ter uma conduta reprovável.

Nessa toada, a relação que antes, segundo Damásio de Jesus (1998, p. 1), era de obediência penal, agora passa a ser regida sob o preceito secundário da norma incriminadora, qual seja, a sanção. Para que esse preceito secundário seja efetivo, é preciso que Estado exerça seu poder punitivo como forma de deixar claro a reprovabilidade da conduta do agente, e, também, é preciso que o sujeito se submeta a sanção penal, redimindo-se de sua conduta para que seja reestabelecida a ordem social.

1.2 Causas Extintivas da Punibilidade

Como dito anteriormente, após a conduta lesiva ao bem jurídico considerado essencial para a boa convivência em sociedade, o Estado detém o “*jus puniendi*” de forma efetiva. Porém, a punibilidade conferida ao ente estatal não se dá de forma perpétua, de modo que o legislador elencou algumas causas extintivas desse direito, negando-se ao Estado a legitimidade que antes possuía para tomar as devidas providências no sentido de punir o agente do delito.

Tendo em vista que a liberdade é considerada um dos bens jurídicos mais importantes em nosso estado democrático de direito, uma vez decretada a responsabilidade do sujeito pelo crime cometido, esse mesmo bem poderá sofrer graves consequências, sendo a pior delas sua total restrição. Portanto, o “*jus puniendi*” estatal deve observar alguns requisitos básicos para que não seja arbitrário, qual seja, a utilidade e a necessidade condenação.

Como forma de limitação aos eventuais abusos que poderiam ocorrer caso fosse conferido ao Estado a livre disponibilidade de punir o agente a qualquer tempo, o legislador elencou algumas causas onde se extingue a punibilidade do agente em razão do decurso do tempo. Ou seja, como bem lembra Tourinho (2009, p. 556), não se extingue o crime ou a pena, mas sim os efeitos que a punibilidade gera automaticamente ao sujeito.

Algumas dessas causas foram elencadas no art. 107, do atual Código Penal, que dispõe:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:
I - pela morte do agente;
II - pela anistia, graça ou indulto;
III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite;
VII e VIII - Revogados.
IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

No entanto, tal rol é meramente exemplificativo, uma vez que são encontrados fatores que excluem a punibilidade do agente em todo o Código Penal, bem como na legislação esparsa. Exemplo disso é o artigo 89 da Lei nº 9099/95 que rege a suspensão condicional do processo e determina em seu parágrafo 5º que,

uma vez expirado o prazo de tal benefício, caso não ocorra nenhuma causa de revogação, o Juiz decretará a extinção da punibilidade do agente.

1.2.1 Morte do agente

Um dos motivos da aplicação da pena é a regeneração do criminoso, fazendo com que ele seja reabilitado para a vida em sociedade, convivendo normalmente com os seus semelhantes, dentro das normas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, dado esse pressuposto para a aplicação da pena, uma vez verificada a morte do agente, não há motivos para que a mesma seja aplicada, tendo em vista que a sanção penal não possui mais caráter de vingança estatal, e sim de defesa social, como assim classifica Tourinho (2009, p. 558).

Além disso, é vedado em nossa Constituição que tal pena ultrapasse a pessoa do condenado, como assim prevê expressamente o art. 5º, XLV, de nossa Lei Maior. Sendo impossível que outrem responda pelos crimes de alguém, uma vez que é inadmissível a responsabilidade criminal de alguém além dos limites de sua própria culpabilidade. Prova disso é o fato de que, em virtude do Princípio da Personalidade da Pena, caso o sujeito seja condenado a pena de multa, uma vez não paga e verificada a morte do agente, o espólio do mesmo, bem como a eventual herança de seus herdeiros, não poderão responder pelo seu inadimplemento.

A morte do agente deve ser provada, segundo o artigo 62, do competente código de ritos, através da respectiva Certidão de Óbito do sujeito. Sendo assim, uma vez julgada extinta a punibilidade do agente pela morte, comprovada em Certidão de Óbito, caso o mesmo apareça vivo, impossível será a reabertura do processo, dado que tal sentença é resolutive de mérito e não existe em nosso ordenamento jurídico revisão criminal "*pro societate*", tendo em vista que o art. 8.4, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, expressamente prevê que "o acusado absolvido em sentença já transitada em julgado, não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". Com isso, o sujeito que tenha se utilizado de eventual Certidão de Óbito falsificada, deverá responder apenas pelo crime de falsificação, sendo vedada a reabertura do caso no qual foi extinta sua punibilidade pela morte.

Outra questão importante a ser debatida, é o fato do crime realizado em concurso de agentes. A morte de um deles não implicará na extinção da punibilidade dos outros, sendo que contra estes, a ação poderá ser interposta normalmente ou seguir seu curso natural.

Com isso, podemos concluir que, uma vez verificada a morte do agente, caso não tenha sido interposta a ação penal, esse fato jurídico impedirá a propositura de tal ação. Caso já tenha sido interposta, a ação deverá ser julgada extinta, na hipótese em que não houver outros querelados envolvidos na demanda.

Em ambos os casos, nada impedirá, entretanto, a propositura da ação civil “*exdelicto*” visando a reparação dos danos decorrentes da infração penal, como assim prevê o art. 63, do Código de Processo Penal. A diferença restará verificada no caso em que já houver sentença penal condenatória, servindo esta como título executivo judicial no âmbito civil.

1.2.2 Anistia, graça e indulto

Os três institutos são espécies de renúncia estatal ao direito de punir o agente que tenha cometido algum delito.

A anistia é ato privativo do Poder Legislativo e se trata de uma nova lei que retroage ao tempo do fato delituoso, fazendo com que tal ato, antes amoldado à conduta típica, deixe de ser crime e, portanto, não fica ao critério do agente ou condenado aceitar ou recusar tal medida, uma vez que, promulgada a lei, a todos será aplicada

Tal instituto se trata, portanto, de exceção ao Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, disposto no art. 5º, inciso XL, uma vez que determinada lei visa beneficiar o acusado, ou até mesmo o condenado.

A anistia diz respeito à crimes políticos, entretanto, é possível que seja concedido a crimes de natureza diversa.

Alguns doutrinadores dizem, ainda, que ela pode ser concedida de forma própria, quando se verifica antes da sentença penal condenatória, ou imprópria, quando verificada após a sentença penal condenatória. Se concedida antes, impedirá a propositura da ação penal, se concedida após a sentença não subsistirá nenhum dos efeitos desta, exceto o de reparação em âmbito civil, ressalvados os casos em que o próprio Estado assume referida responsabilidade.

Caso concedida no curso da ação penal, outra saída não se verifica a não ser o trancamento da mesma. Além do mais, caso o condenado já esteja cumprindo pena e sobrevier lei que anistia o crime por ele cometido, deverá o mesmo, observado o art. 742, do Código de Processo Penal, ser posto em liberdade. Sendo válido lembrar que tal condenação não implicará na extinção da primariedade do condenado, ou seja, sendo primário, continuará o sendo.

Outra característica importante é a de que, embora seja instituto de caráter eminentemente objetivo, o Poder Legislativo, ao conceder a anistia, poderá modular tal característica, fazendo com que tal medida não alcance determinados indivíduos em face de sua condição pessoal ou outras circunstâncias peculiares. Em razão disso, a doutrina diz que tal medida pode ser irrestrita, sendo esta a regra de tal instituto, alcançando todos os que se encaixam em tal previsão, ou restrita, quando o Legislativo modula seu alcance, restringindo-o à certas pessoas.

Diz-se, ainda, que tal medida pode ser condicionada, quando a lei prevê alguns requisitos para a sua concessão, ou incondicionada. Ou então comum, quando o seu objeto alcançar apenas delitos comuns, e especial, quando tratar-se de crimes políticos.

Por outro lado, a graça e o indulto são atos privativos do Presidente da República, que poderá ouvir ou não os órgãos instituídos em nossa legislação, bem como delegar essa função às autoridades previstas no parágrafo único, art. 84 da Constituição Federal.

Diferentemente da anistia que pode ser tanto própria ou imprópria, a graça e o indulto pressupõem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, e, portanto, tais institutos atingem somente os efeitos referentes à execução da pena que dela emanam. Entretanto, em casos excepcionais em que haja concessão de indulto antes do trânsito em julgado da sentença é preciso que o Tribunal competente aprecie eventual recurso interposto pelo réu, respeitando o Princípio Constitucional da Ampla Defesa, uma vez que, concedendo o indulto, ainda assim subsistirão os efeitos da sentença condenatória. Noutra giro, caso ele fosse absolvido na sentença, não existirá efeito algum, sendo assim, mais benéfico para o réu.

Nesse mesmo sentido baseia-se a concessão do indulto quando o réu gozar do benefício do *sursis*, sendo aquele mais benéfico que este, não há impedimento algum.

Tanto a graça quanto o indulto dizem respeito às infrações comuns. Entretanto, a graça deve ser solicitada, o indulto é concedido de forma espontânea.

Destarte, é válido lembrar que a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, ou Lei de Execuções Penais, deu nova nomenclatura a tais institutos, conforme se verifica dos artigos abaixo transcritos:

Art. 188. O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.

Conclui-se, portanto, que a graça passou a ser chamada de “indulto individual”, tendo em vista seu caráter pessoal. Por outro lado, o indulto passou a ser chamado de “indulto coletivo”, uma vez que, como a nova nomenclatura diz, é concedido de forma coletiva.

Outra diferença entre indulto individual e coletivo e a anistia, reside na hipótese de que o Presidente da República poderá, avaliando o caso, conceder o indulto totalmente, caso nos casos acima explanados, excluindo-se a punibilidade do agente, como também concedê-lo de forma parcial, apenas comutando a pena aplicada àquele delito, realizando uma diminuição na mesma.

Com relação à ação penal pública incondicionada não há controvérsias no sentido de concessão desses três institutos, uma vez que o bem jurídico lesionado é de interesse do Estado, sendo ele, portanto, o dono da ação. No caso de ação penal privada é pacífico o entendimento de que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o ente estatal, único possuidor do *jus punitiois*, poderá dispor livremente desse direito, concedendo a anistia, graça ou indulto.

Apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que o Estado delegou somente a iniciativa da ação ao particular. Após isso, cabe ao Estado assumir a titularidade do “*jus punitiois*”, não sendo possível a interferência do ofendido (TOURINHO, 2009, p. 575).

Com relação às medidas de segurança, também há controvérsias. Parte da doutrina entende que deve ser levado em conta o parágrafo único do artigo 96, do Código Penal, que diz que, extinta a punibilidade, não se aplicará medida de segurança, nem subsistirá a que já tenha sido imposta. Outros, no entanto,

entendem que tais institutos não têm o condão de fazer cessar a periculosidade do agente, pressuposto da aplicação da medida de segurança, portanto não seria concebível a concessão dos mesmos. Nesse sentido Aníbal Bruno (1956) apud Tourinho (2009, p. 572), “para que isso fosse possível, seria necessário admitir que o ato do Poder Executivo pudesse ter a virtude de fazer cessar o estado perigoso do agente”.

Quanto aos efeitos específicos do art. 92 do Código Penal, que se refere aos efeitos da condenação, caso o Decreto não se refira à eles, estes perdurarão.

No que tange à aceitação do agente ou condenado, com relação a anistia, uma vez concedida, impossível será a recusa do beneficiário. Com relação aos demais institutos a recusa é admitida apenas nas hipóteses em que estes forem parciais, ou seja, na comutação da pena. Sendo, portanto, total, também não será possível.

Por fim, a Lei nº 8.072/90, estabelece que os crimes hediondos ali dispostos, não gozarão de tais prerrogativas. Parte da doutrina entende ser inconstitucional a proibição com relação ao instituto do indulto, uma vez que a Constituição Federal prevê a não concessão de anistia ou graça a tais crimes. Como assim dispõe o art. 5º, inciso XLII, da Magna Carta, *in verbis*:

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

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

No entanto, como assim entende Fernando Capez (2013, p. 590), o legislador constituinte quando da elaboração da redação do mencionado inciso, considerou a graça como todo instituto que emana da clemência soberana, incluindo, portanto, tanto a graça propriamente dita, quanto o indulto.

Além disso, tratando-se de norma que possui conteúdo penal, por ser mais prejudicial ao réu, de acordo com o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, lei nenhuma retroagirá no tempo, salvo a mais benéfica para beneficiar o réu. Sendo

assim, os crimes hediondos cometidos antes de sua entrada em vigor poderão receber tais benefícios.

1.2.3 *Abolitio criminis*

O ordenamento jurídico pátrio, como dito anteriormente, consagra o Princípio da Irretroatividade da Lei, segundo o que se entende do inciso XL, do art. 5º de nossa Constituição Federal.

Entretanto, essa regra não é absoluta, de forma que, quando a lei for mais benéfica ao réu, ela poderá retroagir, beneficiando-o.

A *abolitio criminis* é quando uma lei posterior deixa de considerar tal fato como criminoso, e, por ser mais benéfica, poderá retroagir no tempo, de modo que o agente que, mesmo o que já esteja condenado por aquele fato antes considerado como crime, terá julgada extinta a sua punibilidade. É válido lembrar que nos casos em que o condenado já estava cumprindo pena, tal condenação não será considerada válida para tirar-lhe o caráter de primariedade, cessando totalmente os efeitos penais da sentença condenatória, subsistindo, entretanto, os efeitos civis como, por exemplo, o da reparação do dano (TOURINHO, 2009, p. 577).

1.2.4 Prescrição, decadência e perempção

Tendo o Estado o seu direito-dever de “*jus punitiois*” e, após o fato típico ter ocorrido, tal direito sai do campo abstrato para o campo concreto, gerando a pretensão do Estado em punir o agente.

No entanto, de nada adiantaria se o ente estatal viesse a aplicar essa pena muito tempo após a infração penal, pois, entende-se que o agente já tenha se regenerado com relação àquele crime, não tendo, assim, razão para a aplicação da pena.

Outro motivo importante para a existência da prescrição, segundo Capez (2011, p. 614), reside no fato de que é preciso estabelecer um prazo para que o Estado venha a exercer o seu poder punitivo contra o agente, de modo que este não fique a mercê da discricionariedade do Estado.

O prazo prescricional é contado como estabelece o art. 109 do Código Penal, tratando-se de prazo penal, uma vez que restringe o *jus puniendi* do Estado.

A natureza jurídica do instituto da prescrição penal é, portanto, a de causa extintiva da punibilidade. Possuindo duas espécies:

- a) Prescrição da Pretensão Punitiva;
- b) Prescrição da Pretensão Executória.

Uma vez que se trata de matéria de ordem pública, é possível que o Juiz a declare de ofício ou através de requerimento das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

A prescrição da pretensão punitiva é a perda do direito de punir em face da inércia do Estado que se verifica antes da propositura da ação ou depois de proposta, sendo medida de rigor o trancamento da mesma, bem como seja impedido que se analise o mérito da causa.

Ela extingue todos os efeitos da condenação, sem exceção. Além disso, tal condenação não poderá constar nos antecedentes criminais do sujeito, salvo nas hipóteses em que seja requerida por algum juiz penal, segundo Capez (2010, p. 625).

A prescrição da pretensão punitiva, além desta já citada anteriormente, se subdivide em:

a) prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou superveniente à sentença condenatória, verificada entre a sentença condenatória de primeira instância e a prolação do acórdão do tribunal de segunda instância, tendo por base a pena fixada na sentença;

b) prescrição da pretensão punitiva retroativa: também tem por base a pena fixada na sentença e é contada desta para trás;

c) prescrição da pretensão punitiva virtual: hipótese em que a prescrição é reconhecida de forma antecipada e é contada tendo por base a possível pena que será aplicada quando da prolação da sentença.

Variável será o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva dependendo do crime analisado, bem como as circunstâncias que o circundam. O art. 111, do Código Penal elenca os termos iniciais da contagem do prazo prescricional.

Começará a correr da data em que o crime tenha sido consumado.

No caso de tentativa, o prazo prescricional começará a fluir a partir do momento em que cessar a atividade criminosa, uma vez que nesta hipótese não há a consumação do crime.

Hipótese semelhante se verifica nos casos de crimes permanentes, ou seja, aqueles em que a consumação do delito se prolonga no tempo, e, portanto, enquanto não cessar sua permanência, a prescrição será renovada a cada momento consumativo, como preleciona Capez (2010, p. 626).

Quando se tratar de crime continuado, a prescrição irá incidir isoladamente sobre cada conduta criminosa e, segundo a Súmula nº 497, do STF, a prescrição regular-se-á pela pena imposta na sentença, excluindo-se o acréscimo imposto em razão da continuidade dos delitos.

A contagem do prazo prescricional nos casos de concurso formal ou material incidirá sobre cada resultado, não levando em consideração o fato das condutas terem sido em concurso.

A contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é regulamentada no art. 109 do Código Penal, tanto quando a pena for considerada "*in abstracto*", quanto quando a pena for considerada "*in concreto*".

Importante destacar a influência da Lei nº 12.234/10, que passou a vigorar a partir de 6 de maio de 2010 e alterou o inciso VI do artigo supramencionado, elevando o prazo mínimo prescricional de 2 para 3 anos quando a pena do crime for inferior a 1 ano. Por se tratar de lei prejudicial ao réu, não deverá retroagir aos delitos cometidos antes de sua entrada em vigor.

Destarte, é importante mencionar que há fatores que influenciam a contagem do prazo prescricional.

Desse modo, existem causas que suspendem a contagem, fazendo com que seja retomada a sua contagem da onde parou, como também existem causas que interrompem a contagem do prazo, sendo contado posteriormente novamente do início.

As causas que interrompem o prazo prescricional são:

- a) recebimento da denúncia ou queixa;
- b) publicação da sentença de pronúncia;
- c) acórdão que confirme a pronúncia;
- d) publicação da sentença condenatória ainda sem trânsito em julgado;
- e) publicação do acórdão passível de ser recorrido.

Por outro lado, as causas suspensivas da prescrição são:

- a) enquanto não for julgada em outro processo questão prejudicial ao mérito da causa;
- b) quando o agente estiver cumprindo pena no exterior, salvo nas hipóteses em que o fato não constituir crime em nosso país;
- c) enquanto durar o mandato de Deputado ou Senador Federal, desde que sua respectiva casa determine a suspensão do processo, nos termos do §3º, do art. 53 da Constituição Federal;
- d) enquanto houver a suspensão condicional do processo;
- e) quando, citado por edital, o acusado não comparecer nem constituir defensor;
- f) nos casos em que a carta rogatória seja cumprida, caso não encontrem o acusado, aplicar-se-á a hipótese prevista na letra “d”.

Quando for imposta medida de segurança ao agente semi-imputável, a pena que deverá ser levada em conta será a pena mínima prevista para o crime praticado, portanto, para a contagem do prazo prescricional também será levado em conta tal pena.

Caso a pena seja restritiva de direitos, de acordo com o parágrafo único do art. 109 do Código Penal, ou seja, serão aplicadas à elas os mesmos prazos prescricionais aplicados às penas privativas de liberdade.

No tocante a pena de multa, caso ainda não tenha sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação, tratar-se-á de prescrição da pretensão punitiva, e, portanto, deve ser regulada segundo o art. 114 do Código Penal.

Caso seja hipótese de prescrição da pretensão executória, deverá ser aplicada a regra prevista no art. 51 do Código Penal e, subsidiariamente, a Lei nº 9.268/96.

Segundo essa lei, a pena de multa passa a ser dívida de valor, executável junto à Vara da Fazenda Pública, sendo, portanto, sua execução independente de outra pena, caso aplicadas concomitantemente ao agente.

Tais prazos serão diminuídos pela metade quando, na data do fato, o agente era menor de 21 anos. Ou, na data em que for proferida a sentença, o condenado seja maior de 70 anos, como assim estabelece o art. 115 do Código Penal.

Ainda, prevê o art. 108 do Código Penal que, quando um crime for pressuposto para outro, ocorrendo a prescrição daquele, a prescrição deste não será afetada. Por outro lado, no caso de crimes conexos, a prescrição de um também não afetará a prescrição do outro, porém, o magistrado poderá levar em conta o crime prescrito na hora de aplicar-lhe a sanção, considerando o mesmo como agravante do que está sendo julgado.

Após prolatada a sentença, o Estado deverá dar início ao cumprimento da pena aplicada ao condenado.

Caso o mesmo se mantenha inerte, ocorrerá a prescrição da pretensão executória que tem por base a pena aplicada na sentença penal. Tal espécie de prescrição, por se verificar após o trânsito em julgado da sentença acusatória para a acusação, atinge tão somente os efeitos da execução da pena, subsistindo todos os demais efeitos, inclusive os efeitos extrapenais.

Também é possível que seu termo inicial seja contado a partir da data em que o *sursis* ou o livramento condicional é revogado ou quando a execução da pena é interrompida, sendo irrelevante o motivo.

Por se tratar de prazo penal não é prorrogável, no entanto, aqui também se verifica causas de interrupção ou suspensão do prazo, bem como a causa de diminuição do prazo pela metade quando o autor do crime era menor de vinte e um anos na data do fato ou maior de setenta anos quando da prolação da sentença condenatória.

Outro fator que influi diretamente na contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é o fato do agente ser reincidente. É válido lembrar que essa causa de aumento só poderá ser aplicada no processo em que ela for verificada.

No caso de interrupção, a contagem, após retomada, deverá começar novamente e sempre ocorrerá quando houver sido dado início ao cumprimento da pena ou quando for determinado que se continue o seu cumprimento. Também é possível se iniciar a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória nas hipóteses em que o agente for reincidente

As causas suspensivas, por sua vez, são aquelas que são contadas a partir da onde tenha acontecido a causa interruptiva, ou seja, se retoma a contagem da onde havia parado. Tal causa se verifica quando o agente esteja cumprindo pena

por outro crime, sendo a contagem do prazo para a execução da nova pena suspensa até que a outra termine.

Na hipótese de prescrição da pretensão punitiva também será levado em conta, com base na pena aplicada na sentença, os prazos previstos no art. 109 do Código Penal.

A decadência, assim como a prescrição, pauta-se na extinção de um direito em razão do decurso do tempo.

Porém, diferentemente do instituto supramencionado, a decadência só poderá ocorrer antes da propositura da ação penal de iniciativa privada ou da ação penal privada subsidiária da pública. Além do mais, a decadência não está sujeita a causas interruptivas ou suspensivas, como ocorre com a prescrição.

Apesar de estar elencada como uma causa de extinção da punibilidade, na verdade, em sua essência, a decadência extingue o direito concedido ao particular para que promova ação penal visando a condenação do ofensor.

Ante a inércia do ofendido ou de seu representante legal, passado o prazo decadencial previsto no art. 106 do Código Penal e art. 38 do respectivo código de ritos, o Estado não poderá exercer o seu *jus punitiois*, uma vez que não houve nem a propositura da ação penal. Esse prazo é penal, portanto deverá ser regido conforme prevê o art. 10 do Código Penal, computando-se o dia inicial na contagem do mesmo.

Destarte, nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, tal prazo começará a fluir após o esgotamento do prazo de que o Ministério Público dispunha para oferecer denúncia e não o fez. Outra exceção prevista em lei é o caso previsto no art. 236, parágrafo único do Código Penal, em que o prazo decadencial será contado a partir do trânsito em julgado da sentença que anula o casamento.

Cessar a contagem de tal prazo na data em que ocorrer a distribuição da queixa e não no momento em que houver o despacho liminar de recebimento. Isso não exclui as hipóteses em que o despacho é dado antes do oferecimento da queixa.

A doutrina classifica como decadência intercorrente aquela que, já iniciada a ação penal de natureza pública incondicionada, vem o legislador e altera a competência do crime para uma ação pública condicionada à representação ou até mesmo ação exclusivamente privada, tendo o magistrado que determinar a

intimação do ofendido para que o mesmo ratifique os atos até então realizados e, dependendo, assuma a titularidade do processo (TOURINHO, 2009, p. 599).

A perempção, por sua vez, trata-se do instituto no qual, já iniciada a ação o indivíduo deixa de dar regular andamento ao feito.

O legislador elenca seis hipóteses em que é possível ocorrer a perempção e determinou que a mesma só será aplicada nos casos de ação penal privada, como assim prevê o *caput* do art. 60 do Código Penal.

A primeira hipótese ocorre no caso em que, intimado para dar andamento ao feito, o querelante queda-se inerte por mais de 30 dias. Registra-se, por oportuno, se o querelante deixou de dar andamento pelo fato do processo estar no gabinete do juiz ou por ter sido marcada audiência para uma data distante, por exemplo, não ocorrerá a perempção (TOURINHO, 2009, p. 613).

A segunda hipótese prevista é quando o querelante deixa de comparecer a ato processual, sem motivo justificado, em que a sua presença é necessária. Aqui, podemos citar o caso da audiência de inquirição de testemunhas. Noutro giro, caso se trate de audiência prévia de conciliação e o querelante não compareça, há entendimento de que não poderá ocorrer a perempção, pois isso só resta verificado o desinteresse do mesmo na composição amistosa dos danos. Entretanto, o STJ já entendeu ser possível a ocorrência da perempção até mesmo nessa hipótese, conforme jurisprudência que segue:

Crimes contra a honra (ação penal privada). Audiência de conciliação (ausência do querelante). Perempção (reconhecimento). Honorários de sucumbência (inexistência). 2. No caso, foi extinta a punibilidade pelo reconhecimento da perempção. (precedentes do Superior Tribunal). (STJ - AgRg no REsp: 1041644 SE 2008/0060452-0, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 20/10/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010). (grifo nosso)

A terceira hipótese de ocorrência da perempção é quando o querelante não pede a condenação do réu nas alegações finais. Segundo Fernando Capez (2010, p. 610), a não apresentação de alegações finais, bem como a sua apresentação extemporânea, não equivalem a não pedir a condenação.

No caso de concurso de agentes, não ocorre a comunicação da perempção aos demais agentes, uma vez que não há previsão legal nesse sentido

e, caso verificada a omissão voluntária, afastado está o Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal Privada, uma vez que é possível que o querelante entenda, após a instrução do processo, que os demais acusados não concorreram para o crime (MIRABETE, 1999 apud CAPEZ, 2011).

A morte ou incapacidade do agente é a quarta hipótese de extinção da punibilidade pela ocorrência da perempção, devendo os colaterais, ascendentes, descendentes ou o cônjuge dar o devido andamento no processo.

A penúltima hipótese se verifica quando, sendo o querelante Pessoa Jurídica, esta vem a extinguir-se sem deixar sucessor.

Por fim, a sexta e última hipótese é aquela em que a ação penal privada tem caráter personalíssimo, não podendo outra pessoa dar-lhe andamento, caso o querelante venha a falecer. Nesses casos o querelado tem sua punibilidade extinta pela morte do querelante.

1.2.5 Renúncia

Renúncia é o ato do particular de desistir do ato de oferecer queixa-crime, como prevê o art. 104 do Código Penal.

Ora, tendo em vista que a ação penal privada é regida pelo Princípio da Oportunidade e pelo Princípio da Conveniência, o particular não estará obrigado a oferecer queixa-crime, uma vez que o bem jurídico ofendido é de seu próprio interesse.

Conforme se verifica no artigo acima citado, a renúncia antecederá a propositura da ação penal, sendo impossível a sua ocorrência depois da propositura da mesma. Tal ato só será possível nas hipóteses de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação.

A renúncia pode ser tanto expressa, quanto tácita. A primeira hipótese se verifica quando presentes os requisitos exigidos pelo art. 50 do Código de Processo Penal, que “constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.”

A renúncia tácita é quando ocorre o que prevê o art. 104, do Código Penal, ou seja, quando o ofendido pratica ato incompatível com a vontade de oferecer queixa-crime. Tal ato deve ser cabal, não deixando dúvidas sobre a vontade do ofendido em não oferecer queixa.

Aqui, o legislador criou a vedação de ser considerada renúncia o fato de o ofendido receber indenização de seu ofensor, exceto nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, regidos pela Lei nº 9.099/95, que dispôs no parágrafo único de seu art. 74 os casos em que haverá renúncia caso seja homologado o acordo entre as partes.

Caso o ofendido, ao prestar a queixa-crime, venha a omitir um dos agentes, em razão do Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal, o Ministério Público deverá aditar a queixa, incluindo tal agente, assim entende Tourinho (2009, p. 605). Entretanto, outra posição doutrinária entende que, pelo fato da ação ser privada, não cabe ao Ministério Público aditar a queixa incluindo o outro agente que fora omitido, devendo, apenas, zelar pela indivisibilidade da ação penal e requerer a extinção da punibilidade dos querelados (CAPEZ, 2011, p. 597).

A contrário *sensu*, caso o ofendido tenha concedido a renúncia de forma expressa ou tácita, a mesma será estendida à todos os ofensores, caso seja mais de um, e o Ministério Público não poderá aditar a queixa.

Quando houver mais de um ofendido, a concessão de renúncia por um deles, não obriga, necessariamente, que os outros deverão renunciar também.

1.2.6 Perdão do ofendido

Nas hipóteses de ação penal privada, em razão do princípio da disponibilidade conferido à mesma, mesmo depois de iniciada a ação, é possível que o querelante perdoe o ofendido, abrindo mão, portanto, da ação já proposta.

Esse perdão pode ser extraprocessual, quando ocorre fora dos autos, ou processual, quando ocorre dentro dos autos. No entanto, ambos devem ser certificados no processo.

Pode também ser tácito, quando houver a prática de ato que não condiz com o desejo de condenar o acusado, ou ser concedido de forma expressa. No caso de o perdão ser concedido tacitamente, o mesmo sempre ocorrerá extraprocessualmente.

Questão que deve ser observada com cautela é a condição do agente concesso do perdão e, também, a condição de quem o aceita.

Nas hipóteses em que o ofendido for menor de 18 anos apenas o seu representante legal poderá conceder o perdão, caso não haja oposição do ofendido.

Sendo ato jurídico bilateral, é necessário que o perdão seja aceito, também, pelo ofensor. Isso se dá pelo fato de que a ação penal já foi proposta e este poderá querer provar a sua inocência durante o decorrer da mesma. Portanto, ainda que concedido, se não aceito, o perdão não surtirá nenhum efeito.

A aceitação do perdão, por sua vez, também poderá ocorrer de forma processual, extraprocessual, tácita e expressamente.

O perdão se estende aos demais querelados, desde que estes o aceitem e, com a sua aceitação, extinguem-se todos os efeitos da condenação.

1.2.7 Retratação do agente

A retratação do agente ocorre nas hipóteses previstas em lei e nada mais é do que o ato do autor do crime retirar o que havia dito, desdizendo-se.

Dependendo do delito, a retratação poderá ocorrer até determinado tempo, não se admitindo a ocorrência da mesma posteriormente.

Com relação ao crime que fora cometido, em algumas hipóteses é possível ocorrer a comunicação da extinção da punibilidade do agente que se retratou aos demais agentes do delito.

1.2.8 Perdão Judicial

Nesta hipótese, quem concede o perdão é apenas o magistrado ao verificar as circunstâncias em que o crime ocorreu, bem como quando o fato se adequar às hipóteses de perdão judicial previstas em lei, tal concessão independe da aceitação do acusado.

A Lei nº 7.209/84 regulamenta tal instituto e, embora houvesse muita discordância na doutrina acerca da natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial, segundo a referida lei, se trata genuinamente de declaração da extinção da punibilidade. Segundo Tourinho (2008, p. 628), tal sentença tem natureza jurídica de condenatória imprópria, uma vez que o Juiz aplica a sentença penal, no entanto, deixa de aplicar a sanção.

Esse instituto é aplicado nos casos em que o resultado do dano, por si só, já tenha resultado ao agente tamanha agrura que a aplicação da sanção penal

só iria agravar mais o sofrimento do réu. Ademais, aplica-se também nos casos em que não houve um dano significativo à ordem jurídica.

No art. 13 da lei supramencionada, o legislador elencou a hipótese do, segundo Tourinho (2009, p. 629), “perdão judicial como prêmio”, verificada na possibilidade do Juiz, “*ex officio*” ou a requerimento das partes, conceder o perdão ao réu primário que tenha colaborado com as investigações, bem como com o processo criminal, desde que tal conduta tenha resultado nos casos previstos nos incisos do referido artigo.

2 DA AÇÃO PENAL

Sendo o nosso Estado um Estado democrático de direitos, a partir do momento em que surge para ele a pretensão punitiva “*in concreto*”, o mesmo só poderá punir o agente através do devido processo legal, como assim determina o legislador constituinte no art. 5º, inciso LIV, de nossa Magna carta, *in verbis*:

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

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A ação penal é, também, como preleciona Fernando Capez (2011, p. 564), o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do direito-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal.

Em âmbito penal, as várias ações que podem ser propostas visando a punição do autor do delito, subdividem-se em razão do sujeito que pode atuar no pólo ativo da demanda.

Segundo o art. 100 do Código Penal, a ação penal pública é a regra em nosso ordenamento jurídico. No entanto, em determinados casos, o legislador achou por bem delegar essa titularidade à pessoa que tenha sofrido algum dano com o delito ou, para que seja possível a instauração da ação penal pública, é necessário que o mesmo autorize a sua instauração.

2.1 Condições da ação penal

As condições da ação são requisitos exigidos quando da propositura da ação para que esta se dê de forma válida.

Por se tratar de matéria de ordem pública, a falta de uma dessas condições pode ser alegada de ofício pelo Juiz, bem como pelas partes, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Além das condições presentes no processo civil, o processo penal, em alguns casos, exige requisitos específicos, como elenca Grinover (1994) apud Capez (2011, p. 565):

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

Os requisitos exigidos para o válido exercício do direito de ação são:

a) Possibilidade Jurídica do Pedido: a denúncia será rejeitada quando o fato narrado na peça constituir fato atípico, não demonstrando de imediato uma conduta que se amolde à algum ilícito penal existente em nosso ordenamento jurídico. Segundo Capez (2011, p. 566) o Juiz, ao apreciar a peça inicial acusatória deverá analisar tão somente os fatos narrados na denúncia, não se vinculando às provas colhidas na fase do inquérito policial. Por isso, caso viesse a rejeitar a denúncia não estaria fazendo juízo de mérito.

Noutro giro, Tourinho (2009, p. 530) diz que tal juízo será de mérito, pois não há sentido em dizer que nessa fase inicial, caso rejeitada a denúncia, o magistrado declarará a carência da ação e, caso a mesma decisão seja dada na fase decisória, o magistrado estará analisando o mérito.

b) Interesse de agir: aqui, deve ser analisada a necessidade, a utilidade e a adequação do uso das vias jurisdicionais para a propositura da demanda.

Tendo em vista a impossibilidade de se impor uma pena ao agente que tenha cometido algum crime sem uma ação penal, resta caracterizada a necessidade de tal procedimento. E mais, tal ação deve atender ao Princípio do Devido Processo Legal, ou seja, estar conforme os parâmetros previstos em lei para que não ocorra abuso por parte do ente estatal.

Ainda, a necessidade de um provimento jurisdicional em âmbito penal é tão primordial que nem mesmo a confissão do réu tem o condão de afastar a obrigatoriedade de se impor pena somente após todo o trâmite processual.

Seguindo esse entendimento, trazemos a baila as palavras de Eric Alexandre Lavoura Lima (2008, p. 56):

Em outras palavras, mesmo que o acusado - por considerar-se responsável pelo cometimento da infração criminal ou em atitude de autoflagelação - venha a implorar pela sua punição, a imposição da sanção penal somente terá lugar se, ao cabo de uma ação penal de conhecimento de índole condenatória informada pelo devido processo legal, sua culpa restar demonstrada e não houver a incidência de circunstância impeditiva de apenamento.

A adequação, por outro lado, reside no fato da ação penal ser adequada, chegando ao final com a devida condenação do acusado.

Ou seja, a ação penal será adequada quando tiver como pretensão a penalização do agente, impondo-se à ele sentença condenatória.

A utilidade, por sua vez, se traduz na eficácia desse processo. Uma vez que a máquina estatal só deve ser utilizada caso haja fundando motivo para tal, é preciso que a ação penal seja útil desde a sua propositura até o seu desfecho, seja com a absolvição ou condenação do querelado.

c) Legitimação para agir: a legitimidade deve ser verificada tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da demanda. Tanto é que o próprio legislador elencou as hipóteses em que o Ministério Público deverá conduzir a ação penal e também os casos em que tal legitimação é transferida ao ofendido. No pólo passivo, portanto, deverá estar aquele indicado como suspeito da prática do delito.

Faltando um desses requisitos o Juiz deverá julgar o autor como carecedor do direito de ação, rejeitando a peça inicial com base no art. 564, inciso II, do Código de Processo Penal.

2.2 Princípios aplicáveis

Quanto à propositura da ação os princípios aplicáveis podem ser o Princípio da Obrigatoriedade ou o Princípio da Oportunidade.

O Princípio da Obrigatoriedade determina que, uma vez presentes todas as condições para que seja proposta a ação penal, o respectivo titular do direito de ação deverá propô-la, não cabendo à ele fazer qualquer juízo de conveniência.

Em contraste com referido princípio está o Princípio da Oportunidade que garante ao titular do direito maior liberdade para analisar as vantagens e desvantagens de se propor uma ação penal.

O Princípio da Obrigatoriedade está vinculado à ação penal pública. Porém, após o advento da Lei nº 9.099/95, tal princípio foi mitigado com o instituto da transação penal, previsto no art. 76 da referida lei.

Por outro lado, o Princípio da Oportunidade está vinculado às ações penais de iniciativa privada.

Quanto ao prosseguimento da ação penal, verificamos o Princípio da Indisponibilidade e o Princípio da Disponibilidade.

O Princípio da Indisponibilidade é aquele que não permite ao querelante a desistência da ação penal, de forma que, uma vez proposta, o querelante deverá prosseguir com a ação até o seu final. Referido princípio é aplicado às ações penais públicas, entretanto, não se verifica nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo, onde pode ser proposta a suspensão condicional do processo, segundo o art. 89 também da Lei nº 9.099/95.

Na ação penal privada, aplica-se o Princípio da Disponibilidade, ou seja, mesmo depois de proposta a ação penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória o particular poderá dispor da mesma, seja pelo perdão, desde que aceito pelo querelado, seja através da perempção.

Há também o Princípio da Indivisibilidade, aplicável em qualquer ação penal, seja ela pública ou privada, que determina a abrangência da ação penal a todos aqueles que cometeram a infração penal, sem exclusão de nenhum deles. Analisando sob o prisma da ação penal privada, é possível que o particular escolha se irá propor ou não a ação penal, no entanto, uma vez proposta, deverá propô-la em face de todos os envolvidos na prática da infração penal.

2.3 Modalidades de ações penais

A ação penal pública regra em nosso sistema, é proposta somente pelo Ministério Público, segundo determina o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, bem como o art. 24, do Código de Processo Penal, e, sendo regra, caso a lei não preveja expressamente qual a modalidade de ação que deverá ser interposta para determinado caso, a ação penal pública será a competente para o caso.

Nos casos em que a vítima poderia sofrer um constrangimento maior do que o causado pelo próprio delito, o legislador determinou que, para que o Ministério Público pudesse promover a ação penal, seria necessário que a vítima ou seu representante legal, como nos casos de menores de idade ou mentalmente enfermos, representassem manifestamente o desejo de que seja proposta a ação penal.

A representação possui natureza jurídica de condição objetiva de procedibilidade (CAPEZ, 2011, p. 573). Sendo assim, é requisito previsto em lei para

que a ação penal se dê de forma válida, aplicando-se à ela todas as regras eminentes do direito material, tendo em vista que, por interferir na validade do processo, interferirá, também, no direito de punir estatal.

O prazo para que seja realizada a representação é de seis meses contados a partir da data do conhecimento da autoria do delito, sendo esse prazo decadencial e improrrogável.

Quando o ofendido já estiver morto ou houver sido declarado ausente, a representação deverá ser feita por uma das pessoas que estão elencadas no §1º do art. 24, do Código de Processo Penal. Fernando Capez (2011, p. 574) diz, ainda, que, comparecendo mais de um sucessor do direito de representação, aplica-se, por analogia, o art. 36, do Código de Processo Penal.

É válido lembrar que, nas hipóteses em que o ofendido seja incapaz, caso ele não possua um representante legal, o Juiz deverá lhe nomear um curador e este deverá analisar se irá representar ou não. Também será nomeado curador nas hipóteses em que os interesses do incapaz colidirem com os interesses de seu representante e, aqui também, o curador nomeado não estará obrigado a representar.

Caso o ofendido seja Pessoa Jurídica, deverá ser observado o disposto no art. 37 do Código Penal, ou seja, é legitimado para representar em seu nome àquele que for determinado segundo o estatuto social ou contrato da empresa, ou seus diretores.

Tendo em vista ser o Ministério Público o titular da ação, caso a representação seja feita levando em conta apenas um dos suspeitos, em razão do Princípio da Indivisibilidade, o *parquet* deverá incluir os demais quando do oferecimento da denúncia.

É possível que o ofendido se arrependa da representação e se retrate, entretanto, tal ato deverá anteceder o oferecimento da denúncia, uma vez que não cabe ao Ministério Público desistir da ação penal depois de proposta.

A ação penal pública também poderá ser condicionada a requisição do Ministro da Justiça nos casos em que o crime afete interesses eminentemente políticos.

Tal requisição poderá ser oferecida enquanto não estiver extinta a punibilidade do agente, haja vista não ter a lei estabelecido prazo para que seja

realizado o ato. Também não há previsão para a retratação da requisição, sendo, portanto, irretratável.

Tanto a requisição quanto a representação não vinculam o Ministério Público a oferecer denúncia. A requisição, ainda, poderá ser dirigida tanto aos órgãos responsáveis pela persecução penal quanto ao Juiz.

A terceira modalidade de ação penal é a denominada ação penal privada, verificada nos casos em que há uma legitimação extraordinária, pois o Estado, titular exclusivo do direito de punir, delega ao particular a legitimidade para que seja interposta a ação penal (CAPEZ, 2011, p. 583).

O ofendido tem o prazo decadencial de seis meses, contados da data do conhecimento da autoria, conforme art. 38, do Código de Processo Penal, para que interponha a queixa-crime, que dará início a ação.

Com relação aos menores de idade, o prazo decadencial deverá ser contado a partir da data em que ele completar a maioridade. Nos casos em que o ofendido já esteja morto ou seja declarado ausente, o prazo decadencial deverá ser contado da data em que o seus sucessores, dispostos no art. 31 do Código de Processo Penal, vierem a tomar conhecimento da autoria do delito. Em crimes continuados, assim como na prescrição, o prazo correrá de maneira isolada com relação a cada crime e, nos casos de crimes permanentes, valerá a regra geral, prevista no art. 38 do Código de Processo Penal.

Segundo dispõe o art. 5º, §5º do Código de Processo Penal, o pedido de instauração do inquérito não interrompe o prazo decadencial, de forma que o ofendido deverá fazê-lo num prazo hábil para que a ação penal seja proposta antes do transcurso do referido prazo.

Dentro da espécie de ação penal privada, há a chamada ação penal privada personalíssima. Espécie de ação em que cabe somente ao ofendido a propositura da ação penal.

Sendo assim, caso ele venha a óbito ou seja declarada a sua ausência, não se verifica as hipóteses de substituição processual como ocorre nos casos citados anteriormente.

Quando o ofendido for incapaz ou mentalmente enfermo, é preciso que se aguarde a cessação do motivo que cause a incapacidade para que o mesmo proponha a ação penal. Ressalta-se que contra eles não ocorre a decadência.

Outra espécie de ação penal privada é aquela subsidiária da pública, que visa evitar a impunidade de forma mais eficaz. Sendo assim, o constituinte deu a possibilidade de o ofendido propor uma ação de iniciativa privada que seja subsidiária da pública, ou seja, substitutiva da ação pública, como se entende da redação dada ao inciso LIX, do art. 5º da Constituição Federal e, ainda, no art. 29, do Código de Processo Penal e art. 100, §3º do Código Penal.

Tal ação só é cabível nas hipóteses em que o Ministério Público perca o prazo para que seja proposta a ação e deverá ser proposta no prazo de seis meses a contar da data em que transcorreu o prazo para oferecimento da denúncia.

3 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL

3.1 Evolução Histórica

Para que seja entendido de forma mais elucidativa e eficaz, faremos um breve histórico do instituto aqui estudado.

3.1.1 Surgimento no Mundo

Não se sabe ao certo em qual período histórico tenha nascido a prescrição penal, em razão da falta de registros sobre o instituto.

No entanto, conforme elucidada Maria Regina Trippo, tal instituto já era conhecido pela sociedade grega, haja vista o direito ateniense prever a extinção da ação penal com base no decurso do tempo, uma vez que a dilação do lapso temporal tornava muito mais improvável a colheita de uma prova cabal do delito supostamente praticado. É válido ressaltar que nem todos os crimes se submetiam à prescrição da ação, sendo, portanto, considerados imprescritíveis.

Apesar do instituto ter sido reconhecido pelo direito ateniense, foi o direito romano, após a queda da República, quem previu legalmente a prescrição penal pela primeira vez através da “*Lex Julia de Adulteriis*”.

A origem de seu nascimento, segundo Trippo, é resultado do entendimento dos Tribunais Superiores Romanos de que era preciso estipular prazos para que as ações fossem julgadas, sob pena de absolvição do réu, evitando, assim, o protraimento das mesmas no tempo de forma abusiva, pois, naquela época, os ofendidos eram quem exercia a acusação.

De acordo com a Lei Romana, alguns crimes prescreviam em cinco anos, pois, segundo a crença daquele povo, esse era o espaço de tempo existente entre o “*lustrum*” romano, ou seja, banhos quinquenais que limpavam as almas das pessoas que haviam feito algo de errado, desde o pecado até algo concreto, como, por exemplo, um crime.

Também foi editada nessa época a lei mais antiga de que se tem conhecimento abordando a imprescritibilidade nos crimes de parricídio.

Por outro lado, como nos elucidada Trippo, a maioria da doutrina entende que não havia prescrição após a condenação, tendo em vista inexistir registros ou

legislações pertinente a tal matéria e, também, pelo fato de tal instituto retirar do Estado o poder de condenar, hipótese que na época não se cogitava.

3.1.2 Prescrição no Direito Comparado

Tanto o Direito Italiano quanto o Direito Francês se espelharam na legislação Romana para introduzirem a prescrição em seu ordenamento jurídico.

Ambos países trouxeram algumas novidades ao instituto, como por exemplo, a redução da pena, prevista pelo ordenamento italiano, como assim nos ensina Trippo (2004, p. 35):

Os práticos italianos manejaram, em vários pontos, com total inovação o instituto. Trouxeram a ideia da redução da pena em face do decurso da maior parte do prazo prescricional, desde que associado ao bom comportamento do delinquente, inserindo a emenda na edificação da prescrição.

Entretanto, foi o ordenamento Francês quem previu de maneira inaugural o instituto da prescrição da condenação, haja vista não terem encontrado nada acerca disso na legislação romana, através do Decreto do Parlamento, editado em 1642.

Posteriormente, em 1791, influenciados pelos ideais liberais, editaram lei acerca da prescrição da condenação, o que ocorreria em vinte anos.

Tal prescrição foi adotada em todos os Códigos franceses e mantida pelo Código de Instrução Criminal de 1808.

Na Itália, por sua vez, aplicada a prescrição da condenação pelo Código de Sardenha, em 1859, e posteriormente revogada pelo Código Penal Italiano (1889), a prescrição da execução ressurgiu no ordenamento italiano apenas em 1930.

3.1.3 Origens no Direito Brasileiro

Quando o Brasil foi descoberto pelos portugueses, tornando-se colônia de Portugal, foi imposto em nosso território as leis que lá vigoravam, quais sejam, as Ordenações Afonsinas e, posteriormente, as Ordenações Manoelinas e as Ordenações Filipinas, sendo esta a que mais teve influência no território brasileiro.

Assim, os costumes indígenas não tiveram influência nenhuma no desenvolvimento da lei penal que foi aplicada em nosso solo, entretanto, conforme elucida José Henrique Pierangeli (2004, p. 43):

Uma importante particularidade do direito costumeiro de nossos índios era o total desconhecimento do instituto da prescrição. Os nossos historiadores, no geral, apontam que a vingança não era esquecida, ou seja, não esqueciam nossos indígenas dos delitos praticados e nem as penas que deveriam ser impostas.

As Ordenações Filipinas eram conhecidas como “terríveis”, uma vez que impunham ao sujeito que havia cometido algum crime penas cruéis ou vexatórias, porém, já admitiam o fato do tempo influenciar o Direito Penal prevendo causas que extinguíam a punibilidade do agente, sendo algumas delas adotadas pelo nosso atual Código Penal, como por exemplo, o perdão do ofendido.

No que tange à prescrição, tanto da ação quanto da execução, não havia previsão deste instituto em tais ordenações, uma vez que a mesma restringiria o direito estatal de punir, algo inconcebível para a época.

Após a independência, época em que nosso país começou a editar suas próprias leis, mais especificamente no dia 30 de setembro de 1830, foi editada a primeira lei brasileira que previu o instituto da prescrição, aplicando-se aos casos de abuso de imprensa.

Entretanto, o primeiro Código Penal brasileiro, reconhecido por ser de caráter liberal, tendo em vista a Constituição outorgada por D. Pedro I também possuir tal característica, no que tange a questão da prescrição penal, em seu art. 65 foi determinada a imprescritibilidade das penas, demonstrando-se certo atraso quando comparado aos diplomas estrangeiros vigentes na época.

Com relação à prescrição da ação, o novo Código de Processo Penal, editado em 1832, contemplou-a em seu primeiro capítulo e, para o cômputo dos prazos, levava-se em consideração o fato do crime ser afiançável ou não, bem como se o réu residia em lugar certo ou no estrangeiro.

Pela falta de previsão nos casos em que o réu era acusado por algum crime afiançável e estivesse em lugar incerto e não sabido ou no estrangeiro ou, ainda, na hipótese de ser acusado por crime inafiançável, estando ausente em qualquer local que fosse, entendeu-se não ser aplicada a prescritibilidade da ação

penal, haja vista a dificuldade encontrada para o desenvolvimento da persecução penal.

A Lei nº 261, de 3 de novembro de 1841, editada num período de insegurança causado pelas contínuas revoluções, aumentou o rol de crimes inafiançáveis e previu de forma expressa a imprescritibilidade destes crimes nas hipóteses em que o réu estivesse em local incerto e não sabido ou fora do Império.

Após a proclamação da República, fazia-se necessário uma ampla reforma na legislação brasileira, com isso, editou-se o Decreto nº. 774 em setembro de 1890, o qual introduziu de forma inaugural a prescrição das penas, bem como passou a utilizar como critério de prazo para a ocorrência da prescrição a quantidade da pena aplicada ao criminoso, sem descartar, contudo, o fato do réu estar em solo nacional ou não.

Em outubro do mesmo ano, o projeto de lei elaborado por Batista Pereira foi entregue e acatado em sua quase totalidade, transformando-se, assim, no Código Penal Brasileiro, adotando tanto a prescrição da ação, quanto a prescrição da pena e, ainda, em seu art. 78, previu os mesmos prazos para ambas.

Haja vista o código ter sido elaborado em tão curto espaço de tempo, outros diplomas vieram a alterar o seu texto, como por exemplo, a Lei nº. 515 de novembro de 1898 e o Decreto nº. 4.861 de setembro de 1924, os quais estabeleciam que o crime de moeda falsa e os crimes previstos do art. 107 a 118 do Código Penal, respectivamente, não prescreviam nos casos em que o possível agente tivesse residência fora do Brasil, o que, na prática, poderia conduzir a situações de quase ou total imprescritibilidade.

Importante mencionar que a Consolidação das Leis Penais, trazida pelo Decreto Lei nº. 22.213 de dezembro de 1932 e elaborada por Vicente Piragibe, não inovou acerca do tema.

Outro diploma que alterou a aplicabilidade da prescrição em nosso ordenamento jurídico foi o Decreto nº. 22.494 de fevereiro de 1933, o qual dispunha que os prazos prescricionais relativos a crimes cometidos por menores entre 18 e 21 anos, na data do fato, deveriam ser contados pela metade.

Por fim, o atual Código Penal, sancionado pelo Decreto-Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940, elencou a prescrição como uma das causas de extinção da punibilidade, prevendo, também, a sua ocorrência antes e depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim como o Código Penal

Brasileiro, o atual Código Penal estabeleceu os mesmos prazos para a prescrição da ação e para a prescrição da execução, indo na contramão do que estabelecia o seu projeto.

O Decreto-Lei nº. 898 de setembro de 1969, revogado pela Lei nº. 6.620 de dezembro de 1978, editado na época da Ditadura Militar brasileira, estabeleceu novo prazo para os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, estipulando-o em 40 anos, o que ficou conhecido como “imprescritibilidade virtual” ou quase imprescritibilidade, segundo Trippo (2004, p. 45).

Por fim, antes do advento da Constituição Federal de 1988, a qual elencou duas hipóteses de imprescritibilidade, as quais serão tratadas em momento oportuno, a Lei nº. 7.209 de julho de 1984 realizou ampla reforma na legislação penal vigente, mantendo, entretanto, as conquistas quanto ao instituto da prescrição, estabelecendo, entretanto, a extinção das hipóteses de imprescritibilidade anteriormente previstas.

Após esses breves apontamentos, encerramos a parte histórica do desenvolvimento da prescrição e suas modalidades em nosso ordenamento.

3.2 Natureza Jurídica

Podemos definir a natureza jurídica de um instituto de acordo com o que ele é dentro do direito e o que ele representa, ou seja, qual a sua essência jurídica.

Assim, para definir a natureza jurídica da prescrição penal, a doutrina se dividiu em três posicionamentos, quais sejam:

a) Posição Jurídico Material ou Substantivo: a prescrição guarda relação direta com o *jus puniendi* estatal. Sendo assim, esse instituto pertence ao direito material, não guardando nenhuma relação com o direito processual, pois extingue um direito conferido ao Estado em razão do decurso do tempo.

Assim nos ensina Sidio Rosa (2007, p. 67):

Acerca da natureza jurídica da prescrição, podemos afirmar que ela é a perda do *jus puniendi* por inércia ou lentidão do Estado. Ela atinge o próprio direito de punir e, indiretamente, o direito de ação, sendo que a extinção da punibilidade pode ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado da condenação.

Outro defensor desta teoria é o doutrinador argentino Oscar N. Vera Barros (1960, p. 43), pois, segundo ele, a prescrição guarda relação direta com o direito material pelo mesmo motivo acima exposto.

Ainda, segundo ele, o que pode gerar um pouco de dúvidas acerca da natureza jurídica do instituto são os efeitos processuais gerados pela prescrição, porém, assevera que esses não são mais do que mera consequência da extinção do direito de punir do Estado, ocorrido no caso concreto.

O doutrinador Damásio (1998, p. 18), outro defensor dessa posição, para confirmar que a prescrição está tão somente ligada ao direito material, cita como exemplo o fato do Código Penal regulá-la em vários de seus dispositivos, a saber Art. 107, inciso IV, Art. 108 e Art. 118.

Outro exemplo citado pela doutrina (MOSSIN e MOSSIN, 2010, p. 30) é o fato da prescrição ser contada com base na regra insculpida no art. 10 do Código Penal, e não com base na regra disposta no art. 798, §1º do Código de Processo Penal.

Além desses, outros defensores dessa posição são citados por Galdino Siqueira (1950) apud Mossin e Mossin (2010, p. 29), dentre eles Franz Von Liszt, Ernst Von Beling, e Vincenzo Manzini.

b) Posição Jurídico Processual: para os que defendem essa posição, a prescrição seria, em suma, um impedimento ao início ou ao prosseguimento da ação penal.

Assim, esse instituto não aniquila o direito de punir do Estado, bem como não extingue a punibilidade do sujeito, pois a sua culpabilidade continua existindo, portanto, apenas obsta a persecução penal do Estado em detrimento do delito.

Sídio Rosa (2007, p. 68) limita o conceito dessa posição e diz que a prescrição pode estar ligada ao direito processual pelo fato de que o decurso do tempo afeta, sobretudo, as provas produzidas ou ainda por produzir no processo.

Portanto, a prescrição seria adstrita somente aos efeitos do tempo que incidem sobre os vestígios do fato delituoso.

Adeptos dessa posição, segundo Galdino Siqueira (1950) apud Mossin e Mossin (2010, p. 29) são os doutrinadores Lourié e Carnelluti, este último de acordo com Rubens Rodrigues (2000, p. 9).

c) Posição Mista: entende-se que a prescrição está ligada tanto ao direito material, quanto ao direito processual.

Dessa forma, a prescrição se alojaria numa zona neutra entre esses dois ramos do direito, relacionando-se, não pertencendo de maneira efetiva a nenhuma delas.

Assim, é válido transcrever a observação feita por Sidio (2007, p. 68):

O critério distintivo das normas substanciais para as normas processuais é dado pelo seu objeto. Destarte, pertencem ao direito criminal substantivo as normas que atribuem ao Estado o *jus puniendi*, fazendo nascer *in concreto* a pretensão punitiva. De outro modo, as normas processuais se atêm ao conteúdo formal, regulando de modo geral o início, o desenvolvimento e o fim do processo, indicando as formas com que os órgãos do Estado, ou mesmo os particulares, podem fazer valer as suas faculdades, concernentes ao conteúdo material do processo. Destarte, enquanto causa extintiva da punibilidade, pertence ao Direito Criminal e, por outro lado, pertence ao Direito Processual, enquanto causa de extinção do processo, em face da dificuldade para a produção de provas, visto que o tempo faz com que essas se apaguem.

Nessa toada, adotando-se o ensinamento supramencionado, percebemos que a prescrição se relaciona com ambos os ramos do direito, tanto penal, quanto processual. Dessa forma, não se encontra numa zona neutra, sendo independente de ambos, constituindo um terceiro “ramo” em matéria penal.

Rubens Rodrigues (2000, p. 9), adepto da posição mista, em contrapartida aos defensores da posição material ou substantiva, defende o seu ponto de vista dizendo que:

É de se notar que algumas justificativas, dos referidos mestres, bem como dos estudiosos, por eles citados, não passam, em certos casos de mera opção, pois, não são de todo convincentes. Dizer que se trata de matéria penal, só porque disposta no Código Penal, não justifica sua natureza, pois quem assim justifica não encerra sua última conclusão, vez que reconhece ter a prescrição reflexos na área processual.

Concluindo seu ensinamento, Rubens (2000, p. 9) assevera que, produzindo efeitos em ambas as ciências, não há razão para não entender a sua natureza jurídica como mista e cita como exemplo para justificar a adoção dessa teoria a prescrição intercorrente.

Entendemos, portanto, ter a prescrição um caráter misto, por todo o acima exposto, uma vez que parece ilógico dizer, de acordo com a teoria

substancial, que a prescrição se relaciona exclusivamente com o direito material, porém, ainda assim, produz alguns efeitos em âmbito processual.

3.3 Fundamentos De Sua Existência

Antes de discutirmos sobre os fundamentos da prescrição penal, é preciso fazer breves apontamentos acerca das teorias que rechaçavam tal instituto, denominadas, também, “*Posición Negativa*”, segundo Oscar N. Vera Barros (1960, p. 23).

De acordo com o referido autor, alguns doutrinadores não admitiam a adoção da prescrição, pois entendiam que, dessa forma, o legislador estaria afrontando princípios básicos que regem o direito penal, como, por exemplo, o princípio de que nenhum delito deve ficar impune. Assim, adotá-la significaria uma esperança de impunidade conferida ao delinquente que se esquivava da justiça, incitando, ainda, a prática de novos crimes que também podiam ficar impunes.

Nesse sentido é o ensinamento de Flávio Augusto Monteiro de Barros (1999) apud Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G. Mossin (2010, p. 32) “muito se discute sobre a razão da existência da prescrição. Para uns, ela deveria ser abolida, pois incentiva a fuga do criminoso, constituindo um fator desmoralizante à repressão criminal”.

Alegavam, ainda, que tal instituto é contrário à natureza da pena, uma vez que reduz o efeito intimidatório da cominação desta e, fundada a pena na culpabilidade do agente, sendo esta de caráter permanente, o mero transcurso do tempo não poderia influenciá-la.

Entretanto, não foi essa a posição adotada pelos legisladores, inclusive o brasileiro, pois, ainda que haja polêmica sobre a sua legitimidade, hoje a prescrição caracteriza-se por ser genuína garantia do devido processo legal, baseando-se naquele processo devido exercido, ou ainda por exercer, dentro de um tempo razoável, tempo este estipulado pelo próprio Estado legislador.

Assim, temos a orientação de Aloysio de Carvalho Filho (1979) apud Heráclito Antônio Mossin e Julio César O. G. Mossin (2010, p. 32):

Instituto até hoje controversamente apreciado nos seus fundamentos, resíduo, sem dúvida, da refrega que houve de enfrentar, através dos mais duros embates doutrinários, opostos, desde o primeiro instante, à sua

marcha pacífica nas legislações, a prescrição corresponde, entretanto, a uma necessidade social, qual a de assegurar o olvido sobre crimes cuja punição, por dificultada ou protelada, perdeu a sua utilidade.

Nessa toada, passamos a analisar, portanto, os fundamentos da prescrição elencados pelos mais diversos doutrinadores.

Desta maneira, dentre as várias classificações dos fundamentos do instituto aqui estudado, percebe-se componentes em comum entre elas, que serão melhor explicados abaixo:

a) Teoria do Esquecimento do Fato: segundo essa teoria, com o decurso do tempo, o crime cai no esquecimento geral, de forma que a sociedade acaba olvidando-o.

Dessa forma, a punição dada após um longo período de tempo seria capaz até de gerar comoção entre a sociedade, traduzindo-se esta comoção no sentimento de piedade com relação ao criminoso.

Outro pilar fundamental dos que defendem essa teoria, baseia-se no fato de que, com o passar do tempo, o Estado perde o interesse em punir o indivíduo, pois ocorre o desaparecimento do alarme social.

Também nesse sentido, há o desaparecimento da necessidade de se punir para dar um exemplo a sociedade, evitando-se que outro cidadão venha a cometer um delito.

Precursor desta teoria, P. J. A. Feuerbach (1896) apud Oscar N. Vera Barros (1960, p. 27) dizia que “la pena aplicada después que el tiempo ha borrado el recuerdo del delito pierde el consentimiento y la eficacia, sobre todo, porque la personalidad del delincuente se ha transformado radicalmente después de haber transcurrido um lapso prolongado”.

Também nesse sentido, Francesco Antolisei (1988, p. 535) dizia que “o transcurso do tempo atenua normalmente o interesse do Estado em comprovar o delito e também em executar a pena que se tenha inflingido, interesse que desaparece ao perder-se a recordação do fato e das suas consequências sociais”.

Assim, o transcurso do tempo faria com que a sociedade mudasse o modo de agir e pensar, bem como os indivíduos que faziam parte dela, em sua maioria não faria mais, o que deslegitimaria a condenação imposta pelo Estado, pois não haveria mais a necessidade de se punir para dar exemplo aos outros.

b) Teoria do Enfraquecimento das Provas: ligada ao processo, essa teoria diz que, com o passar do tempo, os vestígios do crime ficam cada vez mais difíceis de serem encontrados, bem como as testemunhas se dispersam, dificultando, assim, a obtenção da verdade real na qual se fundamenta a ação penal.

Dessa forma, caso o Estado seja moroso em promover o processo, ou dar-lhe andamento, o conjunto probatório que deve ser produzido nos autos para que o magistrado ampare sua decisão seria a parte mais prejudicada, tendo em vista as provas fracas serem ineficientes para uma condenação, de forma que, o Juiz deverá aplicar o Princípio do *in dubio pro reo*, pois, na dúvida, ele deve decidir em favor do réu, assegurando a sua liberdade.

Assim dispõe o art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal que diz “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII - não existir prova suficiente para a condenação.”

Por outro lado, a colheita de provas fracas torna mais precária a defesa do acusado, posto que não há detalhes sobre a sua conduta, deixando vago ou contraditório informações necessárias para que a defesa exerça seu papel com êxito.

c) Teoria da Correção do Delinquente: segundo essa teoria, aquele sujeito que não tenha praticado um segundo crime, de certa forma demonstra ter se arrependido de sua conduta delituosa.

Assim, o tempo que o crime leva para prescrever, por si só, já teria causado ao criminoso uma pena tão grave quanto a prevista em lei, tendo em vista os remorsos que lhe acometeram durante esse período.

Assunto relacionado a esta teoria, nos ensina Sidio Rosa (2007, p. 70):

Existem três teorias acerca das penas: utilitárias (a pena deve visar à reintegração social do condenado e a defesa social); absolutas (a pena é meramente castigo); e mistas (a pena, além de castigo, deve ter um fim útil). Hoje, não se admite as teorias absolutas. Dessa forma, decorrido muito tempo sem que o criminoso pratique novo crime, despicienda é a aplicação da pena.

Ainda, segundo Damásio de Jesus (1998, p. 19), com o longo período de tempo transcorrido, presumir-se-á a regeneração do criminoso nos casos em que ele não volta a delinquir, o que nos leva a crer que houve a sua reintegração social.

Nesse sentido, é necessário citar o art. 1º, da Lei de Execução Penal, que integra o Título I desta lei, dispondo sobre “Do objeto e da Aplicação da Lei de

Execução Penal”, que diz em seu Art. 1º “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Assim, podemos dizer que, alcançado um dos princípios básicos da pena, sem, contudo, submeter o indivíduo a maior privação existente em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a da liberdade, desnecessária seria a sua aplicação ao delinquente que tenha se regenerado.

Entretanto, embora haja motivos convergentes para a adoção dessa teoria, Flávio Augusto Monteiro de Barros (1999) apud Heráclito Mossin e Julio César Mossin (2010, p. 33) assevera “costuma-se ainda alegar que, transcorrido certo lapso de tempo, opera-se a readaptação do réu à vida social, mas isso é uma mera presunção, porque há delinquentes cuja periculosidade o acompanham por toda a vida”.

Contrário também a esse posicionamento doutrinário, Manzini, segundo Rubens Rodrigues (2010, p. 8), dizia que “a pena não estaria convenientemente compensada com aquele sofrimento moral; além disso, a pena não tem mero fim aflitivo”.

Além dessas três teorias principais supramencionadas, outros fundamentos relacionados a elas são citados pela doutrina, tais como a Teoria Psicológica, segundo Rubens Rodrigues (2010, p. 8), dizendo que o sujeito se tornou outra pessoa com o passar do tempo, bem como o fundamento citado por Damásio de Jesus (1998, p. 19) de que a prescrição tem como objetivo combater a negligência da autoridade.

Em suma, podemos observar que as classificações são organizadas de acordo com a posição doutrinária de cada autor, existindo, portanto, vários fundamentos adstritos à prescrição penal.

Entretanto, é uníssono na doutrina que, tratando-se o *jus puniendi* de um poder estatal, o Estado deve exercê-lo de maneira tempestiva, observando-se os prazos exigidos por lei, uma vez ser inadmissível em nosso estado democrático de direito a hipótese do sujeito ficar a mercê do agente estatal por prazo indeterminado, podendo ter cerceado o seu direito de liberdade mesmo após transcorrido um longo período desde a data do fato delituoso.

3.4 Imprescritibilidade

Segundo o Dicionário Aurélio (2000, p. 377 e 554), imprescritibilidade trata-se de um adjetivo e se caracteriza por aquilo que não prescreve, ou seja, não sofre limite temporal.

Deste modo, podemos perceber que os crimes definidos como imprescritíveis não são atingidos pelo instituto da prescrição, sendo lícito ao Estado puní-los a qualquer tempo, uma vez que não há prazo para que ele exerça o seu *jus puniendi* de forma concreta.

A imprescritibilidade tem previsão constitucional em nosso ordenamento jurídico, conforme podemos observar:

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

[...]

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

[...]

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

Para justificar a postura do legislador constituinte ao definir tais crimes como imprescritíveis, trazemos à baila o ensinamento de Mossin e Mossin (2007, p. 35) que diz “a razão que levou o legislador constituinte a prever a imprescritibilidade nas hipóteses apontadas reside no alto interesse que tem o Estado na repressão dessas práticas delitivas”.

Assim, segundo os autores supramencionados, o legislador constituinte entendeu ser necessário excluir tais crimes da regra geral, qual seja, a da prescrição, pelo fato do Estado ter grande interesse em sua repressão.

Com efeito, o racismo, um dos delitos previstos como imprescritíveis, é um crime que afronta os valores estabelecidos na própria Constituição, haja vista esta prever que o nosso Estado deve assegurar, dentre outras coisas, a igualdade, bem como ter como valores supremos uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No mesmo sentido dispõe o art. 3º que trata dos objetivos fundamentais da República, prevendo em seus incisos I e IV uma sociedade livre,

justa e solidária, além da promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Importante dizer que o crime de racismo previsto no art. 5º, inciso XLII, da Constituição, e no art. 20, da Lei nº 7.716/89, não se confunde com o crime de Injúria Racial, previsto no art. 140, parágrafo 3º, do Código Penal, pois este é dirigido a uma pessoa ou a pessoas determinadas, enquanto aquela é dirigida a determinada etnia, cor, origem, crença, dentre outras, atingindo-se um número indeterminado de indivíduos.

Por outro lado, o crime de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, pelo mesmo motivo do crime de racismo, qual seja, atentar contra os valores instituídos pela Constituição, também foi definido como imprescritível, entretanto, o mesmo carece de legislação infraconstitucional própria.

No que tange a aplicação da regra da imprescritibilidade, entende o escritor Damásio (1998, p. 25) que ela só deve ser aplicada aos crimes acima elencados cometidos antes da vigência da atual Constituição Federal.

Isso se deve ao fato de que a própria Constituição veda que uma regra posterior agrave a situação do réu, conforme dispõe o art. 5º, inciso XL.

Assim, caso o crime tenha sido cometido antes da vigência do atual texto constitucional, o mesmo obedeceria a regra geral da prescrição, não podendo, em nenhuma hipótese, lei posterior mais grave retroagir a data do fato.

3.4.1 Imprescritibilidade e o Tratado de Roma

Como dito anteriormente, os crimes tidos como imprescritíveis em nosso ordenamento jurídico estão taxativamente previstos em nossa Constituição, haja vista serem exceção à regra geral.

Em contrapartida, sabe-se que o Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional, foi votado e devidamente aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº. 112 de 2002, bem como assinado pelo Presidente da República que expediu o Decreto nº. 4.388 de 25 de setembro de 2002 determinando a sua execução e cumprimento em nosso país.

Acerca disso, segundo nos recomenda Trippo (2004, p. 116), preliminarmente faz-se necessário a análise do art. 102 do referido estatuto onde se

determina que, nos casos em que não há um julgamento imparcial, realizado pelo país que tenha jurisdição sobre o fato delituoso, o caso deverá ser enviado ao Tribunal Penal Internacional, através da “entrega” do agente.

Destarte, consoante o disposto no art. 29 também do Estatuto de Roma, os crimes contra a humanidade nele previstos não prescrevem, contrariando diretamente o que fora estabelecido pela nossa Lei Maior e prevendo novas hipóteses de crimes imprescritíveis.

Segundo André Estefam (2010, v. 1, p. 463) tais crimes foram tratados como imprescritíveis, pois “por sua extrema gravidade, interessam à ordem internacional que sejam eficazmente reprimidos”.

Assim, Maria Regina Trippo (2004, p. 117/118) elenca três possíveis hipóteses sobre o alcance do art. 29, quais sejam:

- 1) o dispositivo não incide se o delito for julgado e a pena for executada sob a jurisdição de tribunal nacional competente; 2) prossegue não incidindo em procedimento envolvendo duas jurisdições estatais, como na extradição; 3) pode incidir em face de pedido de entrega do indivíduo à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, mas sua aplicabilidade depende de harmonia com as leis internas do Estado requerido.

Acerca disso, diversos posicionamentos que serão aprofundados a seguir surgiram, havendo entre alguns deles um grande contraste.

Numa breve análise, a posição contrária à adoção do que estabelece o art. 29 do Estatuto de Roma defende que a Constituição Federal ocupa o topo do ordenamento jurídico, prevalecendo sobre todas as outras espécies normativas existentes em nosso país.

Dessa forma, os Tratados, mesmo os que dispõem sobre direitos humanos, estariam no mesmo patamar das leis federais e, por consequência lógica, abaixo da Constituição.

Assim, caso algum tratado ratificado pelo nosso país entre em desacordo com as regras previstas em nossa Magna Carta, ele não deve ser aplicado no caso concreto, haja vista a sua inconstitucionalidade.

Por conseguinte, adotando-se tal entendimento, os únicos crimes imprescritíveis existentes em nosso ordenamento jurídico são aqueles previstos no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da nossa Lei Maior, sendo o Estatuto de Roma, portanto, inconstitucional, uma vez que excede os limites impostos pelo legislador constituinte.

Também contrários à existência de outros crimes imprescritíveis, além dos previstos constitucionalmente, há quem defenda a não aplicação do Estatuto de Roma abordando a sua inconstitucionalidade, porém, sob outro prisma, argumentando, que um Tratado, aprovado por maioria simples de votos, não tem o condão de alterar o texto constitucional já que para tanto exige-se votação em dois turnos em ambas as casas do Congresso Nacional, sendo a Emenda aprovada nos casos em que obtiver $\frac{3}{5}$ dos votos em todas as votações, como assim dispõe o art. 60, parágrafo segundo da Constituição Federal.

Noutro giro, os que defendem a aplicação do Tratado de Roma no que tange ao rol de crimes imprescritíveis ali previstos, defendem tal entendimento baseando-se no art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição, abaixo transcrito:

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

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Fundamentam, ainda, ser plausível essa possibilidade em razão do dinamismo do mundo atual, onde novos direitos fundamentais são reconhecidos a todo instante, tendo o legislador constituinte previsto tal hipótese para que a qualquer tempo seja possível ao nosso ordenamento jurídico reconhecer novas garantias humanísticas, bem como novos interesses a serem tutelados pelo direito (Trippo, 2004, p. 119/120), dando cada vez mais eficácia ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Outro fator que reforça o posicionamento de que as regras dispostas no Estatuto de Roma devem ser acolhidas, surgiu com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que incluiu o parágrafo quarto no artigo 4º, que diz:

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

[...]

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Dessa forma, após 2004, com a edição da Emenda supracitada, não haveria dúvidas quanto às disposições do Estatuto de Roma, pois, submetendo-se ao Tribunal Penal Internacional, nosso país se submeteria, também, ao que está ali previsto, devendo, assim, acolher as novas hipóteses de imprescritibilidade constantes nele.

Com relação à interpretação que entende ser constitucional as regras constantes de tratados que versem sobre direitos humanos, segundo Trippo (2004, p. 120), é possível que ocorra duas hipóteses no que tange à incorporação da imprescritibilidade em nosso sistema:

Para a primeira, a abertura do art. 5º, §2º, seria ampla, caminhando para a maior conformidade possível entre os tratados de direitos humanos e a Constituição. Sob essa ótica, a imprescritibilidade seria concebida como *norma complementar ao rol do art. 5º*, figurando ao lado dos incisos XLII e XLIV. Seria garantia de direitos humanos (resguardados no art. 4º, II) [...]. Se a imprescritibilidade entrasse em conflito aparente com outras normas constitucionais, prevaleceria em homenagem ao princípio da máxima proteção às vítimas.

[...]

Para um segundo posicionamento, a abertura do art. 5º, §2º, encontraria, em si mesma, limites impostos pelo poder constituinte originário. [...] De fato é discutível se estaria em harmonia com outras normas sensíveis da Constituição brasileira (cláusulas pétreas) que, vedando medidas penais perenes (pena de morte e prisão perpétua – art. 5º, XLVII), afastam a teoria da exclusiva retribuição, única que sustenta o instituto em tela.

Seguindo esse raciocínio, é importante mencionar que o fato de um crime ser elencado como imprescritível não significa dizer que não haverá impunibilidade.

Para que isso ocorra, outras medidas penais e extrapenais mais eficazes precisam ser tomadas pelo legislador.

De acordo com os ensinamentos de Eugênio Raul Zaffaroni (2007, p. 645):

Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente.

Isto posto, diante da falta de harmonia que há entre as normas, tal previsão deve ser repensada (Trippo, 2004, p. 121), pois, elencando-se as hipóteses em que os crimes são imprescritíveis, segundo Siena (2011), podemos dizer que os

demais deverão obedecer a regra geral da prescrição, sendo esta um direito conferido ao agente.

4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL

4.1 Conceito e Origem

A prescrição virtual é aquela em que se calcula a prescrição retroativa de forma antecipada. Ou seja, no curso da ação, ou antes de sua propositura, dada as características do crime e do agente, tem-se que, quando da prolação da sentença, a punibilidade do agente já estaria extinta em razão da prescrição, lastreando-se nos mesmos prazos estipulados em lei.

Segundo César Eduardo Lavoura Romão (2010, p. 91):

[...] A prescrição virtual - também chamada de prescrição antecipada, pela pena ideal, ou em perspectiva -, nada mais é do que o reconhecimento da ausência de interesse de agir, diante da constatação da possibilidade de decretação da prescrição retroativa [...].

Nas palavras de André Estefam (2010, v. 1, p. 475):

Dá-se quando se constata, antes de oferecer a denúncia, a grande probabilidade de ocorrer a prescrição retroativa. Trata-se de um raciocínio em perspectiva, de um prognóstico fundado em probabilidade (ou quase certeza).

No que tange a sua criação, trazemos a baila o ensinamento de Bruno Nascimento Amorim (2003, s.p.):

O instituto da prescrição em perspectiva originou-se nos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo no início dos anos noventa e desde então muitas foram as manifestações favoráveis e contrárias a ele na jurisprudência nacional. Não foram poucos os acórdãos publicados em revistas especializadas de jurisprudência e doutrina penal que enfrentaram o tema.

Instituto utilizado apenas em nosso país, segundo André Estefam (2010, v. 1, p. 475), a prescrição virtual nasceu com o objetivo de desafogar o judiciário, bem como economizar os recursos dos Tribunais do nosso país, haja vista, em

simples palavras, o processo nascer sem nenhuma efetividade prática, movendo toda a máquina estatal de forma inútil, pois passada a fase instrutória, finalmente chegando ao momento do seu julgamento, o *jus puniendi* estatal já teria desaparecido.

Como bem elucida Mirabete (2003) apud Mossin e Mossin (2010, p. 86):

Com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar desgastes do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no art. 110, §§ 1 e 2, pode ser reconhecida antecipadamente considerada a pena virtual, em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição.

Assim, a demora típica do nosso judiciário seria amenizada com a adoção do instituto, considerando-se que no inquérito policial são colhidas informações suficientes capazes de influenciar na dosimetria da pena.

Ademais, afastando tais processos do judiciário, reestabelecer-se-ia a confiança na justiça brasileira que a cada dia mais vem sendo alvo de críticas em razão da sua morosidade, dos processos intermináveis e do número insuficiente de servidores existentes em todos os Tribunais brasileiros, além dos incontáveis recursos à disposição das partes, prolongando demasiadamente a duração das ações.

Por outro lado, conforme elucida Fabiana Reinaldin (2010, p. 34) “a tese da prescrição em perspectiva detém coerência e viabilidade, sendo que o retardamento de sua aceitação somente ocorreu em virtude do não reconhecimento imediato dessas características”.

Dessa forma, embora seja atualmente amplamente rejeitada pelos tribunais superiores, a tese da prescrição antecipada possui muitos adeptos.

Nas palavras de Amorim (2003, s.p.):

Hoje, embora o embate ainda não tenha chegado ao seu fim, sabe-se que a matéria pacificou-se no sentido de sua não aplicação, quer na melhor doutrina, quer na melhor jurisprudência, embora o número de juízes e promotores que se utilizam de tal tese, seja para arquivar inquérito policial, seja para trancar ação penal, é bastante grande.

Contribuindo, assim, para o seu aprimoramento como ciência, bem como melhor aceitação em geral, gerando, por consequência, a necessidade de ser regulamentada por lei num futuro próximo.

4.2 Natureza Jurídica

No que tange à natureza jurídica do tema tratado, é possível dizer que há uma grande divisão na doutrina.

De um lado está a posição tradicionalista, entendendo ser a prescrição virtual, como o nome já diz, uma modalidade de prescrição retroativa (Macedo, 2007, p. 83).

Dessa forma, realizado o cálculo com base na possível pena que será aplicada ao agente, bem como levando em consideração as suas circunstâncias pessoais e, ainda, as circunstâncias em que o crime fora cometido e, verificando-se a ocorrência da prescrição, deve a ação ser extinta com base na extinção da punibilidade do agente.

Entretanto, os defensores dessa posição doutrinária não souberam explicar a inoportunidade do principal fato gerador da prescrição retroativa, qual seja, a aplicação da pena *in concreto*, haja vista a prescrição virtual ocorrer por mero cálculo antecipado da pena que poderia vir a ser imposta ao agente, bem como o fato dela não estar prevista em lei, assim como ocorre nas outras modalidades de prescrição, sendo vedado, portanto, realizar qualquer interpretação extensiva do rol do art. 107, do Código Penal.

À vista disso, como poderíamos afirmar que a prescrição virtual seria uma modalidade de prescrição retroativa sem que haja a aplicação da pena? Um tanto quanto contraditória tal afirmativa.

Nessa toada, a doutrina e jurisprudência mais atuais tem entendido que a nomenclatura dada ao instituto leva ao equívoco quanto a sua natureza jurídica, pois, segundo eles, a prescrição virtual é causa de carência de ação, logo, estaria ligada às condições da ação penal.

Ao tratar sobre o tema, Igor Teles Fonseca de Macedo (2007, p. 86) assevera que:

(...) evidente caso de carência de ação em decorrência da ausência do interesse de agir, mais precisamente da sua faceta interesse-utilidade, posto que, consoante já asseverado linhas acima, o processo, para se instaurar ou para prosseguir, necessita que seja vislumbrável a realização, naquele momento do delito exarado na exordial. Assim, tendo em vista que na ação penal, imutavelmente, como se pode presumir, o pedido está relacionado à imposição de uma sanção ao acusado, a *persecutio criminis* somente poderá ser encarada como útil na hipótese de haver alguma expectativa, ainda que remota, de aplicação de uma pena concreta capaz de fazer com que o réu sofra as consequências do seu ato criminoso, caso contrário, será totalmente inócua, ensejando a aplicação da prescrição em perspectiva.

No mesmo sentido são os ensinamentos de André Estefam (2010, v. 1, p. 474) “não se trata propriamente de uma modalidade de prescrição, mas do reconhecimento da ausência de interesse processual (condição da ação) em face da perspectiva de futuro reconhecimento da prescrição retroativa (CP, art. 110, §2º)”.

Ademais, adotando tal posicionamento é possível dizer que a ação será extinta sem resolução do mérito em razão do não preenchimento de uma de suas condições, qual seja, falta de interesse de agir e justa causa para a ação penal.

Poderá, também, concomitantemente ter uma causa extintiva da punibilidade, que pode ou não ser a prescrição propriamente dita.

4.3 Argumentos Contrários e Favoráveis Prescrição Virtual

O instituto aqui estudado, como já foi dito anteriormente, é um tema bastante controverso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Analisaremos, portanto, os principais argumentos elencados pelos adeptos e por aqueles que são contrários ao instituto da prescrição virtual.

O primeiro argumento que analisaremos a favor do instituto é o da falta de interesse de agir.

Deste modo, há quem entenda que a razão de ser da prescrição virtual se fundamenta na falta de interesse de agir, seja antes ou depois da propositura da ação penal.

Assim é, pois não há obrigatoriedade do membro do Ministério Público oferecer denúncia quando restar evidenciado a falta de justa causa para dar início à ação.

Conforme ensinamento de Mossin (1998, v. 1, p. 253/254):

Dada a complexidade própria de um processo, como instrumento realizador da jurisdição, e procurando coibir e evitar a realização inútil de atos que compõem o procedimento, o legislador, de forma racional, buscou disciplinar o exercício do *ius actionis*, subordinando-o a determinadas condições prévias, sem as quais a ação penal não poderá ter seu início.

Dessa forma, não há o que se falar em prescrição virtual em razão dela ser uma das causas extintivas da punibilidade, como assim defende alguns doutrinadores ou membros do Judiciário e do Ministério Público.

De acordo com esse pensamento está Ney Fayet Jr. (2007, p. 175) ao dizer que “essa premissa de falta de previsão legal só poderia ser considerada como argumento de alguma valia se sustentássemos ser a prescrição uma causa de extinção de punibilidade atípica”, o que não ocorre no presente trabalho.

O último argumento favorável e não menos importante, se justifica nos princípios constitucionais da economia processual e da razoável duração do processo.

Inserido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº. 45/04, passando a ser previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, o Princípio da Razoável Duração do Processo tem por finalidade coibir práticas abusivas das partes envolvidas num processo, bem como evitar a demora típica do Judiciário para o deslinde da ação, promovendo, assim, a celeridade processual visando um processo sem a chamada “demora patológica”.

Ora, tendo a nossa Magna Carta adotado tal princípio como essencial a todo e qualquer tipo de processo existente em nosso país, não seria razoável permitir que o processo penal, aquele capaz de restringir o direito fundamental à liberdade, se prolongasse demasiadamente.

Ademais, tal princípio se verifica tão importante que também é objeto de Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos. Nesse sentido transcrevemos trecho do art. 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

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

Em razão disso, tem-se tentado estabelecer qual o prazo razoável para a duração do processo, uma vez que não há em nosso ordenamento jurídico uma norma que preveja expressamente o prazo que um processo deve durar, optando o legislador constituinte pela doutrina do não prazo (BEDÊ JR. e SENNA, 2009, p. 257).

Consoante ensinamento de Guilherme Nucci (2012, p. 364):

(...) com o tempo, vislumbrou-se a inadequação de uma contagem matemática para realidades processuais tão díspares. Surgiu, naturalmente na jurisprudência o conceito da *razoabilidade* para apurar se houve ou não

excesso de prazo durante a instrução. Em outros termos, se teria havido constrangimento ilegal, gerado pela lentidão do Estado-juiz.

Oportunamente, trazemos à baila recente julgado do Supremo Tribunal Federal quando tratou sobre o tema:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DEMORA NO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INFORMAÇÕES VAGAS. EXCESSO DE PRAZO. AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. FUGA DO PACIENTE DO DISTRITO DA CULPA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A inexistência de justificativa plausível para a excessiva demora na realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal por descumprimento do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República, que assegura a duração razoável do processo. 2. A impetração de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça não confere ao Paciente o direito de aguardar o desfecho da ação em liberdade, especialmente quando se constatam o trânsito em julgado da condenação e a sua fuga do distrito da culpa, assumindo destino desconhecido até a sua prisão. 3. Ordem parcialmente concedida, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em mesa na primeira sessão da Turma subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). (STF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/10/2011, Primeira Turma) (grifo nosso)

Nesse íterim, podemos dizer que, embora nossa legislação penal seja omissa quanto ao tempo tido como razoável para a duração do processo penal, a jurisprudência tem levado em consideração alguns critérios de acordo com as características de cada caso concreto, para que tal princípio seja aplicado de forma eficaz e que seus efeitos sejam notórios em nossa realidade judiciária.

Nas palavras de Bozola e Gaudino (2010, s.p.):

Em decorrência dessa omissão, doutrina e jurisprudência pátrias vêm defendendo a utilização dos critérios adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Segundo este tribunal, a duração razoável do processo é concebida de acordo com a complexidade da causa, a conduta das partes, a forma de agir do juiz e das outras autoridades que colaboram no processo.

Por conseguinte, também o Superior Tribunal de Justiça vem tentando conferir às partes um processo penal cada vez mais garantista, evitando, assim, a violação aos direitos e garantias processuais conferidos a cada uma das partes.

Nesse sentido, transcrevemos um julgado da Corte para melhor ilustrar o entendimento disposto acima:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS E COMPLEXIDADE DO FEITO. NÃO JUSTIFICAÇÃO PARA O RETARDAMENTO DA INSTRUÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 1. O prazo para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, devendo ser avaliado à luz dos critérios da razoabilidade. 2. Muito embora se trate de investigação complexa, na qual imputa-se crime grave (roubo qualificado), com diversos acusados e indícios de organização criminosa, verifica-se um excesso injustificado na formação da culpa, tendo em vista que o réu permaneceu custodiado por aproximadamente dois anos sem sequer ter sido citado. 3. Demora não compatível com o princípio da razoável duração do processo. 4. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1335798 PI 2012/0157953-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 22/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2014) (grifo nosso)

O Princípio da Economia Processual, por sua vez, reza que devemos combater os atos processuais praticados de forma desnecessária, ou seja, aqueles atos que retardam o andamento do processo sem em nada contribuir para o aprimoramento da decisão final.

Destarte, o velho ditado de se obter o máximo de resultados com o mínimo de procedimentos é o que deve ser buscado pelos magistrados de todo país, efetivando os princípios acima elencados, bem como os demais previstos explícita e implicitamente em nosso ordenamento jurídico, conferindo ao processo penal maior efetividade prática com o menor desgaste de tempo possível, possibilitando às partes uma resposta jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Com efeito, a adoção da prescrição virtual, tendo em vista evitar processos cuja ausência de interesse de agir se evidencia, afastando-os do Judiciário seria “um dos meios pelos quais o Judiciário pode optar para começar a se desfazer de processos inúteis e focalizar os seus esforços naqueles outros que são sadios, pode-se assim dizer, emprestando-se-lhes a devida celeridade” (FAYET, 2007, p. 174).

Em contrapartida os opositores a adoção da prescrição virtual elencam diversos princípios que o instituto feriria, dentre eles o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade do oferecimento da ação pena pública, bem como o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Passaremos, portanto, a análise das situações acima.

Segundo o artigo 42 do Código de Processo Penal, é vedado ao membro do Ministério Público desistir da ação penal, sendo esta para ele indisponível.

Por outro lado, o princípio da obrigatoriedade determina que nos casos em que o crime é apurado através de ação penal pública, não há a faculdade do órgão do Ministério Público decidir se oferecerá ou não a denúncia, mas sim há um dever imposto pelo legislador.

Conforme leciona Afrânio Silva Jardim (2001, p. 12) “o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é uma opção arbitrária do legislador, mas está inserido dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo”.

Importante lembrar que os princípios acima elencados não devem ser confundidos, pois um vigora antes da propositura da ação penal, qual seja, o princípio da obrigatoriedade do oferecimento da denúncia, e o outro após ofertada a denúncia, não podendo o *Parquet* dispor da ação penal já proposta.

Embora haja certa consistência nos argumentos acima elencados, os mesmos são facilmente derrubados após uma análise do texto da lei.

Com relação ao princípio da obrigatoriedade, importante destacar o que nos ensina Tourinho (2013, v. 1, p. 193/194):

[...] para evitar abuso de toda ordem e por economia processual, esse direito de ação foi policiado e disciplinado. [...]

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001, p. 222), complementando o raciocínio acima exposto, assevera que “[...] a obrigatoriedade da ação penal só existe se e quando presente a justa causa, entendida esta como fundamento da acusação”.

Dessa forma, não haveria obrigatoriedade em oferecimento da denúncia quando o membro do Ministério Público verificasse a ausência de uma das condições essenciais para a propositura da ação penal.

Ademais, conforme determina o art. 395, incisos II e III, do competente código de ritos, a denúncia não será aceita quando faltar alguma das condições da ação, bem como quando não houver justa causa para a propositura da mesma.

Nesse íterim, não haveria sentido algum em propor uma ação que não seria recebida por notória falta de uma das suas condições, sendo, portanto, rejeitada de plano pelo magistrado.

Com relação ao Princípio da Indisponibilidade, tal argumento, assim como o Princípio da Obrigatoriedade, só se aplica às hipóteses de ação penal pública, uma vez que nas ações penais privadas prevalece o Princípio da Disponibilidade da ação.

Aqui também podemos dizer que tal princípio não é absoluto, havendo a possibilidade de flexibilizá-lo em algumas hipóteses, como por exemplo, nos casos em que a ação tramita pelo rito sumaríssimo, sendo permitido ao Promotor oferecer proposta de transação penal, instituto regido pelo artigo 77 da Lei nº. 9.099/95, ao acusado (TOURINHO FILHO, 2013, v. 1, p. 203).

Ademais, conforme Tourinho (2007, p. 331) nos ensina:

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

Isso se deve ao fato de que, antes de ser autor da ação penal, o membro do Ministério Público é fiscal da lei, devendo agir conforme os limites estabelecidos pelo legislador.

Dessa forma, evidenciada a hipótese de prescrição virtual, é facultado ao *Parquet* a desistência da ação penal, pois caso assim não ocorra e verificada a prescrição no decorrer do processo, a ação deverá ser extinta sem resolução do mérito em razão da prescrição retroativa.

Com relação aos demais princípios elencados como justificativa para o não acolhimento da prescrição virtual, qual seja, o princípio da ampla defesa, do devido processo legal, bem como o princípio da presunção de inocência, reiteramos o argumento de que entendemos ser a prescrição virtual a falta de uma das condições da ação.

Assim, não haveria qualquer violação aos princípios acima elencados, uma vez que a ação não estaria preenchendo os requisitos necessários para o seu válido andamento.

Ademais, conforme ensinamento de Ney Fayet Jr. (2007, 176/177):

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

Violação a esses princípios seria, portanto, dar continuidade a uma ação que não está apta a prosseguir do ponto de vista processual.

Há quem diga, ainda, ser inaplicável a prescrição virtual, uma vez que a Lei nº 12.234/10 extinguiu a prescrição retroativa.

Também uma criação jurisprudencial brasileira, a prescrição retroativa, conquanto tenha sido por muito tempo rejeitada por vários Tribunais, foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº. 146 do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo tal entendimento, quando houvesse o trânsito em julgado para a acusação, não havendo, portanto, possibilidade da pena instituída na sentença ser majorada, seria possível a ocorrência da prescrição retroativa, regulamentada pela pena *in concreto*.

Entretanto, como se sabe, não houve a extinção da prescrição retroativa como defendido por alguns doutrinadores. O que ocorreu na verdade, foi a extinção da contagem da prescrição retroativa durante a fase de inquérito policial, vedando-se a sua aplicabilidade no período compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Nesse sentido, entendemos válido transcrever o texto do art. 110, parágrafo 1º, antes da edição da citada lei, que dizia “a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”.

Assim, após o advento da supramencionada lei o art. 110, parágrafo 1º passou a dizer que “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

Importante dizer que, por se tratar de lei penal que agrava a situação do réu, sendo, portanto, *novatio legis in pejus*, não pode ser aplicada aos casos ocorridos antes de 05 de março de 2010, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, uma vez que extinguiu-se uma das etapas do reconhecimento da prescrição retroativa.

Outro argumento utilizado pela doutrina visando o impedimento da aplicação da prescrição virtual é o de que, segundo eles, o reconhecimento do instituto impediria os efeitos civis da sentença penal.

Tal argumento se mostra impossível de ser aceito, pois, aqui sim haveria violação ao Princípio da Culpabilidade, uma vez que, embora o artigo 935, do Código Civil, diga que a responsabilidade civil é independente da penal, a sentença penal só poderá ser executada em âmbito civil quando houver a condenação do agente.

Ney Fayet Jr. (2007, p. 178/179) elenca outro fator que torna tal argumento inaplicável:

(...) se a prescrição retroativa será de qualquer forma decretada, antes ou depois de um processo, a sentença, de qualquer forma, não terá força de título executivo, o efeito é o mesmo: o ofendido deverá ingressar com ação de conhecimento na esfera cível, sem poder valer-se de título pré-constituído em processo crime.

Assim, dizer que a prescrição virtual impede a execução da sentença em âmbito civil, além de ser uma afronta ao Princípio da Culpabilidade, em razão de que antecipadamente estaríamos dizendo que o réu é culpado, seria também um disparate, uma vez que não há sentença de mérito em processos carente de ação.

Por último, elencam a possibilidade da *mutatio libelli* no decorrer da ação penal, uma vez que, colhidas as provas necessárias durante a instrução do feito é facultado ao membro do Ministério Público, conforme se verifica pelo artigo 384, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº. 11.719/08, aditar a denúncia, fazendo nela constar crime diverso do inicialmente imputado ao agente.

Assim, dando uma classificação mais gravosa ao crime, automaticamente o prazo prescricional da ação e execução seria elevado, conforme os ditames regidos pelo legislador.

Exemplo clássico de *mutatio libelli* citado pela doutrina é o caso do agente ser denunciado pelo crime de furto e, após a instrução penal ser encerrada,

verificar-se que houve violência ou grave ameaça contra a vítima, configurando, portanto, o crime de roubo.

Assim, o instituto da prescrição virtual impediria a possibilidade de dar nova classificação ao crime, ao passo que seria necessário aguardar o encerramento da fase instrutória para que a classificação jurídica do delito fosse definida de forma inequívoca.

Tal argumento também não merece prosperar, uma vez que as decisões que reconhecem o não preenchimento de uma das condições da ação não fazem coisa julgada material.

Nesse seguimento são as palavras de José Frederico Marques (1998, v. 1, p. 327):

A coisa julgada material é a qualidade tão-só dos efeitos de julgamentos que decidem a lide, pois aqueles que declaram inadmissível a tutela jurisdicional, por não resolverem o mérito, não se revestem da imutabilidade fora da relação processual [...].

Assim, por não fazer coisa julgada material, é possível que, com base em novas provas, seja o feito reaberto posteriormente, com a nova classificação do crime, desde que preencha as condições necessárias para o oferecimento da denúncia.

4.4 Prescrição Virtual e a Súmula nº. 438 do STJ

Em abril de 2010, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela não aplicabilidade da prescrição virtual, editou a Súmula nº. 438, *in verbis*:

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Dessa forma, tal decisão do referido pretório tentou pacificar o entendimento pela não aplicação do instituto, embora alguns juízes e promotores de primeira instância entendem ser possível a aplicabilidade da também chamada prescrição em perspectiva.

Em seus argumentos, os Ministros basearam-se na falta de previsão legal do instituto, bem como na possível violação aos Princípios da Individualização da Pena e no Princípio da Presunção de Inocência.

Assim, conforme defendido anteriormente, *data vênia*, o entendimento do Tribunal da Cidadania não merece prosperar, uma vez que entendemos caracterizar a prescrição virtual a falta de interesse de agir do processo, haja vista propor uma ação já pré-morta.

Reiteramos, também, que o instituto ora estudado deve ser aplicado de forma cautelosa, apenas nas hipóteses em que haja indícios concretos de que durante o decorrer da ação penal, o sujeito teria a sua punibilidade extinta em razão da prescrição retroativa.

Ademais, a prescrição virtual é resultado de uma interpretação sistemática, levando em consideração todo o ordenamento jurídico, tendo por premissa básica a efetividade dos provimentos jurisdicionais, não prevalecendo, assim o argumento de que o instituto não possui previsão legal (COUTINHO, 2010, p. 7).

Noutro giro, tendo em vista as nossas leis já nascerem obsoletas, a prática jurídica exige do aplicador do direito novas saídas, respeitando-se, obviamente, as regras fundamentais existentes.

Consoante o entendimento de Ricardo Pieri Nunes (2002, p. 02):

Dentro do atual contexto de evolução da ciência jurídica, identifica-se um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com o início de uma fase onde desponta a normatização de postulados. Nesta incipiente era, os operadores do direito extraem princípios do ordenamento jurídico enquanto todo harmônico, imputando-lhes densidade normativa, a fim de aplicá-los no deslinde de questões desprovidas de uma solução justa diante da legislação em vigor.

Dessa forma, a prescrição virtual seria também, além dos demais mecanismos criados pelo legislador visando a garantia de uma justiça mais célere, como, por exemplo, a criação do JECRIM, uma válvula de escape para o Judiciário, aplicada acertadamente por Juízes de Primeira Instância e membros do Ministério Público, tendo como principal objetivo o afastamento de processos inúteis que superlotam os escaninhos dos Tribunais brasileiros.

5 CONCLUSÃO

No decorrer dos estudos elaborados para a conclusão do presente trabalho podemos observar vários pontos importantes que foram abordados, entretanto, importante dizer que as questões relativas à prescrição virtual não se esgotam aqui, haja vista ser um tema bastante controverso entre a doutrina e a jurisprudência.

Assim, podemos constatar que, embora sua nomenclatura seja de “prescrição”, o instituto aqui estudado não se confunde com tal instituto, ainda que possua como principal efeito a limitação do *jus puniendi* estatal.

Tal assertiva se verifica, pois as causas de extinção da punibilidade, em razão da primazia da segurança jurídica em nosso ordenamento, estão taxativamente previstas, não sendo possível ampliar tais possibilidades ao bel prazer do aplicador da lei.

Também verificamos os principais argumentos daqueles que entendem não ser possível a aplicabilidade da prescrição virtual, tendo como principais motivos os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e culpabilidade, justificando que tal instituto os feriria, sendo, portanto, inadmissível.

Há, também, quem defenda ser impossível a adoção do instituto em razão da possibilidade de *mutatio libelli*, bem como da possibilidade de se executar a sentença condenatória em âmbito civil.

Rebatendo tais posicionamentos e nos baseando na doutrina mais atual, concluímos que a prescrição virtual configura, claramente, falta de interesse de agir no processo penal, uma vez que aquele que propõe uma ação deve ter por objetivo a condenação do acusado, o que não ocorre nos casos em que fica evidente a ocorrência futura da prescrição retroativa, antes do recebimento da denúncia ou da prolação da sentença.

Assim, não há o que se falar em afronta a tais princípios, uma vez que estaríamos violando-os caso permitíssemos o andamento de um processo que não preenche as suas condições exigidas por lei.

Ademais, também não há o que se falar em supressão da possibilidade de ocorrência da *mutatio libelli*, haja vista a decisão que reconhece a prescrição virtual, justamente por não adentrar o mérito da questão, não fazer coisa julgada material, não estando, assim, acobertada pela imutabilidade, sendo possível a

propositura de nova demanda caso surjam novas provas dando conta de que o crime cometido foi de natureza mais grave.

No que tange a justificativa de que o reconhecimento da prescrição virtual impediria eventual execução da sentença condenatória penal no juízo cível, aqui, sim, encontramos clara afronta ao Princípio da Culpabilidade, considerando-se já prever de antemão que o sujeito seria condenado.

Superada tal fase, não podemos nos esquecer do fato da Súmula nº. 438, editada pela Terceira Seção do Tribunal de Justiça vedar a aplicabilidade da prescrição virtual, porém, como fora verificado, apesar da existência de tal súmula, o instituto ainda é aplicado, principalmente nos juízos de 1ª instância.

Além do que, realizando-se um paralelo com a própria prescrição retroativa, rejeitada por muito tempo até ser aceita pelo Supremo Tribunal Federal, é possível que daqui a algum tempo, levando em consideração a importância do instituto estudado nesse trabalho, o legislador entenda necessário regulamentá-lo.

Isto posto, entendemos ser plenamente aceitável a aplicabilidade de tal instituto nas hipóteses em que seja possível se prever a ocorrência da prescrição retroativa de forma inequívoca, atentando-se às circunstâncias pessoais do agente e levando em consideração as características do crime praticado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**. Bogotá: Temis, 1988.

AMORIM, Bruno Nascimento. **Prescrição em perspectiva, cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6781/prescricao-em-perspectiva>. Acesso em 30 de set. de 2015.

BARROS, Oscar N. Vera. **La Prescripcion Penal em el Codigo Penal**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1960.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOZOLA, Túlio Arantes; GAUDINO, Kaue Eduardo Figueiredo. **STJ e princípio da duração razoável do processo penal**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19060/a-aplicacao-do-principio-da-duracao-razoavel-do-processo-penal-pelo-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 11 out. 2015.

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

Código Penal (1941). **Decreto-Lei N. 3.914, de 9 de Dezembro de 1941**.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHINELLATO, Thiago. **Lei penal no tempo - parte 04 - abolitio criminis**. Disponível em: <http://thiagochinellato.jusbrasil.com.br/artigos/121942705/lei-penal-no-tempo-parte-04-abolitio-criminis>. Acesso em: 23 de out. de 2014.

CÓDIGOS PENAIIS DO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. **43 (confirmar)**

COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 22 nov. 1969. Disponível em: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/pactoSanJose.pdf. Acesso em 25 abril 2014.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Novas perspectivas para extinção de punibilidade em matéria criminal**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/3586/novas-perspectivas-para-extincao-de-punibilidade-em-materia-criminal> >. Acesso em 03 de out. de 2015.

ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Geral**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de Apresentação de Monografias e Trabalhos de Conclusão de Curso**. 2015 – Presidente Prudente, 2015.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSBRASIL. **O que se entende pelo princípio da personalidade da pena**. Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1329433/o-que-se-entende-pelo-principio-da-personalidade-da-pena>. Acesso em: 26 de out. de 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIMA, Eric Alexandre Lavoura. **A coisa julgada penal e seus limites Objetivos. (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2008.**

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 2000, v. 1.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEIXE, Marildo. **Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/966/prescricao-penal-extincao-da-pretensao-punitiva-e-pretensao-executoria>. Acesso em 03 de nov. de 2014.

RAMOS, Marcel Figueiredo. **Da imprescritibilidade dos crimes do Tribunal Penal Internacional – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=160. Acesso em 25 de ago. de 2015.

REINALDIN, Fabiana. **Prescrição antecipada na doutrina e na jurisprudência.** Monografia para conclusão de curso em Direito. Curitiba: 2010.

RODRIGUES, Rubens. **Prescrição da Pretensão punitiva e executória.** São Paulo: Edições APMP, 2000.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição Virtual: uma realidade no direito penal brasileiro.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112608.pdf>. Acesso em 25 de jun. de 2015. (ver se coloca como link ou como tese de doutorado [manual de formatação, p. 35])

SIENA, David Pimentel Barbosa de. **Direito fundamental à prescrição e inconstitucionalidade da Lei n. 12.234/2010.** Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aUG_SEhO3f8J:www.juristas.com.br/informacao/artigos/direito-fundamental-a-prescricao-e-inconstitucionalidade-da-lei-n-12-234-2010/603/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 30 de set. de 2015.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Comentários: Anistia, Graça e Indulto.** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/artigo/20101210192933132_direito-criminal_comentarios-anistia-graca-e-indulto-aurea-maria-ferraz-de-sousa.html. Acesso em: 31 de out. de 2014.

Superior Tribunal de Justiça, SEXTA TURMA. TJ - Recurso Especial nº 1335798 PI 2012/0157953-4, data de julgamento: 22 de mai. de 2004 Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Publicação: DJe 16/06/2014. (ver se a citação tá correta)

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

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo penal.** Volume I, 29. ed.; São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade Penal.** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

VASCONCELOS, Gibran Queiroz de. **Injúria Racial**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4187/Injuria-racial>. Acesso em: 25 de jun. de 2015.

ZAFFARONI, E. R. Manual de Direito Penal brasileiro. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1