

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Thaís Soriano Sampaio Januário

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Thaisa Soriano Sampaio Januário

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.

DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

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

Jurandir José dos Santos

Gabriel Lino de Paula Pires

Mário Coimbra

Presidente Prudente, __de novembro de 2008.

Dedico esta pesquisa aos meus pais,
irmãos e amigos, pelo apoio e atenção a
mim despendido.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, pois sem Ele eu nada posso fazer.

Ao meu orientador, pela sua imensa paciência e compreensão aos meus desesperos, dúvidas e questionamentos ao longo dessa jornada.

Aos meus pais, Francisco e André, pelo enorme esforço e incansável dedicação na minha formação moral e intelectual.

Aos meus amigos, em especial Karine Pires Cremasco, que de forma assombrosa me ajudam em todos os aspectos da minha vida.

Ao coordenador do curso pelo constante incentivo.

RESUMO

O presente trabalho visa a elucidação da tão tormentosa questão frente a aplicabilidade da prescrição virtual, bem como sua correta inserção nos institutos penais e processuais existentes. A prescrição virtual, apesar de aplicada largamente entre os juízos de primeira instância, é majoritariamente repelida pela doutrina brasileira, sendo seus ferrenhos opositores os Tribunais Superiores. Vem ganhando corpo a doutrina que a aceita; todavia, até mesmo entre estes, não há passividade quanto à disciplina de sua aplicação. Uns atribuem natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade a prescrição virtual, enquanto outros a admitem como um verdadeiro atestado de carência da ação, sendo esta sua natureza jurídica. Após estudos quanto à prescrição penal da pretensão punitiva e as questões que a envolvem, bem como a análise dos fundamentos das diversas correntes doutrinárias que se apresentam na atualidade e seus efeitos na pessoa do acusado, verificou-se que outro não pode ser o entendimento a não ser o que aceita o instituto da prescrição virtual em sua concepção extintiva da punibilidade.

Palavras-chave: Prescrição penal. Prescrição virtual. Admissibilidade. Causa extintiva da punibilidade.

ABSTRACT

The present work aims the elucidation of such stormy question front of virtual prescription's applicability, as well as its right insertion in penal and procedural institutes that exists. Virtual prescription, even though widely applied among the inferior courts, it is repelled by the majority brazilian doctrine, and its tough opponents are the Superior Courts. It's been raising the doctrine that accepts this theory, however, even among its defenders, there is no consensus about its application. Some people attribute its legal nature of a punshability's extinctive cause to the virtual prescription, while others admit it as a true lack of action certified, being this the legal nature. After studies about penal prescription of punitive pretension and questions around this matter, as well as the bedding's analysis from various doctrine ideas that can be found in the present time and its effects in the accused person, it was verified that the right agreement is that one that accepts the institutes of virtual prescription as a punshability's extinctive conception.

Keywords: Penal prescription. Virtual prescription. Permissibility. Punshability's extinctive cause.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL	10
1.1 Do Direito de Punir	10
1.2 Causas Extintivas da Punibilidade	11
1.3 Conceito de Prescrição e suas Modalidades	12
1.4 Evolução Histórica	14
1.4.1 Surgimento no Mundo	15
1.4.2 Origens no Direito Brasileiro	16
1.5 Natureza Jurídica	20
1.6 Fundamentos de sua Existência	24
1.7 Prescrição no Direito Comparado	32
1.8 Características	33
1.9 Efeitos	34
1.10 Prescrição e Decadência	36
2. IMPRESCRITIBILIDADE	39
2.1 Conceito e Breve Histórico	39
2.2 Fundamentos da Imprescritibilidade	40
2.3 Imprescritibilidade no Direito Pátrio	42
2.4 Imprescritibilidade no Direito Comparado	48
3. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	51
3.1 Da Prescrição da Pretensão Punitiva	51
3.1.1 Conceito	51
3.1.2 Prazos Prescricionais	52
3.1.3 Termo Inicial	55
3.1.4 Forma de Contagem	60
3.1.5 Causas de Redução	61
3.1.6 Causas Interruptivas	63
3.1.7 Causas Suspensivas	72
3.2 Prescrição Retroativa	75
3.3 Prescrição Intercorrente	80
4. PRESCRIÇÃO VIRTUAL	83
4.1 Origem, Natureza Jurídica e Conceito	83

4.2 Apontamentos sobre as Três Correntes	87
4.3 Nosso Posicionamento	105
5. CONCLUSÕES	112
BIBLIOGRAFIA	114

INTRODUÇÃO

O tema esposado nessa monografia foi escolhido devido à grande divergência existente quanto ao seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Tal dissensão se opera tendo em vista seu recente surgimento (nos anos noventa), bem como pelo fato de ser um instituto eminentemente brasileiro, sem qualquer correlação na doutrina estrangeira.

O presente trabalho analisará os aspectos que envolvem a prescrição penal da pretensão punitiva, tais como sua feição geral (natureza jurídica, efeitos, fundamentos, características e etc.), e sua disciplina no direito brasileiro, trazida pelos artigos 109 e seguintes do Código Penal. Ademais, o trabalho traz a tona também um sucinto estudo a respeito da imprescritibilidade.

Maior dispêndio, outrossim, estará reservado ao estudo das diversas correntes, juntamente com suas justificativas, existentes sobre o tema, a qual será, ao final, tomada uma posição rebatendo as demais doutrinas.

Objetiva demonstrar com o presente trabalho a aplicabilidade sem medo da prescrição virtual em sua concepção extintiva da punibilidade, a qual pela análise comparativa dos efeitos por esse entendimento decorrente, resta comprovada melhor benefício a pessoa do acusado.

O trabalho tomou como base para sua feitura pesquisas eminentemente bibliográficas, incluindo nestas, as doutrinárias e jurisprudenciais.

1. ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL

1.1 Do direito de punir

Antes da análise da prescrição se faz necessário adentrar na ceara do direito de punir. Tal estudo prévio, ainda que singelo, se impõe pelo simples fato daquele instituto advir a este.

Como é cediço, há uma verdadeira incapacidade societária em auto regular-se segundo preceitos morais e idôneos, chegando a existir adágios como o de Rosseau que exprime a idéia de que o homem é o lobo do próprio homem. Exarado nesta premissa, e fundado nela, nasce o direito do Estado, na pessoa do Estado-Juiz, de refrear as paixões humanas, exigindo de seus cidadãos que não cometam atos tidos como ilícitos. Esse direito do Estado de assim atuar é denominado direito de punir (*jus puniendi*). Cabe justificar que o titular do direito de punir é tão somente o Estado, pois, por ser um ente superior que define padrões sociais a serem seguidos, este chamou para si a responsabilidade de pacificar os litígios, buscando sempre a proteção dos bens jurídicos efetivamente lesionados ou postos em perigo.

Esse poder-dever do Estado-Juiz em exigir que a norma penal não seja violada sob ameaça de punição é a modalidade abstrata do *jus puniendi*. Assim é considerado pois tal dever está apenas no campo da tese. Revela-se aqui, segundo Damásio de Jesus (JESUS, 1997, p. 01), uma relação, entre o Estado e os indivíduos de forma geral, de simples obediência penal.

Uma vez praticada a conduta rechaçada, o direito de punir passa a existir no campo pratico, ensejando a aplicação de sanções penais. Essa face do direito de punir é a modalidade em concreto, já que houve a modificação no campo real. Aqui a relação entre o Estado e o agora infrator, também segundo Damásio de Jesus (JESUS, 1997, p. 1/2), é jurídico-positiva posto que nasce a obrigação de aplicar o preceito secundário da norma incriminadora (a pena).

Observa-se ainda que esta autoridade estatal não é intangível sendo limitada pela própria lei estabelecida, pelos bens jurídicos os quais protege e pelos princípios penais e processuais que se fundam na dignidade da pessoa humana. Sendo assim o direito de punir vem a ser um verdadeiro postulado de garantia.

1.2 Causas extintivas da punibilidade

Como já salientado acima, da prática de um fato dito como crime nasce para o Estado o direito de punir o infrator, aplicando-lhe a sanção penal correspondente. A essa possibilidade jurídica de aplicação de pena dar-se o nome de punibilidade.

No entanto surgem razões impeditivas a essa punibilidade, as quais têm o condão de extrair do Estado o exercício do *jus puniendi*. Essas são chamadas de causas extintivas da punibilidade, que podem ser conceituada como “aqueles fatos ou atos jurídicos que impedem o Estado de exercer seu direito de punir os infratores da lei penal” (DELMANTO *apud* LOZANO, 2002, p. 06).

Uma divergência que se impera aqui é com relação à natureza jurídica desse instituto. Há quem entenda que se trata de extinção da ação penal, sendo este o primeiro entendimento surgido. Outros, por sua vez, acreditam que essas causas põe fim ao próprio crime pois acreditam que a punibilidade é elemento integrante do crime. Finalmente há a corrente, tida como majoritária, que afirma que atuam na verdade como causas resolutivas do *jus puniendi* pois cessam com a relação jurídico-punitiva surgida com a prática do delito, como se percebe a seguir: “(...) Porém, pode incidir causas exteriores ao crime capazes de cessar esse direito subjetivo (punibilidade). São as causas extintivas de punibilidade (...)” (SCHMIDT, 1997, p. 17)

A existência dessas causas se assenta em políticas criminais que evidenciam a desnecessidade da punição. Tal preceito é perfeitamente válido uma vez que, sendo o Estado titular único do direito de punir, nele também reside

a possibilidade de não punição, ou seja, renúncia, quer total ou parcial, do direito de punir.

Contrapondo ao entendimento esojado acima Raimundo Macedo (MACEDO *apud* MACHADO, 2000, p. 70) declara que na verdade não há de se falar em renúncia, mas sim em uma obrigação de não punir frente à desnecessidade e não-utilidade da punição ao caso. Logrou êxito Frederico Marques (MARQUES, *apud* TRIPPO, 2004, p. 30) ao definir que durante a elaboração das leis, essas causas são consideradas verdadeiras renúncias, quanto que na aplicação do direito há o desaparecimento do direito de punir.

Ressalta-se, ademais, que por estarmos num Estado garantista, essas renúncias são previamente estabelecidas pelo legislador, a fim de estabelecer a segurança jurídica, e são elencadas, em especial, no artigo 107 do código Penal, onde figura o instituto da prescrição, assunto futuramente debatido. Todavia, esse rol é meramente exemplificativo, posto que em todo código encontram-se causas diversas que extinguem a punibilidade.

Os principais efeitos dessas causas extintivas será o findar do direito que o Estado tem em punir (*jus puniendi*) ou o de executar a sanção imposta (*jus punitiois*), dependendo apenas para o surgimento de tais conseqüências, se a extinção ocorreu antes do transito em julgado da sentença condenatória, quando ocorrerá a primeiro efeito avençado, ou após este transito em julgado, quando aplicar-se-á o segundo efeito. Fala-se apenas em sentença condenatória, posto que em sendo absolutória, não há de suscitar o *jus puniendi* estatal por não haver ato ilícito a reprimir.

1.3 Conceito de prescrição e suas modalidades

Etimologicamente, o vocábulo *prescrição* advem do latim *praescriptio*, composto de *prae* e *scribere*, cuja tradução ao pé da letra é “escrever antes”.

O entendimento do significado acima se dá quando do estudo do Direito Romano, pois nas ações chamadas *temporárias* se não fosse respeitado o prazo para exercício destas, o pretor, ora aplicador do direito, escrevia como nota introdutória a advertência ao Juiz que, antes de examinar o mérito, deveria absolver o réu por expiração do lapso. Daí a indicação de *praescriptio* que quer dizer “escrever antes”.

Neste sentido Christiano José de Andrade (ANDRADE, 1979, p. 01):

A palavra “prescrição” vem do latim *praescriptio*, que significa um escrito posto antes (*prae-scriptio*); era um meio de defesa, colocado na fórmula expedida pelo pretor, antes a *demonstratio*; por ela era advertido o magistrado a não examinar o mérito da lide.

A associação da prescrição ao termo “escrita prévia” encontra razão de ser, atualmente, no conceito deste instituto, qual seja, “a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da preensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo” (JESUS, 1997, p. 17). Assim, sendo uma causa extintiva da punibilidade, uma vez verificada, não haverá a análise das demais questões trazidas ao juízo, razão que torna válida a etimologia do instituto.

José Frederico Marques (MARQUES, *apud* SOUZA, 2001, p. 14) detalha ainda o instituto trazendo a seguinte definição:

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

Assim a caducidade desse direito do Estado, quer em punir quer em executar, pelo decurso do tempo, se dá o nome de Prescrição.

Ademias são duas as modalidades prescricionais existente no Direito Pátrio, sendo elas, como superficialmente delineado outrora: prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

Igualmente, naquela primeira pretensão, a prescrição se subdivide em: prescrição da pena em abstrato, a qual tem como base a pena máxima da infração e o período para a verificação de sua existência se afere entre o fato tido como delituoso à publicação da sentença condenatória; prescrição retroativa, que tem como base de cálculo a pena em concreta cominada na sentença condenatória transitada e julgada para a acusação e se averigua do retrocesso entre a publicação da sentença condenatória à data do fato delituoso; e prescrição intercorrente, que, a semelhança da prescrição dita anteriormente, tem também como base de cálculo a pena imposta na sentença adjetivada como acima, todavia computa-se da publicação da sentença até o transito em julgado para a acusação e defesa.

Ademais, divergência surge ao considerar como nova espécie da prescrição da pretensão punitiva, a chamada prescrição antecipada ou virtual, que pode ser conceituada como aquela cuja prescrição “ainda não se efetivou, mas pela morosidade do processo e pelos elementos e circunstâncias do delito, força a convir que será inevitável a extinção da punibilidade” (SCHMIDT, 1997, p. 12). Esse dissenso, outrossim, será exaurido no findar do presente trabalho.

1.4 Evolução histórica

Um dos doutrinadores que melhor explica e pormenoriza os aspectos históricos desse instituto é a Mara Regina Trippo (TRIPPO, 2004, p. 31/45), sendo assim, nada melhor do que fundar a presente pesquisa histórica em seu *writ*.

1.4.1 Surgimento no Mundo

Apesar de não se conseguir definir ao certo o berço inicial da prescrição, considera-se originado na Grécia e em Roma. Para os atenienses o tempo extinguiu a ação penal devido às dificuldades probatórias que se imperavam. Todavia, ainda nessa época, havia alguns delitos tidos como imprescritíveis.

Em Roma, devido o costume generalizado, em época republicana não se falava em prescrição, a qual apenas surgiu com o fim deste período. Assim este instituto nasceu da *praxe jurídico processual*, com as chamadas *ações temporárias* – ações sujeitas a prazos de interposição. Posteriormente essas ações e seus prazos foram introduzidos por lei, sendo a primeira a aludi-los, a *Lex Julia de Adulteriis* (prazo prescricional de cinco anos em relação aos crimes de estupro, lenocínio, adultério e incesto).

Acrescenta-se ainda que o direito romano associava tal instituto a idéia de perdão. Isto se dá devido ao fato de que o período escolhido era justamente aquele em que, segundo suas festividades, haveria uma renovação na alma purificado-a. Assim, a dispensa da pena decorria da purificação espiritual.

Havia, ademais, exceções prescricionais aos crimes de peculato, fraude alfandegária, testamento aberto e carnais. Além do mais, há esse tempo foi editada a mais antiga previsão legal de imprescritibilidade, que abrangia parricídio, heresia e parto suposto. Acrescenta-se ainda que no direito romano já se falava em decadência posto que havia um prazo de seis meses para queixa.

A maior parte da doutrina conclui que tanto os gregos quanto os romanos não admitiam a prescrição da pretensão executória admitindo apenas sua modalidade punitiva. Quanto a esta, prevalecia a idéia da imprescritibilidade.

Tendo como fonte o direito romano, outros países começaram a adotar o instituto, sendo este o caso da Itália. Esta trouxe inovações tais como: a possibilidade de redução e pena do delinqüente se decorrido maior parte do prazo prescricional desde que aliado ao bom comportamento; a possibilidade da prescrição executória. Não obstante os avanços, o código italiano tardou em introduzir a prescrição da pena nascendo primeiramente no direito francês quando

da revolução. Assim, na Itália prescrevia-se tão somente a ação, considerando a pena imprescritível.

Já a França, apesar de também basear-se em Roma, houve um avanço considerável. A jurisprudência deste país, desde então, admitiu a prescrição da pretensão executória que logo foi prevista legalmente. Estabelece ainda princípios relativos ao instituto, sendo eles que a prescrição funda-se unicamente no decurso do tempo; todos os crimes são prescritíveis; e que a pena está sujeita a prescrição.

Salienta-se que no século XVII, Beccaria, Bentham, Garoffalo e Ferri combateram o instituto da prescrição, pois acreditavam que este era um atentado à segurança social. Estes influenciaram em grande monta a Inglaterra que adotou como regra a imprescritibilidade. Ainda assim, os princípios franceses relativos a prescrição vigoraram e foram adotados noutros países que recusaram a legislação inglesa.

1.4.2 Origens no direito brasileiro

Inicialmente a legislação vigente no território nacional foram as ordenações de Portugal, sendo as Filipinas, no aspecto penal, tida como terrível devido a crueldade intrínseca nas sanções aplicadas. Esta ordenação reconhecia a existência das causas extintivas da punibilidade, sendo um exemplo delas o perdão do ofendido. Não havia menção expressa da prescrição ou decadência. O que existia era a regulação de alguns efeitos do tempo sobre o Direito Penal, sendo esses semelhantes à decadência.

A ordenação vigente à época não se harmonizava com o instituto da prescrição, pois este tinha por fim limitar o poder estatal. Pelo contrário, havia um grande acúmulo de poder nas mãos do soberano, não sendo interessante qualquer limitação a esta grandeza. Destarte, no período colonial vigorava a imprescritibilidade.

Com a proclamação da independência houve a elaboração de leis próprias, sendo o primeiro diploma a tratar da prescrição a Lei de 30 de setembro

de 1830. Posteriormente, o Código Criminal, consagrou expressamente em seu artigo 65 a imprescritibilidade, resistindo, assim, à prescrição da pena.

A análise do artigo acima, a *contrario sensu*, leva a conclusão de que haveria a prescrição da pretensão punitiva sendo imprescritível apenas a pretensão executória, pois o diploma legal releva a prescrição apenas no que tange as penas aplicadas. Este dispositivo foi largamente definido no Código Processual que surgiu em seguida.

O critério usado por esse codex para a definição dos prazos, era a presença ou não do réu no distrito da culpa aliado a fiançabilidade do delito. Os legisladores da época assim o fizeram, pois o objetivo maior era auxiliar o órgão acusatório na execução de suas atividades fins. Assim, como a realização destas era facilitada pela presença do réu no lugar do crime, não havia porque conceder a este órgão maior prazo para seu exercício, sendo reduzido, portanto, o prazo prescricional. Deste modo, como se afere, os lapsos estavam intimamente ligados à acusação que figuravam como representante do Estado, sendo maiores ou menores dependendo da dificuldade ou facilidade deste órgão no executar de suas tarefas.

Têm-se então como prazos prescricionais à época, um, três, seis e dez anos, engenhados do seguinte modo: se a justiça de paz fosse competente para conhecer delitos como crime e contravenções, os prazos eram de um e três anos, sendo aquele se o acusado estivesse presente no local do delito e este se ausente, mas em lugar conhecido no território nacional. Já se as infrações fossem afiançáveis os lapsos saltavam para seis e dez anos, tendo o mesmo raciocínio acima, ou seja, seis anos se presente e dez anos se ausente, mas em lugar sabido no império. Se inafiançáveis os delitos, a prescrição corria em dez anos se presente o criminoso no distrito da culpa.

Observa-se que nada se assevera acerca de encontrar, o delinqüente, em local incerto e não sabido ou no estrangeiro, em relação a delitos afiançáveis, ou sua ausência em qualquer situação, em crimes inafiançáveis. Neste ponto, Mara Regina Trippo. (TRIPPO, 2004, p. 40) acredita na imprescritibilidade dos delitos, até porque, a dificuldade para a acusação seria de grande monta.

Após os avanços liberais e, como resposta a estes, a reafirmação, por parte do império, do princípio da autoridade, reformas processuais foram feitas (Lei 261/1841, regulamento 120/1842), e no que tange a prescrição, foram alargadas suas hipóteses, bem como elevado seu prazo para vinte anos tanto nos delitos afiançáveis quando o agente encontrava-se em local desconhecido quer no Império quer no estrangeiro, quanto nos delitos inafiançáveis, desde que o réu estivesse em local diverso do distrito da culpa, mas em território nacional, permanecendo a imprescritibilidade nos demais casos. Houve ainda o aumento do rol dos delitos tidos como imprescritíveis, incluindo também crimes como conspiração, resistência, arrombamento de cadeia para fuga dos presos e etc.

Já em época republicana, com as novas instituições sociais e políticas implantadas, houve grandes mudanças com aspirações humanitárias que cominaram na criação do novo Código Penal (Código Penal de 1890). As principais alterações frente a esse movimento foram: a extinção da prisão de galés, redução em trinta anos das prisões perpétuas, possibilidade da detração penal, estabelecimento do termo inicial da prescrição, bem como fixação novos lapsos, situações capazes de interrompê-la e, finalmente, introdução da prescrição das penas.

No que tange ao instituto em análise, este novo código estabeleceu duas espécies: a ocorrida antes da condenação (chamada de prescrição da ação) e a depois dela (chamada de prescrição da condenação), sendo que ambas eram subordinadas ao mesmo lapso prescricional. Ademais, o critério para definição dos prazos passou a ser a proporção destes com a pena já aplicada na sentença e não com a pena em abstrato, passando a vigorar seis lapsos diferentes no tocante a ação penal e o prazo de um ano em relação às penas de multa. Salienta-se que esses novos patamares da prescrição penal foram importantes para diferenciá-la da civil.

Mesmo com um novo código, houve posteriores modificações (Lei 515/1898) que trouxeram, a certos crimes, uma quase-imprescritibilidade, posto que condicionavam o prazo final da prescrição ao momento incerto do retorno do réu ao Brasil, passível de ocorrer vinte, trinta, quarenta anos após a prática do delito ou até advir a morte do réu antes mesmo desse retorno.

Novas emendas foram feitas (Decreto 4.780/1923), que passaram a vincular o prazo prescricional ora ao máximo da pena em abstrato, ora a pena imposta na sentença. Ademias, novas causas interruptivas foram criadas, como a decisão de pronuncia, decisão confirmatória de pronuncia e a sentença penal condenatória recorrível, semelhante ao sistema atual. Surgiu ainda a chamada prescrição intercorrente (tem como base para o prazo prescricional a pena imposta e corre entre o última causa interruptiva até o transito em julgado da condenação)

Em face dessas inúmeras alterações e da dispersão legislativa em matéria criminal, na década de 30 organizou-se uma coletânea, chamada de Consolidação das Leis Penais (Decreto 22.213/1932), que capitulava todas as modificações existentes. Outro decreto, ademais, reduziu pela metade os prazos de prescrição da ação e condenação para os menores entre 18 e 21 anos na data do cometimento do delito.

Devido às várias leis e emendas em matéria penal, novos projetos de código foram apresentados, não logrando, entretanto, êxito em nenhum deles. Os pontos em comum entre eles foram que os projetistas traçavam paralelos entre a prescrição e a conduta do agente, bem como entendiam que imperava a desigualdade entre os prazos da prescrição da ação e da prescrição da pena.

Contudo, o anteprojeto de Alcântara Machado, depois de revisado, foi sancionado pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Nesse novo diploma, a prescrição é tratada como causa extintiva da punibilidade. Ressalta-se que até então o instituto em estudo era tratado como causa que extingue a ação penal e a condenação. Contudo, ainda existia confusão com relação à natureza jurídica deste instituto, pois continuavam as duas modalidades de outrora: da ação e da condenação. Ademias houve majoração dos prazos em relação à legislação anterior.

Outras modificações foram criadas, como o fato da prescrição da condenação ter como base a pena imposta na sentença; a pena de multa passar a correr com prescrição de dois anos quando fosse à única culminada e imposta; a admissão da prescrição retroativa, ainda que sua existência fosse discutida no Excelso Tribunal, sendo posteriormente (Lei 6.416/1977) consolidada. Verificou-se ainda, a existência de duas modalidades de penas: as principais (reclusão,

detenção e multa) e as acessórias (perda da função pública, interdição do direito e publicação da sentença). É de se notar que todas as principais eram prescritíveis, sendo que as acessórias, quando antes da sentença condenatória, seguiam a sorte das principais, e quando depois, eram imprescritíveis.

A prescrição foi também estendida a todos os crimes, dificultando sua aplicação no que tange a reincidência, posto que este fato elevava em 1/3 (um terço) o lapso da prescrição executória, não mais incidindo na pretensão punitiva. Ressalta-se, além disso, que os períodos prescricionais nas duas pretensões eram idênticos.

A Lei 7.209/1984 adotou o modelo prescricional que hoje vigora, qual seja, as modalidades da pretensão punitiva, quando se fizesse presente a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e a da pretensão executória, quando ocorresse a extirpação do *jus punitiois* após a formação da coisa julgada, ou seja, na execução da condenação.

Quanto a lei de segurança nacional, varias alterações foram feitas no que tange a prescrição nos seus crimes, prevalecendo a idéia de que se aplicam as disposições do código penal vigente.

Reformas penais foram feitas que acabaram por eliminar as penas acessórias, extirpando, assim, com a imprescritibilidade das penas. Todavia, modificação quanto a imprescritibilidade voltaram à tona com a Constituição Federal de 1988, que trouxe como imprescritíveis os crimes referentes à racismo e contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático.

1.5 Natureza jurídica

O estudo da natureza jurídica da prescrição gira em torno da pergunta: “a prescrição é tema de direito material (substantivo) ou de direito formal (adjetivo)?” (SCHMIDT, 1997, p. 22).

Antes de adentrarmos nos posicionamentos existentes sobre o tema, salienta-se que a importância que davam a essa discussão residia no

tratamento estendido ao instituto dependendo de sua localização no mundo do direito. Ou seja, se classificasse a prescrição como pertencente ao direito processual, esta seguiria a regra do *tempus regit actum*; já se decidida como direito material vale o princípio da retroatividade ou extra-atividade da lei mais favorável ao réu. Ressalta-se, ademais, que essa contenda mostra-se antiga, posto que Von Liszt (LISZT, *apud* MACHADO, 2000, p. 118), um dos maiores juristas da Alemanha, já acenava para a busca de soluções.

Entretanto, como bem observado por Fábio Guedes de Paula Machado, essa controvérsia perde sentido dentro do modelo garantista vigente, posto que independente da classificação dada, a prescrição irá retroagir se for mais benéfica para o réu. Em seus dizeres (MACHADO, 2000, p. 135):

De qualquer forma, e em absoluto respeito aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes, essa discussão perdeu importância a partir do modelo moderno e garantístico de que, seja a lei de natureza material, seja a lei de natureza processual, deve a mesma sempre retroagir se for mais benéfica o agente. (...) afastando a incidência do princípio do *tempus regit actum*. Assim a discussão ganha apenas foro de importância secundária.

Há atualmente três posicionamentos, sendo eles: prescrição como instituto material, como instituto processual ou como instituto de direito material e processual.

A primeira corrente de entendimentos preconiza que a prescrição tem natureza material, sendo seus precursores, segundo Fábio Guedes de Paula Machado (MACHADO, 2000, p. 135/136), Baumgarten, Köhler, Finger, Mir Puig, Loening e Manzini. A nível nacional essa é a corrente majoritariamente aceita.

O fundamento que sustenta essa corrente é que a prescrição nada mais é do que “uma renúncia do Estado à potestade de punir” (MACHADO, 2000, p. 136), o que indiscutivelmente, devido ao direito de punir, situa-se nos limites do direito material. Quanto aos efeitos processuais que causam, explica esses entendedores, que são meras conseqüências da extinção do poder punitivo, sendo essa situação incapaz de influir na determinação da natureza jurídica processual do instituto em análise.

Afirmam ainda que quando o delito praticado pelo réu é atingido pela prescrição, além de desaparecer a pena – o que por si só já confere o caráter material – é, para o agente, um direito subjetivo público a obrigatoriedade de se reconhecer a extinção de sua punibilidade. Atestam estar, esse direito subjetivo, no âmbito material porque seria uma incongruência aceitar que o direito processual tem o condão de impedir, com definitividade, a análise daquela conduta.

Outro argumento utilizado é por estes pensadores é que, uma vez cediço que o reconhecimento da prescrição com suas conseqüências é direito subjetivo do agente, bem como que a relação que origina direitos subjetivos é material, se tem, da correlação dos dois pontos acima traçados, que a prescrição tem caráter material, pois apenas o direito material é capaz de produzir relação material. Ademais, essa relação pode surgir antes mesmo de ser angularizada a relação jurídica réu, juiz e acusação pelo poder público, concluindo, mais uma vez, pela natureza material do instituto.

Por fim, há de se ressaltar que o direito de ação não se confunde com o direito material discutido em juízo, sendo autônomos entre si. Diante disso, a prescrição, como direito material que o é, atinge diretamente e imediatamente o direito de punir e apenas de modo secundário, por via de conseqüência, a ação penal.

O segundo posicionamento é aquele que atribui à prescrição caráter processual, sendo seus adeptos Lourié, Schönke, Rosenberg, Bettiol, Cuello Calón, Heleno Cláudio Fragoso, dentre outros (MACHADO, 2000, p. 136).

Trazem, os autores acima, como argumento que sustenta seu entendimento, a afirmação de que a prescrição gera a extinção do processo e por ser um obstáculo para este, por questões lógicas e justas, possui natureza processual.

Extraído da argumentação acima, alegam ainda que, com a prescrição, o que se extingue é, tão somente, o processo, não havendo que se falar da perda do caráter delitivo da conduta como o quer a corrente acima colacionada.

Ademais, asseveram que uma vez transcorrido o prazo prescricional, se extingue ou se debilitam as provas do fato, sendo essa

dificuldade probatória uma causa processual intrínseca à prescrição que conduz ao caráter processual da mesma.

Finalizando, Claus Roxin (ROXIN, *apud* MACHADO, 2000, p. 140), sustenta a natureza processual da prescrição, mas utiliza como fato ensejador a circunstância de que para ser de Direito Material o instituto analisado precisaria estar vinculado ao acontecer do fato criminoso. Assim, os pressupostos de procedimentabilidade, do qual a prescrição faz parte, não condiz com uma natureza material, pois são circunstâncias alheias a esse fato criminoso, estando assim ligadas ao processo.

Dando um fecho aos fundamentos apresentados declara Fábio Guedes de Paula Machado (MACHADO, 2000, p. 140):

Portanto, a maioria dos autores pesquisados, à exceção de Claus Roxin, que entende, em suma, que a prescrição é instituto alheio ao fato ilícito perpetrado, portanto de Direito processual, firmam o convencimento no fato de que a prescrição não se opera como uma causa de exclusão da pena, mas sim como um impedimento processual, que obsta a formação deste, e, se já formado, deve resolver-se pela extinção da ação penal, ou proibindo-se a execução no caso de prescrição da pena ou da execução.

Os que entendem que a prescrição é instituto de Direito material-processual, ainda subdivide-se em grupos.

O primeiro, adota a idéia de que a prescrição possui caráter igualmente material e processual, em face do fato de que este instituto, uma vez operado, põe fim ao direito de punir do Estado tendo reflexos processuais no que tange a criação de um impedimento a persecução.

O segundo grupo entende que a prescrição da pretensão punitiva é de caráter material e a prescrição da pretensão executória, processual, posto que, segundo Figueiredo Dias, a primeira é consequência jurídica do crime quanto a segunda se torna um obstáculo à execução penal.

Mezger (MEZGER, *apud* MACHADO, 2000, p. 142) se posicionam no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva possui caráter híbrido enquanto a da pretensão executória tem caráter processual.

Já Jescheck (JESCHECK, *apud* MACHADO, 2000, p. 143), acredita que a pretensão punitiva possui de caráter misto enquanto a pretensão executória, caráter material. A natureza material desta última se dá porque a execução perde sua razão de ser ante o decurso do tempo.

Assim, várias são as visões acerca da natureza jurídica da prescrição, não havendo ainda uma posição pacificamente tida como certa, muito embora exista uma preponderante.

1.6 Fundamentos de sua existência

Apesar de amplamente aceita e aplicada a nível mundial, a prescrição possui inimigos ferrenhos da época iluministas, a declarar: Beccaria, Bentham, Furbach e Henkel (BENTHAM, FUERBACH, HENKEL *apud* PORTO, 1977, P. 17). Acreditavam que este instituto feria mortalmente a segurança social, bem como incentivava a criminalidade devido à impunidade que causaria. Entendiam ainda que a prescrição seria um insulto à justiça e a moral.

Com o fim de corrigir o equívoco dos ilustres pensadores, surgem várias teorias que fundamentam a existência e a indispensabilidade da prescrição, sendo essas teorias o que se passa a averiguar.

Antes de analisarmos os embasamentos, sabe-se que estes se subdividem em dois grandes blocos: teorias clássicas e teorias positivistas. A lógica dessa subdivisão reside no fato de que as razões trazidas pelo primeiro grupo giram em torno de visões naturalísticas ligadas a pessoa do criminoso, enquanto no segundo, baseia-se na objetividade. Passa-se assim à aferição.

As teorias que fundamentam o primeiro bloco são: teoria do esquecimento; teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso; teoria da emenda; teoria da piedade; teoria psicológica. Senão vejamos.

a) *Teoria do esquecimento*: prega que o decurso do tempo apaga da memória coletiva o crime praticado, fazendo com que não haja mais interesse a ser protegido. Esse interesse se pauta na idéia da conotação

intimidativa e exemplificativa que a reprimenda deva causar na sociedade, que, como é cediço, é uma das funções da pena. Uma vez esquecido pela coletividade o delito e suas circunstâncias, não há mais que se falar na função dita outrora, e, conseqüentemente, no interesse de punir o agente, uma vez que a sociedade já teria retornado ao seu estado de paz, sendo a reprimenda tardia um retorno a intranqüilidade que reinava. Neste sentido, Mara Regina Trippo (TRIPPO, 2004, p. 46/47):

A reprimenda perde o poder de exemplaridade, o que lhe retira a conotação intimidativa aos maus e tranqüilizadora aos bons. Diante desse quadro, na linguagem de Bettiol, desaparece o “interesse que faz valer a pretensão punitiva”.

Ademais, Enrico Perssina, citado por Fabio Guedes de Paula Machado (MACHADO, 2000, p. 90), maestramente ensina que:

É evidente que a sociedade deva rechaçar a negociações de ordem jurídica contidas no delito, e deve fazê-lo mediante o castigo. Porém deve fazer isto em tanto e quanto tenha consciência do mal realizado. O tempo, afirma o autor italiano, não destrói, tampouco cria o Direito. Porém tem uma eficácia: a de trocar as impressões precedentes por novas impressões no espírito humano, de tal modo que a inércia da autoridade penal, não expressada durante certo lapso de tempo, a debilita e chega até a extinguir a consciência do delito.

Por esse embasamento justifica-se a proporcionalidade dos prazos prescricionais com a gravidade do crime, posto que quanto maior a gravidade do delito, mais prolongado o sentimento de revolta que este trará a sociedade. Racionaliza também, por esta teoria, a exasperação dos prazos prescricionais em relação a pretensão executória, pois a culpa já declarada do agente vem a ser impactante à consciência coletiva.

Mormente esses embasamentos teóricos ao sistema prescricional atual, essa teoria sofre críticas, principalmente no que diz respeito a função reformadora da pena. Acreditam esses censuristas que mesmo no esquecimento, o delito é um fato histórico, e o simples fato de assim o ser já autorizaria a aplicação da pena, uma vez que esta ainda possui a função reparadora no agente causador.

b) *Teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso:* baseia-se no fato de que a dor moral que a processo produz na pessoa do réu, é suficiente, dispensando assim a aplicação da pena. Nos dizeres de Mara Regina Trippo (TRIPPO, 2004, p. 49):

Para esta teoria, antes do ajuste de contas pelo Poder estatal, o delinqüente, presumivelmente, foi assolado pelo remorso, enfrentou vicissitudes para garantir a impunidade, sentiu opressão pelo contínuo risco da descoberta da infração. As presumidas atribuições que recaíram sobre o infrator teriam-no afetado tanto quanto o mal da pena

Assim, devido o sofrimento enfrentado pelo agente, a aplicação da pena estaria proibida pelo princípio da *non bis in idem*, surgindo a idéia da compensação da pena pela dor.

Devido a compaixão exarcebada desse pensamento, diversas foram as críticas a ele dirigidas. Em primeiro lugar, essa concepção filosófica descarta as infrações de pequeno porte, posto que não há de se falar em aflição do culpado nestes tipos de infrações. Ademais, não são todas as pessoas que se arrependem da feitura da ação ilícita, acabando por recair em arbitrariedade a averiguação desse sentimento. Em terceiro plano, não se pode considerar como idênticas a dor psíquica do agente antes de punido, com a da verdadeira aflição causada pela punição. Antes, se chegarem ao mesmo patamar de sofrimento, o instituto que preconiza e autoriza a dispensabilidade da pena é a graça e não a prescrição. Outrossim, como bem asseverado, essa expiação da culpa em nada se próxima da prescrição, sendo um fundamento um tanto precário.

c) *Teoria da emenda:* argumenta essa teoria no fato de que o delinqüente deveria ser tido como reabilitado se não cometesse outra infração penal antes de sua condenação ou da execução da pena a ele aplicada. Durante este prazo o Estado teria, involuntariamente, alcançado o objetivo final da reprimenda de modo que esta seria medida inútil. Esse argumento, de forma sociológica, encontra ressonância com o atual estado de falência das penitenciárias.

Todavia a crítica que se faz a esse posicionamento é de que, assim como na primeira teoria, essa se atem a apenas uma função da pena

esquecendo-se das demais que possuem igual importância. Além do que, o prazo apresentado acima para a reabilitação seria insuficiente para averiguar a cessação da periculosidade do agente.

d) *Teoria da piedade*: seus argumentos muito se assemelham aos da teoria da expiação moral, tendo uma mínima diferença no que diz respeito ao fato desta última se deter à pessoa do condenado, quanto que a primeira possui como cerne o sentimento de piedade da sociedade frente as aflições do agente. Como diz Fabio Guedes de Paula Machado (MACHADO, 2000, p. 93): “Enfim, respira aqui um sentimento de piedade humana.”.

Como possui íntima semelhança com a teoria acima explicitada, as críticas que se faz são as mesmas daquelas, quais sejam, abstração filosófica da teoria, bem como o eminente subjetivismo que lhe impera.

e) *Teoria psicológica*: se aproxima da teoria da emenda, sendo um desdobramento daquela. Preconiza que com o decurso do tempo haverá alteração psíquica no agente a ponto de eliminar o nexo entre o fato e o criminoso, sendo o agente um ser diverso daquele tido como culpado. Assim, a pena perde sua eficácia.

Esta teoria foi adotada pelo código brasileiro no que diz respeito a redução da prescrição para os menores de 21 anos, sob o argumento de que a personalidade do delinqüente ainda está sob formação.

As críticas que aqui se impera diz respeito ao fato de que, se assim se entender, deveria amortizar os prazos prescricionais na fase de execução da pena, posto que também neste momento haverá a possibilidade de alteração psicológica do indivíduo. Noutras palavras (MAHADO, 2000, p. 94):

Adotando-se esta posição, impõe-se afirmar que ocorreria o sentimento de impunidade por parte da sociedade, além do que persistiria a idéia do “não cumprimento da pena” pela mesma concepção, qual seja a de que a execução da pena recairia sobre a pessoa de outro indivíduo que não aquele que infringiu a norma penal no desvirtuamento dos fins preconizados para este instituto.

Já tratando as teorias positivas, estas são em 06 (seis), quais sejam: teoria do transcurso do tempo; teoria da perda do interesse estatal na repressão;

teoria da estabilização das situações jurídicas; teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas; teoria da presunção da negligência; teoria da exclusão do ilícito.

a) *teoria do transcurso do tempo*: sua fundamentação se baseia tão somente no transcurso do tempo, ou seja, o passar do tempo cancela, por si só, o direito de punir.

A crítica que se faz a esse posicionamento é trazida por Manzini (MANZINI, *apud* TRIPPO, 2004, p. 50) o qual com acerto assevera que o prolongar do tempo integra a própria estrutura da prescrição, não podendo, assim, embasar sua existência. Na verdade, as conseqüências que esse tempo produz no mundo do direito que vem a ser o que fundamenta sua existência.

Manzini, com acerto, entende que esta teoria é tautológica. O decurso do tempo integra o conceito da prescrição; compõe seu *ser*; pelo que não pode configurar sua *razão de ser*. A passagem do tempo propicia mudanças, e estas é que são o fundamento de institutos jurídicos.

b) *Teoria da perda do interesse estatal*: como o próprio nome já determina, com o decorrer do tempo há a perda do interesse estatal em punir o agente criminoso. Na verdade, essa teoria integra a teoria do esquecimento, frisando apenas em um dos seus pontos.

c) *Teoria da estabilização das situações jurídicas*: assevera que quando do decorrer de um tempo considerável, deve-se ter como válidos e consolidados as relações jurídicas existentes, sanando, assim, as situações anormais. Com base nisso, sustenta também que até configurar esse tempo razoável as situações jurídicas, no caso a punição do agente, encontrarão indefinidas o que geraria insegurança social, sendo assim, a prescrição um meio de cessar com tal mal. É o que se depreende da seguinte leitura (MACHADO, 2000, p. 96):

Em prosseguimento, esta afirmativa decorre de uma necessidade social, no sentido de que não se tenha indefinida a aplicação dos preceitos penais e não subsista um estado permanente de incerteza em respeito àquele que cometeu um fato punível, enquanto haja responsabilidade penal de sua parte.

d) *Teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas*: é uma teoria eminentemente processual, posto que se funda no caráter transitório dos meios probantes. Afirma que com a passagem do tempo a comprovação do crime e das suas circunstâncias se perdem ou enfraquecem, verificando sensível prejuízo tanto para a acuação quanto para a defesa, o que acarretaria enorme probabilidade de erro. É o dizer a seguir (TRIPPO, 2004, p. 53):

A dispersão das provas acarretaria a subversão da certeza dos fatos e conduziria a erros judiciários, o que justificaria que o Estado renunciasse previamente à punição por meio da prescrição.

Contudo, surgem objeções. A primeira seria no sentido de que esta teoria não explica a prescrição executória, uma vez que na execução das penas não haveria necessidade de produção de provas, havendo, ao contrário, certeza jurídica. Ademais, também não explica a existência de prescrições de curto prazo, pois não ocorreria tempo suficiente para a dispersão das provas da infração. Aliado a essa última crítica se encontra a insuficiência, dessa teoria, por explicar a existência de diversos prazos prescricionais, visto que esse fato não guarda relação com o tempo de duração das provas.

Outra oposição apresentada diz respeito ao fato de que a sentença condenatória se funda, tão somente, em *presunção de verdade*, sendo que para a existência desta presunção, as provas, ainda que precárias, bastam.

Não obstante a insuficiência dessa teoria, a mesma se apresenta como relevante para a prescrição, pois se preocupa com a justiça no caso concreto, sendo, apesar de não isoladamente, um dos fundamentos de sua existência.

e) *Teoria da presunção da negligência*: esta advém, por meio da analogia, de um tipo cível de prescrição, qual seja, a aquisitiva ou usucapião. A semelhança que se impõe é no fato de que em ambos os casos haveria negligência por parte do Estado em fazer cumprir a norma, sendo este ato capaz de fazer desaparecer o direito à punição.

Essa foi umas das primeiras teorias a ser manuseadas para a justificação da prescrição. Norteou o nascer da prescrição, sendo utilizada inclusive pelo Direito Romano e no código brasileiro de processo de 1832.

Todavia, não obstante a sua vasta utilização, não esta imune de objeções. Há de se considerar que o exercício da punição, como já salientado outrora, vem a ser um dever por parte do Estado. Assim, não pode declarar como adequada a noção do estabelecimento de um estado de coisas contrário ao direito. Melhor dizendo, uma vez definido como dever a punição pelo Estado, a não punição, o que pelo direito é inadmissível, não poderia ser validado. Esse é o entender do professor Pisa (PISA, *apud* TRIPPO, 2004, p. 52), a saber: “a posse de um estado contrário à lei não pode ter eficácia jurídica”.

Outra critica que se estabelece diz respeito ao fato de que a prescrição aquisitiva manuseia, tão somente, direitos disponíveis, qual seja, a propriedade, podendo assim penalizar o titular desses direitos. Já na prescrição penal, o que está em jogo são direitos indisponíveis, tais como a liberdade e a segurança social, o que, por si só, impossibilita qualquer escusa. Assim, devido a essa discrepância de *ratios*, não se pode estabelecer a analogia pretendida.

Por último, e o tanto quanto social, é a crítica que se ressalta por Eduardo Reali Ferrari (FERRARI, *apud* MACHADO, 2000, p. 98), o qual, em seus dizeres:

Não se pode atribuir culpa ao Estado quando é sabido que inúmeros crimes sequer chegam ao conhecimento dos órgãos estatais, especificamente da polícia, não se podendo, por isso, atribuir culpa aos agentes, se nem ao menos tiveram conhecimento do fato.

f) *Teoria da exclusão do ilícito*: acredita que a prolongação do tempo faria com que fosse eliminada a ilicitude material da infração - antijuridicidade do fato.

Todavia, como bem posto por Eduardo Reali Ferrari (FERRARI *apud* MACHADO, 2000, p. 99):

O motivo da não aplicabilidade dessa teoria à prescrição da ação decorre do fato de que um dos seus elementos centrais, o tempo, não se relaciona ao ilícito típico, constituindo-se sua acepção, num meio oblíquo e desvirtuado de o julgador 'fazer as vezes' de legislador.

Ou seja, das informações acima se depreende que “o delito não é atingido pela prescrição (...), que realmente fica ileso” (TRIPPO, 2004, p. 51).

Não há de se falar em uma teoria adotada pelo Código Penal brasileiro ou pelos doutrinadores pátrios, posto que cada um se filia aquela que entende mais coerente, variando de autor para autor.

Certo é que a insuficiência das teorias, se vistas isoladamente, assevera que o instituto da prescrição mostra-se, mais e mais, como uma causa política da extinção da punibilidade. Corroborando esse entendimento Mara Regina Trippo, (TRIPPO, 2004, p. 55) que salienta:

Sendo assim, podemos afirmar – com Rodrigo Porto – que não há fundamento jurídico único para a prescrição. O abrandamento do alarme social; a perda da exemplaridade; a preocupação em diferenciar o reincidente e o réu primário ou emendado; a atenção à imaturidade do jovem delinqüente ou à senilidade; as dificuldades probatórias no processo e seu negativo influxo sobre o acerto dos julgados; enfim as mais vaiadas presunções, destacadas para explicar o instituto, não podem ser desprezadas.

São aceitáveis tantos fundamentos quantos forem compatíveis com a realidade concreta, com os valores e as metas de uma dada comunidade. Com os caracteres fático e axiológico das sociedades estatais variam, são também múltiplas as formas pelas quais os códigos penais regulam a prescrição, cada um correlacionando suas regras a um ou a certo grupo de fundamentos.

Assim, analisando os fundamentos em favor da prescrição, verificamos, de plano, a inconstância. Porém, não nos podemos impressionar. A variabilidade serve para evidenciar que o instituto é causa *política* de extinção da punibilidade: está sujeito critérios de conveniência e oportunidade, que não comportam restrições absolutas, universais e perenes.

1.7 Prescrição no direito comparado

Brevemente faz-se a análise do instituto em pauta nos países como a Argentina, França, Itália, Alemanha, e Espanha, conforme brilhante estudo desenvolvido por Fábio Guedes de Paula Machado (MACHADO, 2000, p. 110/117).

Na Argentina, um dos seus mais renomados doutrinadores, Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, *apud* MACHADO, 2000, p. 110), admite como fundamento da prescrição o desinteresse do Estado na persecução do delito, tornando inútil a pena.

Quanto aos prazos, no artigo 62 de seu Código Penal admite o máximo é de 20 (vinte) anos para delitos cuja pena foi de reclusão perpétua e prisão perpétua, e o mínimo é de 02 (dois) anos quando se tratar de pena de multa.

Interessante notar que em não havendo regras no Código Penal acerca da prescrição, poder-se-a socorrer do Código Civil.

Em território francês, os prazos orientam-se pela seguinte regra: 20 (vinte) anos, 05 (cinco) anos e 02 (dois) anos (artigos 133-2 a 133-4 do Código Penal c.c. artigos 763 a 767 o Código de Processo Penal). Acrescenta ainda que, excepcionando os crimes contra a humanidade descritos no artigo 231-5 de seu codex, os demais estão sujeitos aos prazos prescricionais acima mencionados.

Já na Itália, o instituto da prescrição em muito se assemelha com o brasileiro, abordando sobre a temática nos artigos 157 à 161 de seu Código Penal. São imprescritíveis os crimes apenados com prisão perpétua ou com a morte, devido a sua excepcional gravidade.

Ademais, é de se considerar que a prescrição aqui é tratada como direito subjetivo perfeito do réu, uma vez que, pelo princípio da celeridade processual, não se admitiria inércia por parte do Estado. Assim, tal doutrina admite que os efeitos desse instituto alcancem o crime e sua pena.

Os prazos nesse código são os seguintes: máximo de 20 (vinte) anos para aqueles delitos cuja pena de reclusão é superior a 24 (vinte e quatro) anos; em 10 (dez) anos para os crimes de reclusão não inferior a 5 (cinco) anos; em 5 (cinco) anos para os crimes de reclusão com pena inferior a 5 (cinco) anos ou em casos de pena de multa; em 3 (três) anos se há uma contravenção apenada com privação da liberdade; em 2 (dois) anos em casos de contravenção a qual a lei estabelece pena de multa.

A Alemanha, segundo Von Liszt (LISZT, *apud* MACHADO, 2000, p. 114), apenas tomou parte desse instituto no curso dos séculos XVI e XVII, sendo antes admitida por países circunscritos tais como Bavária, Prússia, Áustria. É cediço também que este país é adepto da teoria mista para a definição da natureza da prescrição. Prevê, ainda, duas espécies de prescrição, sendo elas: da pena e da execução.

Na Espanha o tema é tratado no artigo 130 do seu Código Penal, sendo o n. 5 relacionado à prescrição do delito e o n. 6 à prescrição da pena. O artigo 131 traz a tabela dos prazos prescricionais, os sendo de no máximo 20 (vinte) anos nos casos de crimes cuja pena não seja inferior a 15 (quinze) anos, e de no mínimo 1 (um) ano para delitos como injúria e calúnia.

Ademais, traz prazos diferenciados para a prescrição da pretensão executória, sendo eles de 25 (vinte e cinco) anos, para condenação de 15 (quinze) anos ou mais e traz como mínimo o prazos de 1 (um) ano para as condenações leves.

1.8 Características

São 04 (quatro) as principais características da prescrição, consoante Everton Tadeu de Jesus V. Gomes (GOMES, 2001, p. 25/26), sendo elas: universalidade, atempetividade, retorno à primariedade e retroatividade.

A primeira característica diz respeito ao fato de que a prescrição se operar de pleno direito, podendo tanto ser reconhecida de ofício, quanto pela

provocação das partes. Ademias resolve ainda esse atributo que por ser matéria de ordem pública e ser indisponível, pode ocorrer ainda que contra a vontade das partes.

A segunda característica refere-se à atemppestividade, ou seja, o reconhecimento desse instituto pode se dar a qualquer tempo e grau de instancia, podendo inclusive ser considerada no momento da execução da sentença condenatória.

A terceira característica vincula-se, exclusivamente, a prescrição da pretensão punitiva e estabelece que a decisão que a reconhece, não possui força capaz de introduzir ao réu os efeitos da reincidência, conforme se depreende da interpretação do artigo 63 do Código Penal. Lógica não há em estender tal adjetivo a prescrição da pretensão executória posto que nessa os efeitos secundários da sentença já se operaram.

Quarta e última característica relaciona-se novamente e tão somente a prescrição da pretensão punitiva, precisamente a prescrição retroativa que faz com que a prescrição, que tem como base a pena constante na sentença condenatória, retroaja, observando os termos interruptivos.

1.9 Efeitos

Os efeitos da prescrição variam conforme sua modalidade, ou seja, se pretensão punitiva, ou se executória.

Na primeira modalidade do instituto, o seu principal efeito é a extinção da punibilidade. Tendo isto como cerne, conclui-se que nenhum tipo de sanção pode ao réu ser aplicada, quer seja a pena principal ou a secundária. Assim, por exemplo, não se pode considerar o agente reincidente em decorrência do delito tido como prescrito. Igualmente, não se aplica os efeitos extrapenais dispostos nos artigos 91 e 92 do Código Penal ao agente infrator.

Importante observar que a ocorrência dessa espécie de prescrição não obsta o direito de indenização do ofendido (artigo 67 II do Código de

Processo Penal). O que se impede é a execução civil da condenação, posto que a sentença condenatória não existe ou não possui validade (prescrição retroativa ou intercorrente). Diante disso, é válida a propositura da ação de conhecimento para verificação da presença dos elementos ensejadores de tal direito.

Questão relevante se afere na possibilidade de considerar como maus antecedentes a ação penal que uma vez iniciada, foi extinta pela prescrição. Há doutrinadores que apontam pela sua plausibilidade posto que a única vedação existente diz respeito à reincidência, nada declarando sobre antecedentes criminais. Outros sustentam que esta consideração feriria o princípio da inocência previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em sua primeira turma, posicionando a cerca desta questão, vinculou-se a última corrente como se denota do julgamento do *habeas corpus* n. 68.641/DF. Ademais se salienta que a condenação ou ciência de processos arquivados só constarão nos antecedentes se requisitada pelo juízo criminal.

Embora existam posicionamentos diversos, a prescrição da pretensão punitiva vem a impedir a análise do mérito da acusação, ainda quando o réu pleiteia a continuidade da ação a fim de alcançar a sentença absolutória. Outrossim, a ocorrência da prescrição impede o início ou o prosseguimento da persecução criminal em juízo, trancando também eventual inquérito, bem como isentando o réu do pagamento de custas processuais.

Outra consequência avançada é a devolução integral da fiança prestada pelo acusado (artigos 337 c.c. 336 do Código Penal). Em que pese entendimentos contrários, a interpretação dos artigos acima, apesar de aparentar referir-se tão somente a prescrição punitiva quando ocorrida antes da sentença condenatória, aplica-se também aos casos em que a prescrição da pretensão punitiva se dá após essa sentença (prescrição retroativa e intercorrente), pois a decisão não possui qualquer efeito jurídico. Deste modo, os dispositivos apenas vedam a restituição frente a prescrição da pretensão executória, cuja ocorrência não afeta o título judicial formado validamente.

A prescrição em exame impede também o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados. Nem nas hipóteses de prescrição punitiva advinda após a decisão condenatória admite-se este lançamento, devido à consagração

do princípio da inocência. Assim, a única prescrição que não obsta essa inclusão é a da pretensão executória.

Afere-se, ainda, que esta espécie de prescrição autoriza o levantamento do seqüestro, da hipoteca legal e do arresto sobre os bens do acusado (artigos 131, III e 141 do Código de Processo Penal).

Quanto à prescrição da pretensão executória, por ocorrer sempre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, exclui apenas o efeito penal principal, qual seja, o cumprimento da pena aplicada, em nada eliminando os efeitos secundários da pena, bem como os extrapenais. Destarte, poder-se-á executar civilmente a sentença penal condenatória, assim como a considerar reincidente o réu, ter o nome deste incluso no rol dos culpados e arcar com as custas processuais.

1.10 Prescrição e decadência

Consigna-se que ambos os institutos estão colacionados no artigo 107 do Código Penal, sendo assim causas extintivas da punibilidade. Ademais, o aniquilamento do direito de punir nestes casos se dá em decorrência da inércia, durante certo período de tempo, dos legitimados a agir, sendo o reconhecimento, em ambos os institutos, de ofício. Ainda se tem que estes não impedem a propositura da ação civil indenizatória.

No entanto, não obstante as semelhanças, a prescrição e a decadência se distinguem entre si.

A principal diferença existente, que direciona as demais, é o fato de que a prescrição finda diretamente com o direito de punir e indiretamente como direito de ação; enquanto que na decadência ocorre o inverso, ou seja, aniquila primeiramente o direito de ação e apenas consequentemente o direito de punir. Melhor explicando: a prescrição, como já vista outrora, extermina o direito material de punir, ou seja, uma vez ocorrida não mais haverá como o Estado iniciar ou continuar com a persecução criminal, pois carece de direito material para tanto. Já

na decadência apesar do fim ser o mesmo, qual seja, a não permissão da punição o infrator, há inversão na perda dos direitos. Aqui o que se encontra precário é o direito de ação. Assim, extinto este direito não há como materializar a punição do Estado, pois este carece de instrumento para tanto.

Como conseqüência da diferença apontada acima, a decadência só poderá ocorrer antes da ação penal, posto que perece justamente esse direito. Já a prescrição, por extinguir o direito de punir e não o de ação, pode ser constatada antes, durante ou depois da persecução criminal.

A decadência se vincula tão somente as ações penais privadas exclusivas, as condicionadas a representação e as subsidiárias da pública. Assim o é, devido ao fato de que neste instituto a inércia é por parte do ofendido – legitimado apenas nas ações colacionadas acima -, que desiste de seu direito de queixa ou de representação. A prescrição, entretanto, se estende a qualquer tipo de ação uma vez que o seu titular é o Estado, possuidor ampla legitimação.

Os prazos e cálculos destes institutos também são diversos. Na decadência, a queixa ou representação ocorre no prazo máximo de 03 (três) meses nos crime de imprensa e de 06 (seis) meses para os demais delitos. O início da contagem se assevera, em ambos os casos, do dia em que soube da autoria delitiva - quando diante das ações privadas exclusivas e públicas condicionadas a representação - e da data em que se findou o prazo do órgão público da acusação - quando das ações privadas subsidiárias da pública. Esse lapso é fatal, ou seja, não se interrompe ou suspende. Ademais, essa contagem é contínua, incluindo o dia do começo e excluindo-se o final.

Já na prescrição, os prazos são os arrolados no artigo 109 do Código Penal e se inicia quando da consumação da infração criminosa. Outrossim, na sua contagem, se admite causas interruptivas e suspensivas, bem como se verifica a inclusão do dia inicial e exclusão do final.

Destarte, afere-se que a fruição dos prazos desses institutos pode se dá em momentos distintos, fazendo com que seja plausível a existência de um crime prescrito, mas não decaído e vice-versa. Detalhando: pode ocorrer do ofendido, quando da consumação de um delito, – hipótese de inicio da contagem do prazo prescricional – não tome conhecimento de quem seja seu autor – momento inicial da contagem do prazo decadencial – fazendo com que comece a

fruir o prazo prescricional sem que haja igual correspondência com a o prazo decadencial. Assim, há a possibilidade de que decorra o primeiro lapso sem que nem ao menos comece o segundo, ou, se iniciado, não se finde. Deste modo ocorrerá a prescrição antes da decadência. A situação contrária também é válida, uma vez que a decadência, por ter um prazo menor que a prescrição, pode se operar em um primeiro momento, ocorrendo assim, a decadência sem que se verifique a prescrição.

Pelo todo exposto, conclui-se, por fim, pela autonomia desses institutos.

2. IMPRESCRITIBILIDADE

2.1 Conceito e breve histórico

Imprescritibilidade ocorre quando a pretensão do Estado, quer punitiva quer executória, não está sujeita a prescrição, ou seja, o Estado, detentor do direito de punir, sempre poderá lançar mão desse direito sem que o decurso do tempo obste tal exercício. Assim, a punição é inexaurível, podendo ocorrer a qualquer tempo.

O esboço histórico a cerca da imprescritibilidade já fora outrora traçado quando se delineou os acontecimentos que marcaram a evolução da prescrição. Não obstante ao pretérito *writ*, ressalta-se que, no direito pátrio, a primeira notícia legal consoante a existência da imprescritibilidade ocorreu no Código Criminal do Império (1830), em seu artigo 65, o qual determinava que “as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”. Posteriormente, os parágrafos 5º e 8º do artigo 85 da Consolidação das Leis Penais (Decreto n. 22.213/32) afirmavam-na, respectivamente, nos seguintes moldes: “o crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réu domiciliado em país estrangeiro” e “a ação penal e a condenação pelos crimes definidos nos artigos 107 e 118 não prescreveram em tempo algum em favor do réu domiciliado em país estrangeiro”.

Ademais, as penas acessórias tratadas no artigo 118 do Código Penal de 1940, previam este instituto quando salientava que “é imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação”. Esta previsão foi parcialmente mantida pelo Código Penal que o sucedeu.

A Lei 7.209/84, findou com a imprescritibilidade ao excluir a pena acessória, que até então era a única hipótese no direito brasileiro, de seu rol. Essa situação, de plena prescritibilidade, se deteve até o advento da Constituição Federal de 1988, que restabeleceu este instituto no artigo 5º, XLII e XLIV que declara, respectivamente, “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei” e “constitui crime

inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito”.

2.2 Fundamentos da imprescritibilidade

Mara Regina Trippo (TRIPPO, 2004, p. 57/66) traz de modo sistemático os fundamentos da imprescritibilidade, dividindo-os em duas categorias, quais sejam, as de esfera material e as processuais. Assevera, ademais, que estas sofrem nova divisão a qual ressalta o aspecto absoluto ou relativo das subdivisões. Sendo assim, a autora classifica os fundamentos nos seguintes moldes: as de ordem materiais, que por sua vez podem ser absolutos e relativos; e as de ordem processuais, que também substanciam em absolutos e relativos.

O primeiro grande grupo (material e processual), como se afigure pela nomenclatura, diz respeito, respectivamente, a “manutenção contínua da necessidade de punição” (TRIPPO, 2004, p. 57) e a “conveniência de que a ação penal ou a execução da condenação não se sujeitem a limites temporais” (TRIPPO, 2004, p. 57). Já a segunda classificação (absoluta e relativa) realça, no aspecto material, respectivamente, a “rechaço, sem exceções, a prescrição” (TRIPPO, 2004, p. 57) e a “aceitação da prescrição sob dado ângulo e a repulsa em outros” (TRIPPO, 2004, p. 57). No aspecto processual, dizem respeito, também respectivamente, aos casos de inexistência da prescrição, como na classificação anterior, e a casos de quase-imprescritibilidade.

A r. Doutrinadora traz como fundamento processual verdadeiras hipóteses de imprescritibilidade outrora existentes. Admite que, os casos impeditivos da atuação acusatória, tal qual o fato de que não corre prescrição contra réu localizado no estrangeiro, bem como os prejudiciais à execução da pena, como é o caso da pena acessória que por ter um prazo prescricional por demais extenso gera a quase-imprescritibilidade, se traduzem como fundamentos processuais no sentido de que estas questões procedimentais negam a prescrição. Todavia estes se aproximam mais de hipóteses de imprescritibilidade

a fundamentos desta. Fundamento vem a ser o que embasa o instituto, razão que explica sua existência. As fundamentações designadas pela autora sob a óptica processual, não trazem esse condão de esclarecimento, pelo contrário, apenas mostra hipóteses de cabimento. Daí porque o presente trabalho tratar apenas como justificativas as de ordem material, devido à elucidação que estes apresentam sobre o nascer do instituto.

Pelo aspecto material, podem-se auferir, pelo estudo da pesquisadora acima, 04 (quatro) fundamentos, sendo eles: dogma da punição dos delitos, autoridade estatal, perpétua memória do fato e permanência da periculosidade social. Passa-se ao estudo.

O primeiro apresentado, de natureza absoluta pela classificação alhures, concentra o pensamento de que para cada delito deve haver uma pena aplicada e cumprida. A existência da reprimenda com essas adjetivações perfaz a verdadeira justiça e, conseqüentemente, a lei. A prescrição, por este entendimento, afronta diretamente a justiça, posto que impede a aplicação da pena ou sua execução, sendo então considerada medida antijurídica.

A segunda justificação, como se denota pela nomenclatura, apesar de estar calcada na soberania do Estado à medida que este poder reduz a aplicação prescricional, vincula também o entendimento de que é inconcebível a idéia de que a mesma lei que condena e sanciona o indivíduo, o proteja e o faça gozar a liberdade que deveria ser tolhida, trazendo, assim, revolta as pessoas de bem. Mara Regina Trippo (TRIPPO. 2004. p. 60/61) elenca quem defenda tal linha de raciocínio, sendo eles: Jeremias Bentham, Francisco Luiz, Carrara Quintiliano Saldaña, dentre outros.

O terceiro fundamento apresentado alude que, com relação a crimes que causem clamor público, a memória do fato se torna perpétua, sendo, assim, contínuo o reclamo público à repressão do agente. Esse pensamento vem a ser o mais antigo adotado, tendo sua origem no direito romano sendo novamente defendido por Beccaria (BECCARIA *apud* TRIPPO. 2004. p. 62). Atualmente está largamente difundido, perfazendo os textos da *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade (1968)* e *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*.

O último argumento basilar da imprescritibilidade, em muito se assemelha com os demais propiciados, posto que todos se detêm na necessidade da pena e no reflexo social trazido. Aqui a Escola Positivista assevera que enquanto não houver prova cabal da mudança de caráter do agente, ou seja, de sua ressocialização, prevalecerá à imprescritibilidade devido à existência do interesse social na punição.

Diante do exposto afere-se que, assim como os argumentos que fundamentam a prescrição, as justificativas aqui delineadas apresentam fragilidade, todavia este fato é perfeitamente plausível e incapaz de anular o instituto da imprescritibilidade, posto que ambos os institutos descritos (prescrição e imprescritibilidade) estão circunscritos pela política criminal brasileira e por aspectos subjetivos.

2.3 Imprescritibilidade no direito pátrio

A Constituição brasileira traz em seu bojo dois crimes tidos como imprescritíveis, sendo eles: prática de racismo (artigo 5º, XLII, CF) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV, CF). Passará, então, ao estudo dessas hipóteses.

Prática de racismo: esse primeiro caso, apesar de aparentar ser de fácil compreensão e interpretação, possui entraves até hoje não superados em sua totalidade.

A principal questão diz respeito à abrangência do termo *prática de racismo*. Tal relevância se afere posto que uma vez delimitado o que vem a ser essa expressão, as condutas por elas embarcadas tornam-se imprescritíveis, podendo recair sobre o agente a condenação e conseqüente reprimenda a qualquer tempo.

O vocábulo racismo não foi definido em nível constitucional, havendo assim, a necessidade do complemento infraconstitucional, o qual busca delinear a questão utilizando-se de aspectos externos ao direito.

SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL.
CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL.
LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional

do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Como se denota, complexa é a questão verificada não encontrando pleno consenso judicial. Não obstante ao dissenso, Mara Regina Trippo (TRIPPO. 2004. p. 78/79) traz que, em observância do direito fundamental à igualdade entre os homens bem como a regra hermenêutica da impossibilidade de restrição de preceitos constitucionais, tem-se que a interpretação do aludido dispositivo legal deve ser entendida extensivamente, a fim de tutelar de maneira correta os direitos fundamentais. Nesse diapasão o racismo, se não entendido ampliativamente, vem por violar o princípio da igualdade entre os povos, tido como fundamental, posto que a igualdade tutelada ascende a estigmas de cores atingindo também aspectos sociais de morais.

Ademais a imprescritibilidade alcançada por este preceito constitucional abrange tanto a modalidade punitiva quanto a executória. Pelo atento a letra pura da Lei, verifica-se que este instituto se refere tão somente a pretensão punitiva, devido o uso do termo “crime inafiançável e imprescritível”. Todavia, ao encontro com o raciocínio traçado no parágrafo anterior, não se pode restringir a abrangência dos termos constitucionais sob pena de inviabilizar a tutela dos bens jurídicos, daí porque admitir com certa tranqüilidade, a imprescritibilidade nas duas modalidades aludidas acima.

Uma crítica se faz a essa disciplina constitucional, apresentada por Mara Regina Trippo (TRIPPO. 2004. p. 82) e demais doutrinadores. Pelo confronto entre as sanções dos crimes considerados de alta gravidade com o de racismo, afere-se que este último não está englobado entre os daquela categoria. Mesmo sendo de menor clamor social, esse, entretanto, é alcançado por uma disciplina de maior rigidez, qual seja, a imprescritibilidade enquanto que para aqueles vige a regra da transitoriedade, aspecto este que abala a lógica jurídica, conflitando, pelo menos em tese, com a proporcionalidade. Todavia, por estar prescrito na Constituição Federal, a imprescritibilidade da *prática de racismo* sobrepõe à regra da proporcionalidade.

A ordem constitucional e o Estado Democrático: viu-se acima que uma das maiores problemáticas apresentadas era a correta amplitude do termo racismo a qual refere-se a Constituição. Aqui essa questão não possui grande enfoque posto que ainda se espera o advento da lei infraconstitucional que regule a abrangência exata destes termos constitucionais. Assim, até então, considera-se como definição das expressões trazidas pelo artigo 5º, XLIV, CF, quais sejam ordem constitucional e Estado Democrático, segundo Giuseppe Vergottini (VERGOTTINI *apud* TRIPPO. 2004. p. 83) e José Cretella Junior (JUNIOR *apud* TRIPPO. 2004. p. 83), as seguintes:

A ordem pública pode ser concebida como “convivência ordenada, segura, pacífica, equilibrada”. Íntima relação entre ordem constitucional e pública, pois “a ordem pública é ditada por parâmetros constitucionais dentro dos quais se pautará o cidadão”

O Estado Democrático é aquele em que o poder emana do povo, em proveito do qual deve ser exercido. Calcado na soberania popular, seus pilares formais são a representação popular nos órgãos estatais políticos (participação indireta) e os mecanismos de participação direta (o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular de lei)

A proteção constitucional dada a essas figuras se pauta na idéia de que, estando no âmago da Democracia a liberdade e tolerância, havia de coexistir um sistema que reprimisse as extravagâncias por estas trazidas, sendo escolhido o penal para tanto. Ademais, esta reprimenda esta calcada como garantia fundamental, posto que, ainda que de maneira reflexa, há a afronta a direitos fundamentais “uma vez que a outorga e a garantia de tais direitos pressupõe uma sociedade justa, a qual reclama um regime democrático” (TRIPPO. 2004. p. 85).

A imprescritibilidade, entendida – assim como no racismo – em sua totalidade, englobando tanto a pretensão punitiva quanto a executória, vem por garantir a eficácia da reprimenda, pois caso houvesse subsunção da ordem não haveria como punir essa ação atentatória, salvo se os prazos prescricionais fossem longínquos ou imprescritíveis, sendo esta última a opção do legislador.

Como dito alhures, não há lei infraconstitucional que tipifique o crime em questão. Existe apenas o projeto de lei n. 4.783/90 e Anteprojeto de lei referente a parte especial do código penal que tratam sobre o objeto em estudo.

Destarte, são essas as modalidades legais de imprescritibilidade, sendo vedado ao legislador infraconstitucional à criação de novas hipóteses tendo em vista o princípio da intervenção mínima Estatal.

2.4 Imprescritibilidade no direito comparado

Passará agora a sucinta análise sobre como é tratada a imprescritibilidade nos demais países. Ressalta-se, ademais, que para tanto foram escolhidos algumas nações, sendo que para tal segregação levou-se em conta ou a influencia que estas nações perfazem no direito pátrio ou as singulares peculiares que os países apresentam sobre o tema.

Na Alemanha a imprescritibilidade nasceu após os horrores nazistas, servindo, este instituto, como instrumento de paz social na medida em que era cediço que a condenação viria independente do tempo. Até esta data a prescritibilidade era aplicada sem exceções.

Precisou-se, outrossim, admitir a natureza da prescrição como sendo processual ou, ao menos, material-processual. Essa necessidade operou quando da severidade dada à prescrição com a majoração de seus prazos e as recentes hipóteses de imprescritibilidade, uma vez que, com o fim de alcançar os crimes nazistas cometidos antes do nascedouro dessa disciplina, a regra do *tempus regit actum* se imperava para que houvesse a aplicação das novas disciplinas legais, daí a mudança de entendimento quanto à natureza do instituto em análise.

Sob essa óptica passou-se a acolher como imprescritíveis os crimes de genocídio e de assassinato.

Na Itália, a prescrição guarda similaridade com a pena fazendo com que crimes considerados de extrema gravidade sejam imprescritíveis, tendo em vista a perpetuidade dos fatos na memória social. Estes delitos são os apenados com prisão perpétua, sendo eles os atentatórios à pessoa – abrangendo inclusive atos terroristas – e à personalidade do Estado. Interessante notar, ademais, que

em certos casos de reincidência, tais como criminoso habitual, profissional, seriais *killers* e ao condenado a outro crime de mesma natureza quando da execução da primeira pena, também vige a regra da imprescritibilidade.

Em território Francês a imprescritibilidade só se opera nos crimes contra a humanidade. Se for aprovado o projeto de Lei que detêm como prescritível em 30 (trinta) anos os casos de transgressão a interrupção de clonagem, haverá a chamada quase-imprescritibilidade.

Em Portugal, todos os crimes sem exceção são prescritíveis, em razão do direito interno só trazer alusão nesse sentido, bem como pela não ratificação da Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra.

Na Espanha, a única hipótese de imprescritibilidade é quanto ao crime de genocídio. Insta notar que o crime de terrorismo, apesar de análogo ao genocídio, é tido como prescritível.

A Argentina adota de modo expreso na sua Constituição a imprescritibilidade ao crime que abrange atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. Ademais, em seu código penal há uma hipótese de quase-imprescritibilidade, sendo ela remetida ao fato de que uma vez quebrada a ordem constitucional, enquanto esta não for restabelecida o prazo prescricional fica suspenso.

O Paraguai também adota a imprescritibilidade em nível constitucional aos crimes de genocídio, tortura, desaparecimento de pessoas, seqüestro e homicídio.

Finalmente na Venezuela admitiu constitucionalmente como imprescritíveis os crimes contra a humanidade, contra os direitos humanos e os crimes de guerra.

Como se denota pelo estudo comparado, os demais países que admitem a imprescritibilidade os fazem quase que em sua totalidade, nos crimes contra a pessoa (homicídio) e em especial contra a humanidade, tais quais genocídio e terrorismo. O Brasil, em sentido único, excluiu estes crimes do seu rol e considera outros de menor clamor social. Apesar das hipóteses brasileiras estarem arraigadas a fatos históricos importantes, não se compara a reprimenda

imposta – imprescritibilidade –, em nível de proporcionalidade, a gravidade do crime avençado como deveria pela lógica criminal. Tão mais próximo estão as nações estrangeiras a essa regra justa e basilar do direito, não havendo razão para o Brasil agir de maneira diversa.

3. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO NO DIRETO PENAL BRASILEIRO

3.1 Da prescrição da pretensão punitiva

3.1.1 Conceito

Para uma melhor compreensão do que vem a ser esta modalidade de prescrição, relevante se faz o entendimento acerca da pretensão punitiva. Esta, segundo Ney Moura Teles (TELES. 2004. p. 544), é “a exigência que o Estado faz ao Poder Judiciário para que este declare, por uma decisão denominada sentença, a obrigação de o agente do crime submeter-se à sanção penal”. José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 41) traz, ademais, como pretensão punitiva “a exigência da subordinação do *jus libertatis* do criminoso ao *jus puniendi* do Estado.”

Tal raciocínio advém o litígio existente entre o Estado, que quer ver o infrator condenado, e o infrator, que quer livrar-se da condenação. Essa lide referente a punição do agente, que será preterida perante o órgão julgador, dar-se o nome de pretensão punitiva.

Desta forma, prescrição da pretensão punitiva nada mais é do que o fato do transcorrer do tempo fazer cessar o poder-dever do Estado em punir o agente. Essa pretensão só tem razão de ser antes da sentença condenatória, posto que nessa se exaure a punição almejada pelo Estado. Daí porque determinar que essa modalidade prescricional ocorre sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tanto para a acusação quanto para a defesa.

Assim, para finalizar, Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI. 1997. p. 759) traz que:

A chamada prescrição da pretensão punitiva verifica-se antes do trânsito e julgado da sentença final condenatória e acarreta a

perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém.

Outrossim, o código penal apresenta quatro modalidades de pretensão punitiva, a saber: prescrição em abstrato, prescrição intercorrente, prescrição retroativa e, como sustentar-se-á ao final, prescrição virtual.

Passará agora ao estudo da primeira modalidade, qual seja, a abstrata. O estudo inicial pauta-se nessa posto que esta é tida como cerne das demais.

3.1.2 Prazos prescricionais

Seguirá com o estudo da prescrição punitiva em abstrato. Neste a estipulação do prazo prescricional se encontra disciplinado no artigo 109 do código penal e é calculado com base na pena máxima cominada ao delito.

São 06 (seis) os limites, sendo eles:

<u>Pena</u>	<u>Prazo Prescricional</u>
Inferior a 01 (um) ano	02 (dois) anos
Igual ou superior a 01 (um) ano e até 02 (dois) anos	04 (quatro) anos
Superior a 02 (dois) anos e até 04 (quatro) anos	08 (oito) anos
Superior a 04 (quatro) e até 08 (oito) anos	12 (doze) anos
Superior a 08 (oito) anos e até 12 (doze) anos	16 (dezesesseis) anos
Superior a 12 (doze) anos	20 (vinte) anos

José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 60) exemplifica a tabela acima da seguinte forma:

Imagine-se que Y pratique lesão corporal dolosa leve (CP, art. 129, *caput*). A pena máxima cominada a esse delito é de um ano de detenção. Desse modo, a prescrição em abstrato ocorre em quatro anos (CP, art. 129, *caput* c/c o art. 109, inciso V). assim, se da data do fato à do recebimento da denúncia, ou desta última

a publicação da sentença condenatória, decorrer prazo superior a quatro anos, verificar-se-á a prescrição em exame, que obsta a decisão do juízo monocrático quanto ao mérito da imputação.

Insta salientar, ainda nesse tópico, os diferentes institutos penais que influem na contagem dos prazos prescricionais; sendo eles: agravantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena, qualificadoras, concurso de crimes, crimes conexos e acessórios, penas restritivas de direito e reincidência.

Quanto as agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61, 62 e 65 do Código Penal não inflem na prescrição em abstrato uma vez que não possuem o condão de ultrapassar os limites mínimo e máximo da pena. Assim, ainda que presentes essas causas o prazo prescricional não tomará outros limites previstos na escala legal.

Diferente é a conseqüência advinda da existência de causas de aumento e diminuição de pena. Tal distinção deve ao fato dessas causas poderem elevar a pena para além do máximo ou reduzir além do mínimo. Uma vez assim ocorrendo o prazo prescricional pode subsumir outros incisos do artigo 109 do Código Penal diverso daquele inicialmente determinado.

Damásio (JESUS. 1997. p. 55) traz como exemplo dessa interferência o caso do agente que pratica furto simples terá o prazo prescricional de 08 (oito) anos, enquanto que sendo o mesmo praticado em período noturno, por ser causa de aumento de pena, o prazo prescricional passa a 12 (doze) anos.

Oportuno determinar que para análise da prescrição em estudo o aumento da pena deverá se dá levando em consideração o maior limite, enquanto que para a diminuição, levará em conta a que menos abrandar, pois apenas assim obedecerá a lógica por ela trazida, qual seja, o estudo pelo máximo da pena.

Assim, em caso de tentativa, causa de diminuição de pena, “toma-se a reprimenda máxima do delito, reduzindo-a de um terço, ou seja, o mínimo de redução possível. A esse valor se aplica a tabela do art. 109 do CP” (LOZANO JR. 2002. p. 66).

Em relação as qualificadoras, por estas estabelecerem maior limite de pena para o delito, podem, pelas mesmas razões acima definidas, influenciarem na prescrição abstrata.

No que tange a concurso de crimes, vale a regra esculpida no artigo 119 do Código Repressivo, *in verbis*: “No caso de concurso crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”. Por essa regra vale dizer que quaisquer dos tipos de concursos de crime existentes, quais sejam, material, formal ou continuado, a soma das penas ou a exasperação de uma delas não serão consideradas para a fixação do prazo prescricional.

Assim, será verificada a ocorrência ou não da prescrição com base em cada crime especificamente, desprezando a existência do concursos entre os vários crimes cometidos e suas repercussões na dosagem da pena ao final aplicada. Tal assertiva se explica pelos exemplos a seguir apresentados por Damásio (JESUS. 1997. p. 57/60):

Um sujeito que comete, em concurso material, o crime de dano simples juntamente com constrangimento simples, terá dois prazos prescricionais distintos em transcurso, o referente ao dano simples, cuja prescrição se dará em 02 (dois) anos tendo em vista que a pena máxima deste delito é de 06 (seis) meses de detenção; bem como a relativa ao constrangimento, que por possuir uma pena máxima de 01 (um) ano a prescrição ocorrerá em 04 (quatro) anos. Percebe-se que as penas não são somadas, sendo verificada a prescrição de modo isolado. Afere-se então que, apesar de estarem ligados pelo instituto do concurso de crimes, sobre um dos crimes pode recair a extinção de punibilidade que não será alcançada pelos demais tendo em vista essa independência dos prazos prescricionais.

Mesmo raciocínio se dá aos crimes em concurso formal. Suponha-se o cometimento dos delitos de estupro e perigo de contágio venéreo. Aqui também não se utiliza da pena mais grave exasperada (artigo 70 do Código Penal) como parâmetro do prazo prescricional. Desta forma, com relação ao perigo de contágio venéreo, a prescrição ocorrerá em 04 (quatro) anos e no estupro se perfará em 12 (doze) anos com base na pena máxima desses.

No crime continuado, assim como nos demais concursos apresentados, o aumento previsto no artigo 71 do *codex* será desprezado para

computo da prescrição, ora considerada isoladamente. Destarte, um sujeito que comete três furtos em continuidade delitiva, as prescrições deste correrão distintamente e sem o aumento outrora disposto.

O crime conexo e o acessório – aqueles cuja existência está subordinada a ocorrência de um crime anterior, ex. receptação –, possuem a mesma disciplina legal no que se refere a prescrição, no sentido de que os crimes a ele conexos ou os que são seu pressuposto possuem prescrição diversa dos crimes principais, não influenciando a extinção de punibilidade desses naqueles.

As penas restritivas de direitos serão aplicadas em substituição as penas privativas de liberdade outrora aplicada, como salienta o artigo 44 do Código Penal. Uma vez existindo a sentença condenatória que fixa o *quantum* da pena para que, só então, se efetue a devida substituição, a prescrição deste se pauta pela pena já consagrada e não pelo máximo de pena que poderia ser aplicado. Daí não se falar em prescrição abstrata, cuja disciplina se afere justamente por esse máximo.

Ademais, reincidência, pelo artigo 110 do *codex*, evidencia como causa de aumento do prazo prescricional. Todavia essa exasperação não se dano tipo de prescrição ora analisada – abstrata –, ela se verifica apenas na prescrição da pretensão executória conforme súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça.

3.1.3 Termo inicial

O termo inicial da prescrição esta previsto no artigo 111 do código penal, o qual define:

Artigo 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

II – no caso de tentativa, no dia em que cessou a atividade criminosa;

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.”

A regra geral é estabelecida pelo primeiro inciso o qual descreve que o prazo começa a correr da consumação do delito. Observa-se que o código não adotou a regra estabelecida no artigo 4º - “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” –, preterindo o instante da consumação.

Com relação aos crimes matérias, cuja lei exige a prática do resultado, o termo inicial da prescrição conta-se deste ainda que tenha ocorrido em momento diverso da prática criminosa.

Nos crimes tidos como formais ou nos de mera conduta, como a lei não exige o resultado, o prazo inicia-se da própria atividade em ambos os casos.

Quanto ao crime omissivo, se for próprio, o comportamento negativo é o marco inicial do computo do prazo, salvo quando a lei exige pra a consumação uma condição além conduta, como é o caso do artigo 169, parágrafo único, II do código penal, que estabelece que a consumação do delito só ocorre depois de 15 (quinze) dias sendo o início do prazo o dia posterior a este lapso.

Se impróprio, como é caso de crime material posto que crime comissivo por omissão, a contagem começará da data do resultado comissivo.

Nos delitos preterdolosos – dolo no antecedente e culpa no conseqüente - “o lapso temporal corre do dia em que se produz o resultado mais grave a título de culpa” (LOZANO JR. 2002. p. 76). Mesmo raciocínio é válido aos crimes qualificados pelo resultado – aqueles cujo resultado mais grave pode vim tanto a título de dolo quanto de culpa, ex.: lesão qualificada pela enfermidade incurável.

Os culposos seguem a regra geral, ou seja, inicia-se o prazo na data da ocorrência do evento culposo (resultado).

Ainda atinente a esse inciso é a questão de quando não se é possível determinar ao certo a consumação do crime. Neste caso, a doutrina e jurisprudência têm entendido que se a denuncia fizer menção apenas ao ano da sua prática, tomando por base o princípio do *in dubio pro reo*, o termo inicial se dará no dia 1º de janeiro. Se a denuncia referir ao mês, não especificando tão somente o dia, conta-se o prazo prescricional do dia 1º. Em sendo totalmente desconhecido da data do crime, o início do prazo será fixado na data

imediatamente anterior à notícia do delito. Corroborando com essa argumentação, TACrim RJDTACrimSP 25:104, RT 608:353, Damásio de Jesus (JESUS. 1997. p. 54), José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 88/89), etc.

A disciplina constante no inciso II do artigo aludido determina que no caso de tentativa o termo inicial é a data em que cessou a atividade criminosa, ou seja, “conta-se do último ato de execução” (LOZANO JR. 2002. p. 79).

Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 78) alude que no caso de crime até então tentado que se consuma após certo lapso de tempo, o termo inicial e o prazo prescricional vai reger conforme a circunstancia consumativa encontrada. Melhor explicando: se o agente foi condenado irrecorrivelmente antes da consumação do delito, a prescrição se dará pelas regras do crime tentado, qual seja, da pena consumada reduz-se 1/3 (um terço) – abrandando-se da menor fração para que se obtenha a maior pena que se possa cominar ao sujeito – e, através da tabela estabelecida no artigo 10 do Código Penal, estabelece o prazo prescricional, cujo termo inicial será o dia em que cessou a atividade (artigo 111, II, do Código Penal).

Outra disciplina prescricional será aplicada se o trânsito em julgado ocorrer após a consumação do delito. Neste caso aplicam-se as regras prescricionais atinentes a consumação – artigo 109 do Código Penal tendo como base a pena consumada e artigo 111, I do Código Penal.

O inciso III do dispositivo em estudo determina que com relação aos crimes permanentes o termo *a quo* da prescrição se dará do dia em que cessar a permanência.

Para melhor estudo urge delimitar crime permanente. Este vem a ser o crime cuja consumação se prolonga no tempo, ex.: seqüestro ou cárcere privado. Observa-se que é a permanente consumação que define o delito em questão e não a reiteração de atos que é o cerne do crime habitual.

Ademais, o crime permanente pode ser dividido em necessariamente permanente ou eventualmente permanente. No primeiro caso o estado de permanência já vem descrito no tipo penal (ex.: artigo 148 do Código Penal). Já no segundo, o crime é instantâneo por natureza, mas as circunstâncias do caso concreto transforma aquele fato em específico crime permanente, em

razão da proclastinação da consumação (ex.: estelionato com recebimento de rendas contínuas).

No entanto, pouco importa a classificação acima, definido tal crime como permanente aplicar-se-á a regra disposta no artigo 111, III do Código Penal.

Questão relevante se afere quando inicia-se o inquérito ou ação penal antes mesmo do término da permanência. Três são as correntes que tentam solucionar a controvérsia (LOZANO JR. 2002. p. 81/82), senão vejamos. A primeira entende que a instauração do inquérito viria a ser o termo *a quo* do lapso prescricional, ainda que a conduta reprimida persista, uma vez que aquele ato Estatal tem o condão de fazer cessar a permanência criminosa. Nesse sentido TACrim (RT 634:298).

Para outros, a cessação da permanência se dá não pela simples instauração do inquérito, mas pelo oferecimento da denúncia. Preconizam essa corrente Basileu Garcia, José Frederico Marques, Antonio Rodrigues Porto, dentre outros (LOZANO JR. 2002. p. 82), bem como o Supremo Tribunal Federal (RT 718:512).

Já para a terceira corrente aplica-se na sua literalidade a regra constante no código, ou seja, o prazo prescricional somente inicia-se com a cessação do comportamento delituoso, sendo irrelevante os atos procedimentais instaurados. Adepto a esse posicionamento José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 82/83), a qual argumenta que o código não trouxe exceção ao inciso em estudo, não cabendo ao operador do direito fazê-la. Corrobora com seu entendimento TACrim (RT 377:256).

Quanto ao crime habitual, cuja reiteração de atos é que constitui o crime, o código não trouxe regra acerca do termo inicial do lapso prescricional, existindo, assim, soluções diversas. Há quem aplique por analogia a presente regra admitindo assim que o início do lapso se dará após a prática do último ato criminoso, ainda que a consumação do crime se dê em momento pretérito. José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 86) exemplifica tal assertiva do seguinte modo:

O sujeito ativo, durante seis anos (de janeiro de 1990 a janeiro de 1996), exerce ilegalmente a medicina (CP, art. 282). O delito em

tela tem prazo prescricional de quatro anos, a teor do artigo 109, inciso V, do CP. Entretanto, a prescrição neta hipótese, conta-se somente quando da prática do *último ato*, ou seja, do mês de janeiro de 1996 em diante. Tal situação faz com que a extinção da punibilidade ocorra somente em janeiro de 2000, mesmo em relação às condutas levada a efeito no período de janeiro de 1990 a dezembro de 1995.

Corroborando com essa idéia Damásio E. de Jesus (JESUS. 1997. p. 52), Aloysio Carvalho Filho (CARVALHO FILHO *apud* LOZANO JR. 2002. p. 86), TACrim (RT 608:343).

Em posição adversa é Celso Delmanto (DELMANTO *apud* LOZANO JR. 2002. p. 86) que acredita que a analogia se dera pelo inciso I do artigo analisado (regra da consumação), posto que em não havendo disciplina legal específica vale a regra geral. Desta forma, tendo como base o exemplo acima exposto, a consumação do exercício ilegal da profissão não se dará necessariamente após os seis anos de atividade, ocorrendo entretanto em momento anterior posto que basta um lapso suficiente a gerar habitualidade – ex. o prazo de um ano de exercício.

Salienta-se ainda que apesar do aludido inciso III falar tão somente em crime, é pacífico o entendimento de que tal disciplina abrange também as contravenções penais, por força do artigo 12 da Lei de Contravenções Penais.

Por fim, outra situação controversa é no que tange ao termo inicial do crime de quadrilha ou bando. Mesmo sendo compreendido, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como delito permanente, tal Corte admite que o prazo prescricional é principiado da prática do primeiro crime e não do desfazimento da organização criminosa – momento em que cessa o comportamento delituoso – como dispõe a regra do inciso III.

O inciso IV do artigo em estudo determina que nos casos de bigamia ou falsificação ou alteração de assentamento do registro civil o termo *a quo* se dará da data e que o fato se tornou conhecido.

Importante observar que, segundo melhor doutrina (JESUS. 1997. p. 53), o conhecimento aludido pelo artigo refere-se a ciência pelas autoridades públicas (Juiz de Direito, Promotor de Justiça ou Delegado de Polícia), não

interessando o conhecimento pelos demais indivíduos, ainda que interessados. Entretanto, presume-se sabido o fato delituoso se notório.

Essa exceção à regra geral da consumação se justifica, segundo Damásio, posto que “são crimes em que o sujeito cerca-se de cuidados para encobrir a sua ocorrência. Se a prescrição tivesse curso a partir da consumação, a maioria de seus autores ficaria impune” (JESUS. 1997. p. 53).

Por o inciso em foco ser uma exceção a regra, sua interpretação não pode ser estendida às demais hipóteses de falsificação, sendo esta a crítica trazida por Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 80/81), uma vez que outros casos de falsificação, tal como a disposta no artigo 297 do Código Penal, apresentam o mesmo ardil, merecendo, assim, o mesmo tratamento.

3.1.4 Forma de contagem

Para contagem da prescrição deve-se levar em conta o artigo 10 do Código Penal, o qual dispõe que “o dia do começo inclui-se no computo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.”

Por esta regra o primeiro dia já é contado sendo excluído o último. Observa-se que diferente disposição é a encontrada pelo Código de Processo Penal o qual determina a exclusão do dia inicial, computando-se o final.

Outrossim, qualquer que seja a fração do primeiro dia, este será computado. Assim, se o crime ocorreu às 23h do dia 1º de setembro, este dia será termo inicial, sendo essa uma hora contada como um dia inteiro.

A parte final do dispositivo remete ao calendário comum, sendo este o gregoriano. A contagem se dá da seguinte forma: do primeiro dia do prazo, vai ao mesmo dia, do mesmo mês, do ano subsequente, findando às 24h do dia anterior. Desta forma se o termo inicial se dá no dia 3.4.2001, às 18h, sendo o prazo prescricional de dois anos, este findará em 2.4.2003 às 24h.

Insta ressaltar que o prazo não se suspende por férias, feriados ou domingo, sendo, ademais, improrrogável.

3.1.5 Causas de redução

O artigo 115 do Código Penal estabeleceu duas causas de redução prescricional, a saber: “Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”.

Como se afere, a redução estabelecida se dá em virtude da idade do agente, alicerçando tal proposta ora na incapacidade de total entendimento de seus atos devido a menoridade ora no inconveniente de se levar a prisão pessoa senil que ali permanecerá pouco tempo.

Assim, se o agente era ao tempo do crime (ação ou omissão) menor de 21 (vinte e um) anos – menoridade relativa –, bem como aquele que na data da sentença condenatória for maior de 70 (setenta) – maioridade senil –, terão os prazos prescricionais reduzidos pela metade.

Importante observar que quanto à menoridade relativa o código optou pela idade de 21 (vinte e um) anos, não sendo este dado influenciado pela maioridade que ocorre aos 18 (dezoito) anos. Desta forma, não obstante ser o agente capaz tanto civil quanto penalmente aos 18 (dezoito) anos, seu prazo prescricional será reduzido a metade até um dia o dia anterior à data de seu aniversário de 21 (vinte e um) anos (quando será menor de 21 [vinte e um] anos). Tal disciplina se justifica em razão da política criminal adotada ser voltada a benesse do réu.

Ademais, a emancipação do agente por quaisquer das causas estabelecidas na legislação civil não interfere nesta redução prescricional. Então válida é a literalidade trazida pelo Código Penal, ou seja, em sendo menor de 21 (vinte e um) anos o lapso prescricional será reduzido.

Neste pé Luiz Regis Prado (PRADO. 2007. p. 391), a seguir:

Cumprе salientar que não obstante a equiparação do marco etário (18 anos) da responsabilidade civil à penal, aplica-se a

redução do prazo prescricional para o menor de 21 anos por razões de política criminal (norma penal mais benéfica).

[...]

A emancipação do agente por qualquer uma das formas disciplinadas pela lei civil não gerará efeitos para fins de aplicação do disposto em tela, de modo que, ainda que emancipado, o menor de 21 anos continuará a ser beneficiado pela redução do lapso prescricional estabelecido pelo Código Penal.

Quanto a maioridade senil, o código o vincula a sua existência a sentença condenatória. Cumpre ressaltar que esse marco, entretanto, não deve ser entendido em sua literalidade, devendo ser ampliado seu entendimento. Assim, se a maioridade senil for alcançada até o acórdão proferido pelos tribunais, ainda que não o complete até a sentença condenatória de primeiro grau, a presente redução deverá ser aplicada (neste sentido RT 614;282). Desta forma, melhor hermenêutica é aquela que vincula o termo sentença a decisão definitiva, que não cabe mais recurso. Este entendimento é o adotado Everton Tadeu de Jesus V.Gomes (GOMES. 2001. p. 55).

Luiz Regis Prado (PRADO. 2007. p. 391), outrossim, defende que em decorrência do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) ter definido como marco etário 60 (sessenta) anos, diante de uma interpretação sistemática e constitucionalista, a redução prescricional deveria se pautar nessa idade. Todavia, este vem ser um entendimento minoritário, sendo aplicado o marco de 70 (setenta) anos.

A prova da idade, segundo o que dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal e a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça, se pautará em documento hábil, sendo assim entendido certidão de nascimento, carteira de identidade, carteira de habilitação e etc. (GRECO. 2007. p. 74).

Ressalta-se por fim que esta redução se opera em quaisquer tipos prescricionais, seja ele referente à prescrição da pretensão punitiva ou executória.

3.1.6 Causas interruptivas

Vem a ser hipóteses em que o prazo prescricional será zerado, passando a nova contagem, desprezando assim o que já fora outrora transcorrido.

Estas causas demonstram, por parte do Estado, o interesse na condenação, daí porque preservar o tempo que este agente detem em punir o agressor, para que a ação daquele não seja impotente. Assim, com essa reafirmação do tempo, o Estado valida a punição que virá. Não é outra a justificativa trazida por Eduardo Reale Ferrari (FERRARI. 1998. p. 79 e 90), senão vejamos:

Seu fundamento fulcra-se no fato de que a sociedade tem interesse efetivo na persecução delituosa. Manifestam-se por meio de atividades reveladoras da persecução do crime e do criminoso, a demonstrar possuir o Estado ainda interesse na punição.

[...]

Com a pratica de ações indicadoras da persecução, limitar-se-á a fora destruidora do tempo, a demonstrar e justificar a necessidade de punição.

[...]

O tempo, com a pratica do ato interruptivo, adquire nova força ratificadora da validade da punição, estabelecendo novo início de prazo à prescrição do crime. Constitui-se como se o crime tivesse acabado de ser praticado, intranqüilizando a sociedade.

As causas interruptivas estão dispostas no artigo 117 do Código Penal que dispõe:

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

- I – pelo recebimento da denúncia ou queixa;
- II – pela pronúncia;
- III – pela decisão confirmatória da pronúncia;
- IV – pela sentença condenatória recorrível;
- V – Pelo início do cumprimento da pena;
- VI – pela reincidência

§ 1º excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer delas.

§ 2º interrompia a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Antes do estudo, cumpre ressaltar que o presente rol é taxativo, uma vez que este instituto traz uma carga prejudicial ao réu, sendo as interpretações extensivas consideradas emprego *in malam partem* o que é vedado pelo sistema repressivo.

Recebimento da denúncia ou queixa: com o recebimento da exordial o prazo prescricional é zerado, recomeçando a partir da data desta interrupção.

Observa-se que a lei dispõe sobre recebimento, assim o mero oferecimento das peças acusatórias não possuem o condão de interromper o lapso prescricional, estando essa recontagem condicionada tão somente ao recebimento.

Quanto a este dado, importante questão se verifica quanto ao marco da interrupção, se na data o efetivo recebimento da inicial ou na data da publicação do despacho que a deferiu. Damásio E. de Jesus (JESUS. 1997. p. 77) é adepto da segunda corrente, bem como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 298:300). Nas palavras do referido doutrinador:

A interrupção ocorre na data da publicação do despacho que recebe a denúncia ou a queixa, i. e., no daí em que o escrivão recebe o processo com a decisão

Já José Júlio Lozano Jr. (LOZANO. 2002. p. 115) acredita que zera-se o prazo pelo efetivo recebimento da exordial, uma vez que a lei assim condicionou e nada mencionou acerca da publicação de tal decisão. Este ademais é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a saber:

CRIME FALIMENTAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO PELO RECEBIMENTO DA

DENÚNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 117, N. I, DO CÓDIGO PENAL.

A prescrição interrompe-se pelo recebimento da denúncia, não pela publicação ou ciência do despacho que a recebe. (RT 472;410)

Para Lozano (LOZANO. 2002. p. 115/116), a interrupção apenas estaria condicionada a data da publicação do despacho em casos de dúvida ou total incerteza a respeito da data em que o juiz recebeu a denúncia ou queixa.

Salienta-se ainda que o recebimento a que se trata o artigo em análise pode se dá tanto pelo juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal, quando este se encontra diante de situações de competência originária ou recursal. Assim, por exemplo, se houve rejeição da exordial pelo Juízo *a quo* e o Juízo *ad quem* reformou tal decisão, a prolação deste acórdão que servirá como marco interruptivo da prescrição.

Importante notar pelo exemplo acima que a rejeição da denúncia ou queixa em primeiro Juízo não perfaz causa interruptiva posto que o Código Repressivo vincula apenas ao recebimento das iniciais; deste modo a prescrição abstrata continuará em andamento. Uma vez ocorrido esse recebimento em segunda instância, neste o lapso será interrompido. É o entendimento a seguir (LOZANO. 2002. p. 116):

Por outro lado, a rejeição da denúncia ou queixa não interrompe o prazo prescricional. Assim, enquanto o Tribunal não julgar procedente o recurso em sentido estrito interposto pelo autor, a prescrição continuará fluindo desde a data do fato.

Caso a instância superior dê provimento ao citado recurso, ocorre a interrupção da prescrição na data da *sessão de julgamento*.

Outra discussão que aqui se opera diz respeito a possibilidade ou não de ocorrer a interrupção do lapso por uma decisão nula. Duas correntes se posicionam.

A primeira, mais tradicionalista, aduz que pouco importa a validade do ato interruptor, sendo levado em conta apenas a tempestividade do ato. Assim os efeitos produzidos antes da declaração de nulidade devem ser preservados. Ademais, sustentam ainda que mesmo sendo nulo o ato, o Estado demonstrou

seu interesse na condenação, motivo este suficiente para rechaçar a prescrição que se faz por meio da interrupção do lapso. Assim sendo, o ato nulo não poderia invalidar essa ação positiva do Estado. Neste sentido é o voto do Relator Luiz Vicente Cernicchoaro do Superior Tribunal de Justiça, a seguir:

[...] Não se tem em conta a legalidade, ou ilegalidade da decisão judicial. A relevância se restringe a impedir o desenvolvimento do *ius persecuendi*, impedir que a instauração, ou o transcorrer do processo se alongue de modo intolerável. Sabido, a relação processual confere ao sujeito passivo direito a solução em prazo razoável. Insista-se, no caso da prescrição, não interessa o conteúdo da decisão, mas a sua tempestividade. [...] (STJ. HC n. 8.391-GO. 6ª Turma. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro. j. 20.5.1999)

Em sentido adverso é o posicionamento majoritário seguido por Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT. 2003. p. 724), Damásio E. de Jesus (JESUS. 1997. p. 77), José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR., 2002. p. 120/121), Eduardo Reali Ferrari (FERRARI. 1998. p. 125/126)., dentre outros. Eles admitem que o ato nulo é na verdade inexistente, não produzindo assim quaisquer efeitos. Desta forma para a decisão que recebe a inicial acusatória possuir efeitos interruptivos deve ser emanada por autoridade pública competente e ser válida. Em não sendo, só a posterior denúncia ou queixa oferecida e validamente recebida que produzirá tal efeito. Por esta senda é a ementa do Supremo Tribunal Federal:

PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO INEXISTENTE. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA INÉPTA.

1. O recebimento de denúncia inepta, porque nulo, não interrompe o curso do prazo da prescrição. [...] (RT 684:386)

Quanto ao aditamento da denúncia ou queixa, quatro situações podem ser vislumbradas: aditamento advindo da *emendatio libelli*, da *mutatio libelli*, para inclusão de novo crime e, por fim, para a inclusão de co-participes.

A *emendatio libelli* está prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal e, em síntese, ocorre quando, apesar do fato criminoso está perfeitamente descrito, incorreta está a capitulação legal. Neste caso o

recebimento do aditamento não possui o condão de interromper o prazo prescricional, apesar deste agora ser regido de acordo com a pena máxima da nova definição jurídica.

A *mutatio libelli* (artigo 384 do Código de Processo Penal), por sua vez, ocorre quando o aditamento tem por objetivo incluir circunstância ou elementar não descrita na denúncia, trazendo assim novos fatos que acabará por estabelecer nova definição legal. De igual maneira, o recebimento deste complemento não interromperá a prescrição, mas esta passará a correr pelos prazos da nova tipificação.

A inclusão de novo crime, no entanto, por se equiparar a nova denúncia ou queixa, uma vez que poderia perfeitamente ser oferecida nova exordial em separado, o seu recebimento tem o condão de interromper a prescrição. Todavia esta interrupção se dará tão somente no que diz respeito ao novo crime, não atingindo os crimes anteriormente narrados.

O recebimento do aditamento para a abrangência de novo co-participe, não influirá na interrupção da prescrição por força do que dispõe o § 1º do artigo em questão.

Pronúncia e sua decisão confirmatória: a pronúncia é a decisão proferida pelo juiz singular, em caso de competência do Júri, quando este se convence da existência da materialidade do crime e indícios de autoria, fazendo com que o julgamento seja remetido ao Conselho de Sentença o qual dará a decisão final.

Neste momento ainda, o Juiz singular ao invés de pronunciar o réu poderá: impronunciar-lo, quando não se convencer da existência da materialidade criminosa e indícios de autoria; desclassificar a infração, quando entender presente crime diverso do constante na inicial acusatória; ou ainda absolver sumariamente o réu, que ocorre quando entender presentes quaisquer das excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Frisa-se, por oportuno, que as decisões capazes de interromper o lapso prescricional são as de pronúncia e a que desclassifica a infração ao ponto de ainda restar da competência do Tribunal do Júri.

Quanto a alegação de que a decisão que pronuncia o réu interrompe a prescrição não resta dúvida, uma vez que esta é extraída da literalidade do inciso II acima descrito.

Já no que tange a decisão de desclassificação, dois podem ser os caminhos a tomar: o juiz desclassifica o crime para outro da competência do juízo comum ou, mesmo com a desclassificação, o crime permanece na competência do Tribunal do Júri. Neste último caso a decisão que desclassifica vem a ser uma verdadeira decisão de pronuncia, uma vez que o juiz singular continua a se convencer da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva de crimes da competência do Júri, todavia referente a delito diverso do constante na exordial. Assim, como ocorre a pronuncia o acusado, ainda que em relação a um novo crime, o lapso prescricional será interrompido. Ademais, o prazo prescricional terá relação com o novo crime. Pelas palavras de José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 124):

Neste último caso, não obstante a desclassificação, interrompe-se o lapso prescricional, visto que o magistrado, desclassificando o fato descrito na denúncia, pronuncia o réu em relação ao novo crime, também de sua competência. Entretanto, após o trânsito em julgado dessa decisão, o prazo deve ser regulado por esta nova classificação, aplicando-se, inclusive, retroativamente, e não mais pela capitulação contida na inicial acusatória.

Acrescenta-se ainda que se a pronuncia do réu ocorrer apenas em segundo grau, é neste momento que ocorrerá a interrupção do lapso. Desta forma, pouco importa se a referida decisão veio em sede de primeira ou segunda instância, sendo levado em conta apenas o momento de sua existência.

O marco dessa causa interruptiva se dá com a publicação a sentença de pronuncia, se prolatada em primeiro grau, ou da sessão de julgamento do recurso, se em segundo grau, pois é através desses atos que a decisão se torna pública. Nota-se que é a publicidade que faz o ato existir no mundo jurídico. Assim, apenas com esse reclamo que a decisão teria o condão de interromper a prescrição, uma vez que existente.

O Tribunal, ademais, pode vim a anular a decisão de pronuncia, o qual, assim como no caso analisado acima, há dois posicionamentos no que

tange a permanência ou não do efeito interruptivo da prescrição. A primeira corrente assevera que esse feito permanece posto que é levado em conta apenas a tempestividade do ato. Outros por sua vez aduzem que a interrupção perde sua eficácia, pois em sendo nulo o ato decisório, por tanto inexistente, nenhum efeito pode dele emanar.

Quanto ao fato do Tribunal poder desclassificar a infração, vale a regra dita outrora, qual seja, desclassificado o crime para outro da competência do Júri, a interrupção continua a vigorar pelo fato desta constituir, na verdade, uma decisão de pronuncia. Já para os delitos cuja competência passa a ser do juízo comum, por não haver pronuncia, não existe mais causa interruptiva antes aplicável. Assim, nestes casos, a prescrição continua a transcorrer.

Solução diversa se denota quando a desclassificação adveio de decisão do Tribunal do Júri. Nestes, por já haver decorrido toda segunda etapa do procedimento com todas as suas conotações, não há, pois, de tornar sem efeito um ato devidamente consumado ainda que injusto aos olhos dos *pareas*. Desta feita, a interrupção é válida.

Essa matéria, outrossim, é disciplinada pela Súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.”

É utilizando-se dessas mesmas razões que se depreende que a absolvição do acusado pelo Tribunal do Júri também não anula o efeito interruptivo da pronuncia.

Por fim, o inciso III do artigo em análise salienta que havendo pronuncia e posterior recurso do réu, o acórdão que lhe nega provimento e, por conseguinte, confirma a sentença de pronuncia, possui força interruptiva, constituindo-se nova causa de interrupção da prescrição.

Sentença condenatória recorrível: é a última causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva. Nesta, o legislador condicionou a interrupção da prescrição à sentença condenatória, não abrangendo a decisão que absolva o réu ou que confirme a condenação.

Assevera-se desde então que o termo sentença não se restringe apenas as decisões advindas do juízo de primeira instância, mas inclui também o

acórdão condenatório. São as hipóteses em que o acusado, absolvido em um primeiro momento, só veio a ser condenado no Tribunal. Neste sentido Damásio (JESUS. 2008. p. 85): “O CP emprega a expressão “sentença condenatória” no sentido de “decisão”, não havendo, pois, diferença entre aquela e “acórdão condenatório””.

Ferrenha discussão se opera com relação ao acórdão que aumenta a reprimenda imposta, se este seria um acórdão confirmatório da condenação apenas – situação em que não haverá a interrupção do lapso prescricional como já traçado outrora – ou se na verdade prazeria um acórdão condenatório.

Damásio de Jesus (JESUS. 2008. p. 84), José Júlio Lozano Jr (LOZANO JR. 2002. p. 129), Mirabete (MIRABETE. 2000. p. 411), se posicionam no sentido de que há apenas uma confirmação. Todavia a jurisprudência se mantém em sentido contrário (STJ. EDResp 121.228/DF. 5ª T. j. 20.6.2000. Rel. Min. Gilson Dipp; STF. HC 67.944-7-SP. 1ª T. j. 21.8.1990. Rel. Min. Sydney Sanches).

A interrupção se dá no dia da publicação desta decisão condenatória (artigo 389 do Código de Processo Penal). Assim o é porque é nesta data que a sentença se torna pública e, por isso, existente.

As decisões prolatadas em audiência ou nas sessões de julgamento do Tribunal do Júri, seguindo a regra da publicidade esposada acima, irão interromper o lapso prescricional no momento em que foram proferidas posto que essas solenidades tornam as decisões delas exaradas públicas.

Quanto a anulação da sentença condenatória vale a dissertação apresentada acima a qual aponta a existência de duas correntes. Outrossim imperante se faz a análise da prescrição frente a *reformatio in pejus indireta*. Este instituto proíbe que a nova sentença proferida em substituição da que fora anulada por recurso exclusivo da defesa, aplique pena mais grave da imposta na decisão viciada. Assim se tem que o patamar máximo de reprimenda a ser imposto é a da primeira decisão, sendo esta o novo limite legal. Desta forma a prescrição correrá tendo como base essa pena aplicada previamente, podendo ser reconhecida a prescrição desde logo.

Controvérsias ocorrem, ademais, quando se depara com as sentenças que declaram a inimputabilidade, com conseqüente aplicação de

medida de segurança, a semi-imputabilidade, concede perdão judicial ou homologa a transação penal.

A declaração de inimputabilidade não leva a existência de sentença condenatória, pelo contrário, há uma sentença absolutória imprópria. Sua impropriedade consiste apenas na decretação de medida de segurança sendo este fato incapaz de anular a natureza absolutória da sentença. Em sendo assim, a decisão que aplica ao inimputável medida de segurança não tem o condão de interromper a prescrição. Nesse diapasão José Júlio Lozano Jr. (LOZANO JR. 2002. p. 131):

Aliás, considerando a taxatividade do art. 117 do CP, a sentença absolutória imprópria, ou seja, aquela que absolve o acusado em razão de inimputabilidade (CPP, art. 386, inciso V e parágrafo único, inciso III, também não interrompe a prescrição.

Diferente solução é a apresentada quando a declaração de semi-imputabilidade. Nesses casos há a condenação a qual é substituída, em um segundo momento, por medida de segurança. Assim sendo, essa decisão interromperá o lapso prescricional.

Quanto a sentença que concede perdão judicial, a interrupção do lapso dependerá a natureza jurídica adotada para esta. Se entender que essa decisão é condenatória haverá a interrupção da prescrição. Se entender que essa se perfaz em caráter extintivo da punibilidade não haverá a aludida interrupção.

A súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça declara que: “A sentença concessiva de perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Como se observa esse Egrégio Tribunal é adepto da segunda corrente, sendo este entendimento o que predomina.

Por fim, quanto a interrupção oriunda da sentença homologatória da transação penal há dois posicionamentos. O primeiro, apoiado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ. Resp. 172.951-SP, 5ª T. j. 27.4.1999. Rel Min. José Amaral da Fonseca), admite que esta decisão possui caráter condenatório ainda que de forma análoga, interrompendo assim a prescrição. em sentido contrário, Ada P. Grinover (GRINOVER *apud* LOZANO JR. 2002. p. 135) entende que esta

decisão não passa de simples sentença homologatória, não possuindo o condão de interromper o lapso prescricional.

Convêm ressaltar, outrossim, que com relação aos crimes conexos e nos casos de concurso de agentes, uma vez interrompida a prescrição esta se estenderá aos demais crimes ou co-delinquentes.

3.1.7 Causas suspensivas

Também são cauãs que influem no lapso prescricional. Por estas, a fruição prescricional é paralisada e ao ser retomado, o tempo decorrido outrora é aproveitado. Como se assevera, essas causas são distintas das interruptivas justamente porque nestas o prazo prescricional é zerado e naquelas reinicia-se pelo tempo que faltava para seu encerramento.

Essas causas estão previstas no artigo 116 do Código Penal. Todavia, além das previstas neste dispositivo, a suspensão condicional do processo, a revelia do réu citado por edital, a expedição da carta rogatória para citação do acusado no exterior e suspensão do processo penal instaurado contra Deputados e Senadores, também suspende o transcurso do prazo.

Passa-se a análise.

A primeira causa suspensiva elencada no artigo acima diz respeito à questões prejudiciais. Estas impedem o regular desenvolvimento do processo, pois há uma questão, da qual depende outro processo, ainda não solucionada. Nas palavras Aloysio Carvalho Filho (CARVALHO FILHO *apud* LOZANO JR. 2002. p. 143):

Aquela tão profundamente relacionada com o delito que sua decisão em outro juízo determina a existência ou inexistência do próprio delito. Dela nos oferece idéia exata Código: é 'a questão de que depende o reconhecimento da existência do crime'. Sem a sua apreciação e julgamento preliminares, não será possível concluir-se pela inocência ou culpabilidade do agente, justamente porque essa verificação está condicionada à solução que se der

àquela controvérsia, de caráter não penal. Trata-se, pois, como salientam os autores, de um antecedente lógico-jurídico do delito.

Essas prejudiciais estão previstas nos artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal.

A suspensão nesses casos ocorre da data em que o juiz paralisa o processo crime. O seu termino, no caso do artigo 92 do Código de Processo Penal (causa obrigatória de suspensão), irá ocorrer na data do trânsito em julgado da sentença do juízo cível que solucionou a controvérsia. Já no caso do artigo 93 do Código de Processo Penal (causa facultativa da suspensão), o termo final será a data em que o juiz criminal determinar o prosseguimento do processo.

Ademais, salienta-se que o incidente de insanidade mental, o incidente de falsidade documental, a exceção da verdade nos crimes contra a honra, a suspensão do processo criminal frente o desfecho do processo administrativo e etc. não suspendem a prescrição, pois, estas hipóteses, não estão abarcadas pelos artigos aludidos acima.

Outra causa suspensiva descrita no artigo 116 do Codex é o cumprimento de pena no exterior. A razão de sua existência funda-se na impossibilidade de obter extradição do criminoso (MARQUES *apud* SCHMIDT. 1997. p. 91). Assim, a pena a cumprir naquela localidade pode ser tal que o lapso prescricional transcorreria por inteiro extraindo, assim, do Estado quaisquer possibilidade de persecução na punição do agente.

A suspensão condicional do processo está estabelecida no artigo 89 da lei n. 9.099/95, o qual estabelece que, observados determinados requisitos, o agente cumpra determinadas condições durante certo período. O transcorrer regular desse período de prova ocasionará a extinção da punibilidade do delinqüente. Todavia, a revogação dessa benesse fará com que o processo criminal seja retomado. O § 6º do artigo supracitado determina que “não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo”. Feliz essa disposição uma vez que não houve inércia por parte do Estado, pelo contrário, a lei penal estava sendo aplicada.

A suspensão inicia-se na data em que o réu adentra no período de prova e se finda com a revogação do benefício e conseqüente prosseguimento do feito.

O artigo 366 do Código de Processo Penal dispõe sobre a revelia do réu citado por edital e sem defensor constituído. Uma vez assim se sucedendo, tanto o processo quanto a prescrição será suspensa.

Essa suspensão prescricional ocorrerá no dia em que o juiz suspender o processo e a prescrição. Sobre o termo final há grande divergência doutrinária.

Há quem entenda que a lei não fixou limite ao termino da suspensão, condicionando apenas ao comparecimento da pessoa do réu ou do defensor por ele constituído (FRANCO *apud* JESUS. 2008. p. 72). Em sentido contrário, há os que entendem que a suspensão se dará por um prazo determinado. A cisão ocorre na determinação desse prazo. O Superior Tribunal de Justiça juntamente com a maioria da doutrina (TOURINHO NETO, SMANIOTTO *apud* JESUS. 2008. p. 73; SCHMIDT. 1997. p. 100; FERRARI. 1998. p. 117; BITENCOURT. 2003. p. 723) entendeu que o período máximo de suspensão corresponde ao fixado pelo artigo 109 do Código Penal, observada a pena máxima cominada à infração (HC n. 7.052-RJ. STJ. Rel. Félix Fischer. j. 7.4.1998).

A citação do acusado por rogatória, sendo outra causa suspensiva, fará com que o lapso prescricional fique suspenso até o cumprimento da respectiva carta. Assim, suspenso estará o lapso desde o dia em que foi expedida a carta e finalizado na juntada da carta nos autos devidamente cumprida.

A imunidade parlamentar no processo penal vem a ser a última causa suspensiva da prescrição.

Esta imunidade constante no artigo 53 da Constituição Federal fora modificada pela Emenda Constitucional 35/2001. Pela nova disposição, o judiciário pode receber a inicial acusatória independente de autorização da Câmara ou Senado, todavia, uma vez recebida a exordial, o judiciário dará ciência ao legislativo a fim de que estes, por iniciativa de partido político nela representado e pela maioria de seus membros, sustem o andamento da ação

penal. Uma vez paralisado o processo, a prescrição também ficará até o final do mandato parlamentar conforme regra disposta no §5º do artigo referido.

O termo inicial para esta suspensão é a data da decisão da Câmara ou Senado que susta o processo e o final, como já salientado, o termino do mandato parlamentar.

Ademais, pelo §3º deste dispositivo essa ciência somente ocorrerá com relação a crime cometido após a diplomação.

Frisa-se, por oportuno, que essa prerrogativa aplica-se a Deputados Federais, Senadores, Deputados Estaduais e Distritais, não abrangendo vereadores.

3.2 Prescrição Retroativa

Ela está definida no artigo 110, § 2º do Código Penal, o qual determina uma espécie de prescrição em concreto que é contada para trás. Rogério Greco (GRECO. 2007. p. 737) traz a seguinte definição:

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o calculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a data do fato.

Como se assevera pelo conceito trazido, sua principal característica, sendo esta o diferencial entre as outras modalidades prescricionais, é a sua contagem para trás, retroativa. Como delineia Lozano Júnior (LOZANO JR. 2002. p. 167): "(...) seu cômputo se faz da primeira decisão condenatória (sentença ou acórdão) para trás, podendo ter por termo inicial, inclusive, data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa".

Ademais, outro predicado dessa prescrição é fato desta se fundar na pena concretamente aplicada em decisão condenatória. Mais que isso

estabelece-se na pena tida como justa que é aquela produto do trânsito em julgado da decisão para a acusação. Essa característica será melhor desenvolvida a frente.

Essa prescrição possui pressupostos para que possa ser reconhecida, sendo estes o que se presta a analisar. Salienta-se que eles foram desenvolvidos por Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 125 e seguintes), daí ser o presente trabalho arraigado nessa nobre pesquisa.

O primeiro deles é a inocorrência da prescrição abstrata. As prescrições que tem como base a pena em concreto só se presta a extinguir a punibilidade quando o mais, qual seja, a prescrição abstrata – que tem como base o máximo da pena, não ocorrera. Assim o é, pois uma vez extinta a punibilidade pela prescrição em abstrato não há mais que se falar em continuidade da persecução penal pelo Estado, o que invalida qualquer sentença condenatória que possa surgir.

O segundo pressuposto é justamente a existência de decisão condenatória. Essa essencialidade se extrai do fato de que essa prescrição leva em consideração a pena em concreto que somente pode ser reconhecida pela por decisão final do juiz.

Se a decisão do juiz se pautar na absolvição, essa prescrição terá como base a pena cominada em acórdão condenatório. Se, outrossim, o Tribunal anular a decisão condenatória de primeiro grau, devido a proibição da *reformatio in pejus* indireta, a primeira reprimenda, por ser o máximo que se pode cominar a partir de então, não se presta a determinar a prescrição retroativa, posto que a prescrição que é extraída do máximo da pena é a abstrata. Assim, a prescrição em questão terá por base a nova decisão condenatória.

Se o juiz se convencer pelo perdão judicial, é válida a análise das correntes doutrinárias outrora expostas. Assim, se determinada natureza condenatória a essa decisão, a prescrição retroativa pode ser aplicada. Se, contrariamente, se decidir conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, que esta decisão é declaratória de extinção de punibilidade, não há de se falar em prescrição.

Ademais se salienta que o Supremo Tribunal Federal admite natureza condenatória no caso acima, determinando que, como não há imposição

de pena, que a prescrição retroativa tenha como base a pena mínima cominada ao delito. Nesse sentido RT 124/1.238, a saber:

Fere à equidade admitir que o réu perdoado (e isento de pena) fique em pior situação do que aquele contra o qual foi aplicada pena. Impõe-se, pois, concluir que, no caso de aplicação do perdão judicial, a prescrição em concreto regular-se-á pela pena mínima do delito

Quanto à decisão que determinou pena restritiva de direito, como está é dada em substituição da privativa de liberdade, calcula-se a prescrição retroativa por essa reprimenda aplicada e substituída.

O último pressuposto para aplicação da prescrição em estudo é o trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso. Esse requisito é extraído da “pena justa” que ocorre quando já estão esgotadas as possibilidades de agravação da pena, podendo ser apenas mantida ou minorada.

Essa pena justa se dá tanto na ausência de recurso da acusação, quando desde já haverá o trânsito em julgado para este órgão, quanto na sua existência. Quanto presente essa indignação ministerial verifica-se varias situações.

Verificado o improvimento do recurso, não haverá como agravar a reprimenda, existindo assim a chamada pena justa que legitima a prescrição retroativa.

Por outro lado, o recurso, ainda que admitido, pode visar apenas situações alheias ao agravamento da pena como a discussão sobre os tipos de condições impostas ao acusado a título de *sursis*. Neste caso como já se encontra formada a pena justa, o Tribunal pode reconhecer, desde logo, a presente prescrição.

Quando, ademais, o recuso provido visa agravar a situação do condenado, a pena justa só será obtida após o julgamento final desse, momento em que se verificará a aplicação da prescrição retroativa. Assim, independente da alteração do lapso prescricional devido o agravamento da pena, havendo a pena justa e com base nela verificando a existência prescrição retroativa, essa deverá ser reconhecida.

Discussões surgiram em torno da afirmação alhures, todavia outro não é o correto entendimento do instituto. Nesse sentido Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 127):

Com esse arquétipo, podemos chegar a conclusão de que é falsa a afirmação de autores que estipulam que o provimento do recurso acusatório, alterado o prazo prescricional, impede o reconhecimento da prescrição. na verdade, tal circunstância só impedirá a prescrição retroativa se o novo prazo não transcorrer entre as interrupções; se, apesar de exasperado – como é o nosso exemplo -, o prazo transcorreu entre as interrupções, o provimento do recurso acusatório, com alteração do prazo prescricional, não impede o reconhecimento da prescrição retroativa.

(...)

Podemos resumir o último pressuposto para o reconhecimento da prescrição retroativa com as seguintes palavras: enquanto não verificada a *pena justa*, não poderá ser declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Frisa-se que ainda há divergência sobre essa amplitude na aplicação do instituto. É o caso do Damásio (JESUS. 2008. p. 139) e Lozano Júnior (LOZANO JR. 1997. p. 177 e 109) que asseveram a impossibilidade da análise da ocorrência ou não dessa prescrição nos casos em que o recurso da acusação que visa o agravamento da pena altere o prazo prescricional. Esse trabalho apresenta posição diversa uma vez que admite a análise da ocorrência desse instituto nesses casos. Não há lógica no tratamento diferenciado entre as hipóteses em que a pena justa só é alcançada o juízo *ad quem*. Independentemente da modificação dos prazos prescricionais pela elevação da pena, uma vez verificada a fruição do prazo prescricional, este instituto deve ser reconhecido sob pena de prejuízo ao réu.

Por fim, assevera-se que nada se mencionou a cerca do recurso da defesa, posto que esse em não interfere na formação da pena justa.

Para a contagem do prazo é levado em conta a pena imposta com todas as suas agravações ou atenuações. Esta, outrossim, será remetida aos lapsos do artigo 109 do Código Penal. Ademais, quando se tratar de crime continuado ou concurso formal próprio, a majoração imposta na pena será desprezada para fins de cálculo prescricional. Essa é a orientação do Supremo

Tribunal Federal pela Súmula 497. O fundamento para tanto é trazido por Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 131), a saber:

(...) ora, se nas hipóteses mais grave, que é o concurso material, os prazos prescricionais são computados separadamente em relação a cada crime, sem majoração (as penas são somadas, mas o prazo é singular de cada delito), não seria justo que, em casos menos severos, fosse computado o devido aumento.

Frisa-se que assim como na prescrição abstrata, as causas redutoras da prescrição constante no artigo 115 do Código Penal são também aplicadas.

Os marcos prescricionais dessa modalidade prescricional são os mesmos outrora apresentados, com a única distinção de que são calculados retroativamente, começando do última causa interruptiva à primeira. São estes marcos (em ordem retroativa): data da publicação da sentença condenatória (ou da data do acórdão condenatório) à do recebimento da denúncia ou queixa; da data do recebimento da denúncia ou queixa à do fato consumado.

Por fim, essa prescrição só pode ser reconhecida após a decisão condenatória e a existência da pena justa (trânsito em julgado para a acusação). Quanto a isso imponente discussão se opera, qual seja, a possibilidade do próprio juiz de primeiro grau prolator da sentença poder reconhecer essa prescrição.

O argumento argüido a favor da impossibilidade desse reconhecimento é trazido por Damásio de Jesus (JESUS. 2008. p. 144 e 146), Rodrigues Porto (PORTO *apud* SCHMIDT. 1997. p. 140/141), e pelos julgados JATACrimSP 94:455, RT 767:718, dentre outros. Afirmam que como se faz necessário o trânsito em julgado para a acusação (pena justa), não há como já na sentença, que é anterior a esse trânsito, reconhecer a prescrição. Ademais, salientam que o juiz esgotou sua jurisdição ao sentenciar e devido a isso, não pode reconhecer que não mais havia a pretensão punitiva estatal. Se assim o fizer estará reformando sua própria decisão, o que é proibido.

Quem admite esse reconhecimento em primeira instância invocam o princípio da economia processual, posto que uma vez chegando o recurso no Tribunal será cabalmente extinto. Ademais, afirmam que em obediência ao

disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal, a extinção de punibilidade, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida em qualquer momento processual, inclusive em primeiro grau. Nesse sentido Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 141), Lozano Júnior (LOZANO JR. 2002. p. 180), TJSP RT 678:319, JUTACRIM 86:160, RT 639:364 e etc.

3.3 Prescrição intercorrente

É uma modalidade da prescrição da pretensão punitiva que, assim como a retroativa, regula-se pela pena aplicada na decisão condenatória. Ademais, essa denominação se dá tendo em vista que essa prescrição se volta ao futuro, ou seja, ela flui entre datas posteriores ao seu marco inicial (publicação da decisão condenatória).

Schmid (SCHMIDT. 2002. p. 154) traz como objetivos dessa prescrição impedir a demora doentia nos julgamentos dos recursos pelos Tribunais, bem como o retardamento na intimação do réu das decisões condenatórias.

O artigo 110, § 1º do Código Penal regula esse instituto trazendo no seu bojo 03 (três) requisitos para sua aplicação. Estes se assemelham aos da prescrição retroativa.

O primeiro deles é a inocorrência da prescrição abstrata e retroativa. Por questões lógicas só se passará a análise da prescrição que flui entre a decisão condenatória e o transito final se até o momento não ocorreu a extinção da punibilidade do Estado, sendo esta extinção a prescrição abstrata ou retroativa.

O outro pressuposto é a existência de sentença condenatória. Como essa prescrição é calculada com base na pena em concreto e esta é exarada de uma sentença condenatória, esta última vem a ser elemento essencial para a formação da prescrição em estudo.

Por último há a necessidade de trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento de seu recurso. São validas aqui as mesmas considerações apresentadas na modalidade prescricional acima, qual seja, apesar do artigo falar apenas no prévio trânsito em julgado pra acusação ou, quando da existência de recurso, esse ser julgado improcedente, é possível a constatação dessa modalidade prescricional na procedência do recurso bastando para tanto a verificação da pena justa. Assim, esse elemento traduz na verdade a necessidade da formação da pena justa, quer em sede de juízo *a quo* quer no juízo *ad quem*, independente, ademais, da alteração ou não do que possa haver no prazo prescricional pelo elevação da pena outrora imposta. Desse modo uma vez existente a pena justa, relaciona-se esta ao artigo 109 do Código Penal e constatando-se a fruição do prazo prescricional entre os termos inicial e final, extinta esta a punibilidade estatal pela prescrição intercorrente.

Nesse sentido, novamente, Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 156):

Havendo recurso acusatório que pleiteie aumento de pena, a prescrição intercorrente só poderá ser reconhecida após o exame do mérito. Restando improvido, pode-se, então, analisar a intercorrência do prazo. Se obtiver provimento, mas não alterar o prazo prescricional, incidindo-se este entre a publicação da sentença e o julgamento do recurso, decreta-se a prescrição subsequente. Se houver majoração do prazo prescricional, de tal forma que a alteração evite o transcurso do prazo até a decisão do órgão *ad que*, impedida estará a prescrição intercorrente. No entanto, se apesar do aumento do prazo prescricional, em virtude do provimento do recurso acusatório, o interregno extintivo incidir entre a última interrupção e o julgamento da irresignação, declara-se extinção da punibilidade.

(...)

Se o recurso acusatório não pleitear a exasperação da pena, pode-se reconhecer, antes mesmo da análise do mérito, a prescrição intercorrente.

Cabe ressaltar que esse tipo de prescrição não prescinde a existência de um recurso. Como já delineado nos fundamentos dessa prescrição traçados outrora, pode acontecer do réu não ser encontrado para a intimação da decisão fluindo o prazo prescricional na sua inteireza.

Só a título de esclarecimento, o termo inicial dessa prescrição é a data da publicação da sentença condenatória ou a data da sessão de julgamento

do recurso se a condenação vier em sede de Tribunal. Ademais, como bem salientado por Schmidt (SCHMIDT. 1997. p. 157) pode ocorrer diversidade de termos iniciais nos casos em que há concurso de agentes, posto que há a possibilidade um ser condenado em primeiro grau e outro apenas em segundo grau.

O termo final é a data do trânsito em julgado final da sentença condenatória, quando todas as irresignações a título de recurso foram analisadas, inclusive o recurso especial e extraordinário.

A contagem do prazo dessa prescrição em muito se assemelha com a prescrição retroativa, uma vez que com base no prazo prescricional do artigo 109 do Código Penal subsidiado pela pena justa obtida da decisão condenatória, verificará entre os marcos acima expostos a ocorrência dessa fruição integral. Cabe apenas salientar que a redução trazida pelo artigo 115 do Código Penal também se aplica aqui.

O efeito extensivo dos recursos (artigo 580 do Código de Processo Penal) é entendido como aquele em que, nos caso de concurso de agentes, a decisão do recurso de um dos co-réus, se fundado em motivos que não seja de caráter exclusivamente de cunho pessoal, aproveita aos demais. Este instituto é aplicado de forma restrita nessa modalidade prescricional. Explica-se:

Quando há a interposição de recurso por um dos co-réus, mas já houve o trânsito em julgado para os demais não que se falar na aplicação da prescrição intercorrente posto que para estes o termo final dessa prescrição já se operou. Em sentido diverso, quando há o recurso e não houve ainda o transito em julgado final para os demais co-participantes, o efeito da ocorrência dessa prescrição ao primeiro se estende aos demais.

Outrossim, quanto aos demais, reporta-se as questão já apresentadas alhures na prescrição retroativa.

4. PRESCRIÇÃO VIRTUAL

4.1 Origem, natureza jurídica e conceito

Também chamada de prescrição em perspectiva, prescrição retroativa antecipada, prognose prescricional, dentre outros, tem sua origem, conforme texto de Bruno Nascimento Amorim¹, “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”. Ademais, confirmando esse conflito em torno dessa prescrição, Amorim² assevera que:

Hoje, embora o embate 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 número de juízes e promotores eu utilizam de tal tese, seja para arquivar o inquérito policial, seja para trancar a ação penal, é bastante grande.

Como se afere pelos trechos acima, tema muito tormentoso na doutrina diz respeito sobre a existência e validade desse instituto. Tanto é assim que nem mesmo no que tange ao conceito há uniformidade, devido à divergência existente quanto a sua natureza jurídica.

Para melhor elucidação da questão e posterior conceituação, apresenta-se o seguinte caso extraído do texto de Tiago Bockie de Almeida³:

Um exemplo que se dá é o de determinada pessoa responsável pela prática do crime de extorsão indireta, previsto no at. 160 do

¹ Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=2). Acesado em: 23 de outubro de 2008.

² Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=2). Acesado em: 23 de outubro de 2008.

³ Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/TiagoBockieQuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2008.

Código Penal, cuja pena privativa de liberdade é fixada no patamar de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão. Realizado o enquadramento no art. 109 do Código Penal, obtém-se o prazo prescricional de 8 (oito) anos (art. 9, inc. IV, do Código Penal)

O fato foi consumado em 01/01/2005. Constata-se, de logo, que não houve o decurso do prazo prescricional de oito anos, não incidindo, nesta hipótese, a prescrição em abstrato prevista no art. 109, *caput*, do Código Penal.

Ocorre que, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são, de todo, favoráveis ao agente, bem como não existem circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena, o que resultaria imposição de uma pena próxima do mínimo legal. Considerando-se a pena hipoteticamente obtida e que seria aplicada ao acusado em caso de suposta condenação após o encerramento do processo penal, verifica-se que, após novo enquadramento no art. 109 do Código Penal, o fato estaria prescrito no prazo de 4 (quatro) anos.

Assim, entre a data da consumação da infração e o recebimento da denúncia, já teria havido o decurso do prazo prescricional (...).

O exemplo dado funda-se em balizas que serão aqui esplanadas ainda de forma superficial.

A primeira dela diz respeito à antevisão da pena em concreto. A prescrição virtual traz como premissa balizar para sua constatação essa possibilidade. Tal preceito significa que pela simples atividade intelectual desenvolvida com base em aspectos objetivos da dosimetria da pena, é viável a previsão com antecedência, ainda que de modo aproximado, a pena a ser cominada ao agente.

Assim, pelas circunstâncias do caso, exemplo: réu primário, de bons antecedentes e sem existência de quaisquer causas que agravem a pena, sabe-se que este não sofrerá uma condenação superior ao mínimo legal, pois para o transpor desse limite, como bem afirma Paula Adriana Pires Francisco e Ivan Martins Motta⁴, “são necessárias uma série de fatores seguros e comprovados que possa realmente majorar a pena acima do mínimo legal. A fixação da pena no mínimo legal é verdadeiramente um direito de qualquer condenado”.

Com base nisso passa-se para a segunda questão elementar, qual seja, a verificação da futura prescrição retroativa. Tal constatação exara-se do seguinte raciocínio: a partir da análise do prazo prescricional contido no artigo 109

⁴ Disponível em : [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601\(2\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601(2).rtf). Acesso em 23 de outubro de 2008.

do Código Penal calculado com base na pena hipotética, afere-se o transcorrer desse entre os marcos da prescrição retroativa estudados outrora.

O fim a ser alcançado com esse entendimento é a constatação da futura prescrição retroativa que, por assim proceder, gera a inutilidade do processo, posto que este está fadado a ser extinto.

Para os que admitem este instituto, o que fora até aqui exposto é aceito em sua inteireza havendo bipartição no que diz respeito à razão pela qual é extinto o processo. Essa divergência advém da anterior discussão a cerca da natureza jurídica dessa prescrição, o que se passa a analisar.

A corrente tradicionalista entende a prescrição virtual como uma causa extintiva da punibilidade. Argumentam seus defensores⁵ que o que se reconhecerá ao final é a prescrição retroativa de maneira antecipada, e em sendo esta uma causa extintiva da punibilidade, outra não pode ser a natureza jurídica desse instituto já que advém daquele.

Todavia uma nova tendência vem se apresentando, sendo seu principal patrono Macedo⁶. Este refuta a anterior argumentando que melhor técnica é aquela que aponta tal instituto como uma causa de carência da ação penal, considerando, para tanto, que a nomenclatura utilizada para este instituto não traduz a realidade, pois transmite a falsa idéia de que se trata de causa de extinção da punibilidade. o surgimento desse entendimento se deu pela análise de duas situações distintas, quais sejam: o efeito que a prescrição virtual causa na ação penal quando aquela se verifica antes do oferecimento da denúncia, bem como a ausência de dispositivo legal que discrimine tal prescrição como causa extintiva da punibilidade.

Dispõe Igor Teles Fonseca de Macedo⁷:

⁵ PAGANELLA, PRADO *apud* GUIMARÃES. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/vdisk4/data/MonoMirianPrescri%E7%E3oVirtual.pdf>. Acessado em 23 de outubro de 2008; Recurso em Sentido Estrito nº 1999.04.01.006707. TRF 4ª Região. DJU 7.2.2001.; HC nº 70018097741.TJRS. 6ª Câmara. Rel. João Batista Marques. J. 8.3.2007.

⁶ MACEDO *apud* MOREIRA. Disponível em: http://www.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acesso em: 23 de outubro de 2008.

⁷ MACEDO *apud* GUIMARÃES. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/vdisk4/data/MonoMirianPrescri%E7%E3oVirtual.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2008.

A respeito da real Natureza jurídica do instituto sub oculi, há de se respeitar que conquanto comporte na sua nomenclatura o vocábulo “prescrição”, ele não pode ser considerado como uma modalidade desta, porquanto as causas extintivas da punibilidade, bem como salientam os pensadores contrários à prescrição em perspectiva, necessitam, por uma questão de segurança jurídica, de previsão expressa.

Ademais complementa Moreira⁸:

Nesta esteira, a doutrina moderna, analisando o instituto em tela, adota a natureza jurídica para a prescrição retroativa antecipada, como sendo um evidente caso de carência da ação (...) Isto leva a percepção que, desde a propositura da ação penal ou durante o curso do processo, haveria a flagrante hipótese de falta de interesse de agir à acusação, falecendo assim o interesse-utilidade, haja vista que se trata de ação que terá por fim, não a condenação ou absolvição do acusado, mas a extinção do feito após a sentença.

É com base nos dados até então apresentados que extrai-se os dois tipos de conceitos existente para esta prescrição.

Posicionando-se a favor da adoção dessa prescrição como causa extintiva da punibilidade é Fernando Capez parafraseado por Guimarães⁹ ao discorrer que “a prescrição em perspectiva é a prescrição reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz, no momento futuro da condenação.”

Já Macedo¹⁰ descreve que:

(...) é o reconhecimento da carência da ação por parte do Estado-Acusador, ou do particular imbuído na função de acusar, a depender do caso concreto, em decorrência da constatação irrefragável, ou com elevadíssimo grau de certeza, de que

⁸ Disponível em:

http://www.unisul.br/content/navitacontent/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acesso em: 23 de outubro de 2008.

⁹ Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/vdisk4/data/MonoMirianPrescri%E7%E3oVirtual.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2008.

¹⁰ MACEDO *apud* GUIMARÃES. Disponível em:

<http://www.clubjus.com.br/vdisk4/data/MonoMirianPrescri%E7%E3oVirtual.pdf>. Acessado em: 23 de outubro de 2008.

ocorrerá no instante da prolação da sentença, no hipotético caso de condenação, a prescrição retroativa (...)

Assim, apesar da diversidade na conceituação há apenas uma finalidade para os que admitem tal prescrição: a impossibilidade do réu sofrer, ou continuar a sofrer, o dissabor da ação penal tendo em vista a futura ocorrência da prescrição retroativa.

2. Apontamentos sobre as três correntes

Como já salientado anteriormente, três diferentes visões são as apresentadas na atualidade sobre o tema em pauta. Para o melhor estudo passa-se a análise de cada uma delas.

A primeira, corroborada principalmente pelos Tribunais Superiores, é aquela que refuta a existência da prescrição antecipada. Diversas são as razões elencadas para tal repúdio. São elas:

a) *Da falta de previsão legal*: defende de modo ferrenho que o rol trazido pelo Código Penal quanto às causas extintivas da punibilidade, bem como as hipóteses prescricionais, são taxativas não podendo ser ampliadas sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Corroborando esta tese é a jurisprudência a seguir:

PENAL. PRESCRIÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENUNCIA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. Não encontra amparo legal a decretação da extinção da punibilidade do delito, pelo reconhecimento da prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal, com base na pena que supostamente seria aplicada aos réus em caso de condenação.

2. O magistrado não pode agir como legislador, afastando-se do texto expresso da lei penal que rege a matéria e, antes mesmo de prolatar da sentença, levando em conta a possibilidade futura e aleatória de que a pena que vier a ser concretamente aplicada

estará prescrita, criar ma nova hipótese de extinção da punibilidade do delito.

3. Assim agindo, estará violando os arts. 109 e 110 do Código Penal, que rege a prescrição penal.

4. Recurso ministerial provido. Decisão reformada. Denúncia recebida. Retorno dos autos ao juízo para prosseguimento (RCCR 200.03.99.016437-3. TRF. 3ª Região. 5ª Turma. Rel. Ramza Tartuce. DJU. 12.11.2002) (g.n.).

b) violação ao princípio da presunção de inocência: o presente princípio está constitucionalmente previsto e estabelece que o ônus da culpa somente pode ser culminado a quem possui contra ele uma sentença penal condenatória transitada em julgada. Nos dizeres de Tiago Bockie de Almeida¹¹:

O princípio da presunção de inocência, enunciado no art. 5º, inciso. LVII, da Constituição Federal, estabelece que, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado, impossibilitando, portanto, a antecipação de qualquer efeito final de uma futura condenação.

E justamente nessa impossibilidade de precipitação dos efeitos da condenação que se apóia essa corrente. Ela declara que o instituto em comento, ao antever a pena hipotética, está “antevendo-o (o delinqüente) como responsável pela prática da infração criminal, o que implicaria em violação ao estado de inocência do réu”¹².

Ademais, acoplado a esse argumento é o entendimento de que o réu tem direito a uma sentença de mérito, cuja solução poderá ser pela absolvição do réu. Extrair essa possibilidade, argumentam seus defensores, é retirar do agente um direito garantido.

Nesse sentido as jurisprudências:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INADMISSIBILIDADE.

¹¹ Disponível em:

<http://www.portalciclo.com.br/downloads/TiagoBockieQuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2008.

¹² Disponível em:

<http://www.portalciclo.com.br/downloads/TiagoBockieQuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2008.

Além de atentar contra o *due process of law*, retirando do réu a possibilidade de ver proclamada a sua inocência, a chamada prescrição projetada não encontra amparo legal, sendo sistematicamente repudiada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Ordem denegada. (HC 357.337-3/Sumaré. TJSP. 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. Segurado Braz. j. 21.8.2001) (g.n.).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LESÕES CORPORAIS GRAVES. PRESCRIÇÃO DECRETADA ANTES DE PROFERIDA A SENTENÇA CONDENATÓRIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

(...) A decretação antecipada, ainda sob a justificativa de agilização da justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da sentença condenatória. Recurso provido para anular a decisão e ordenar que a ação penal prossiga em seus ulteriores termos, na forma prevista em lei. (SER 126012000. TJPR. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Plínio Cachuba. J. 1..41993) (g.n.).

c) *Violação ao princípio do contraditório e ampla defesa*: o contraditório garante que as partes do processo apresente suas manifestações e reações, possibilitando assim um verdadeiro diálogo com o juiz capaz de formar a correta convicção desse. Asseguram os adeptos dessa corrente que esse necessário diálogo fica anulado frente a prescrição virtual, uma vez que ao antever a futura condenação e extinguir a punibilidade do acusado, a parte contrária não tem oportunidade de se manifestar a respeito.

Uma vez ferido o princípio acima, cai por terra o da ampla defesa, pois aquele é pressuposto desse. Ou seja, o princípio da ampla defesa preconiza que uma vez aberta a oportunidade de manifestação, essa se dê de modo efetivo e, como o próprio nome determina, amplo.

Assim, argumentam seus precursores que o réu, diante da existência dessa prescrição antecipada, acaba por perder o direito de defender das alegações postas contra ele e provar sua inocência, possibilidade esta que lhe é conferido constitucionalmente através dos princípios ditos acima.

Este foi o argumento usado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a seguir:

PRESCRIÇÃO ANTICIPADA. RECONHECIMENTO COM BASE NA PENA QUE PODERIA SER APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO. OCORRÊNCIA.

É impossível reconhecer a prescrição antecipada com base na pena aplicada (...), pois cerceia o direito de acusação de ver o autor de um crime julgado e o direito do Ru de defender e provar a sua inocência, além de antecipar o julgamento condenatório, sem possibilitar a defesa do acusado, ferindo princípios constitucionais. (AC 1309125/6. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. 2ª Câmara. Re. Juiz Oliveira Passos. J. 13.6.2002).

d) violação aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal: dispõe o princípio da obrigatoriedade que uma vez presentes os elementos tipificadores o Órgão Ministerial não pode, por questões de conveniência e oportunidade, se eximir de propor a ação penal competente. Por sua vez, o princípio da indisponibilidade da ação penal determina que uma vez proposta o *paquet* não pode desistir da ação.

Alegam os defensores desse posicionamento que a aplicação da prescrição em pauta advém de um juízo de discricionariedade ao prevê a inutilidade do fito tendo em vista o adiantar da futura prescrição retroativa, o que é vedado pelos princípios supracitados.

e) violação do devido processo legal: este princípio regulamenta que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, Constituição Federal). Pegando-o como base, argumentam essa primeira corrente que a antevisão da condenação que fundamenta a prescrição antecipada é feita sem o devido processo legal, o que torna toda essa prescrição nula, devendo ser rejeitada sua aplicação.

f) insuficiência dos elementos que fundamentam a convicção do magistrado: alega-se a impropriedade da pena hipoteticamente deduzida, pois no momento de seu reconhecimento não há meios suficientes para antever com certa precisão a reprimenda justa ao caso, posto que há insuficiência do quadro probatório.

g) anulação da ocorrência da ‘emendatio libelli’ e ‘mutatio libelli’: estão previstas nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal. A finalidade desses institutos é “corrigir a capitulação legal constante na denúncia ou

queixa”¹³, quer pela discriminação equivocada da tipificação frente os fatos alegados, quer pela alteração dos fatos que acarreta modificação da capitulação legal.

A prescrição virtual, por incidir antes da prolação da sentença penal condenatória e poder se dá antes mesmo da instauração do processo, impede, para uma parte da doutrina, a ocorrência dos institutos alhures, posto que o momento oportuno para o surgimento de provas capazes de alterar a tipificação criminosa é na instrução, que poderá não ocorrer.

O óbice a essas mudanças na definição legal vem a ser prejudicial, pois as alterações poderiam ter o condão de modificar o prazo prescricional ao ponto de não mais existir hipótese de extinção da punibilidade.

h) impossibilidade de ocorrência frente a inexistência da prescrição retroativa: pelo até aqui explanado, a provável existência da prescrição retroativa é um elemento essencial para a prescrição antecipada. Ocorre que esta só ocorre após a sentença penal condenatória porque é baseada na pena em concreto extraída dessa decisão.

Assim, argumentam seus defensores que é ilógico o entendimento de que a prescrição virtual possa existir se nem mesmo a que a origina exista.

Juntamente com a primeira razão exposta, qual seja, falta de fundamentação legal, estas vêm a ser as alegações mais contundentes dessa corrente.

Findado os fundamentos desse primeiro entendimento, passa-se a análise dos posicionamentos que admite sua aplicação. Frisa-se que essas duas correntes aceitam o efeito fim trazido pela prescrição em comento, divergindo apenas no que diz respeito à natureza jurídica do instituto, o que, por si só, acarreta conseqüências percursionais diversas.

Desse modo, trazem-se agora os fundamentos admitidos pelas duas correntes e ao final serão apontadas suas peculiaridades.

¹³ Disponível em:

<http://www.portalciclo.com.br/downloads/TiagoBockieQuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2008.

a) *ausência do interesse de agir*: este é um dos fundamentos basilares dessa doutrina.

O interesse de agir está inserido no instituto condições da ação que, por sua vez, se encontra definido expressamente no Código de Processo Civil, não encontrando semelhante disposição no Código de Processo Penal. Todavia, apesar da leviandade do legislador penal em não aduzi-lo claramente, sua aplicação no âmbito repressivo é perfeitamente admitida.

Tal exegese se extrai justamente da oncologia do próprio instituto, uma vez que o direito de ação, qualquer que seja o direito material nele envolvido, para seu regular exercício, depende, essencialmente, da verificação de certos requisitos tidos como mínimos. Dá-se a essas elementares mínimas o nome de condições da ação. Neste sentido é a citação de Scarance Fernandes trazida por Luiz Otávio de Oliveira Rocha¹⁴: “Para que o exercício da ação se apresente regular se faz necessário preencher aquelas condições mínimas previstas no sistema processual (condições da ação)”

Ademais, outro não pode ser o entendimento em atenção ao que dispõe o artigo 43, III do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

(...)

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

Assim, uma vez cediço a necessidade de verificação das condições da ação, passa-se a análise de uma em específica, qual seja, o interesse de agir.

Interesse de agir pode se conceituado, segundo Nelson Nery Júnior¹⁵ como:

¹⁴ Disponível em:

http://74.125.113.104/search?q=cache:QkPropiaZyEJ:www.juspodivm.com.br/i/a/%257B396B2EAA-A38B-4949-91F3-201ECA77BC2%257D_013.pdf+interesse+de+agir+no+processo+penal&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

¹⁵ NERY JUNIOR *apud* CELSO NETO, disponível em:

<http://forum.jus.uol.com.br/discussao/39922/interesse-de-agir/>. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando esta tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.

Esclarece ainda Sérgio Bermudes¹⁶:

Necessidade e adequação, eis o binômio de cuja integração depende a formação do interesse processual, ou interesse de agir a que o Código alude, junto com as outras condições gerais da ação, no seu art. 267, VI, e também no art. 3º

Como se afere, dois importantes pontos se extrai dos conceitos acima: necessidade da tutela jurisdicional e a adequação do meio. Inserido está, ademais, na necessidade a idéia de utilidade da prestação jurisdicional, que se verifica pelo “ponto de vista prático” como se delineou Nery alhures. Tanto é assim, que Ada Pellegrini Grinover em seus livros “Nulidades do Processo Penal” e “Recursos no Processo Penal” destrincha esta condição em interesse-adequação e interesse-utilidade, como bem ressaltou Fayet Júnior (GRINOVER *apud* FAYET JUNIOR. 2007. p. 160), sendo esta última traduzida da seguinte maneira (BONFIM *apud* FAYER JUNIOR. 2007. p. 161):

No que tange à utilidade, expressa-se ela no caso concreto na idoneidade do processo para ensejar, em seu final, os efeitos eu dele deseja. A ação penal tem por finalidade impor determinada pena ao acusado. Se por qualquer motivo existente no caso concreto essa pena não mais possa ser imposta, então o ajuizamento da ação será inútil, de modo que será inexistente o interesse de agir.

Tendo em vista os conceitos supramencionados, clara é a afirmação, segundo os defensores dessa corrente, que a prescrição virtual carece de interesse de agir. Tal demonstração se dá pelo exemplo que colaciona-se (BOSCHI *apud* FAYER JUNIOR. 2007. p. 161/162) :

Suponhamos que alguém pratique um crime de rixa qualificada (parágrafo único do artigo 137 do Código Penal), cuja pena em abstrato varia entre 6 (seis) meses e 2 (dois) anos de detenção e

¹⁶ BERMUDES *apud* CELSO NETO, disponível em: <http://forum.jus.uol.com.br/discussao/39922/interesse-de-agir/>. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

que em razão da demora na fase pré-processual a denúncia só tenha sido oferecida 2 (dois) anos e 1 (um) dia após o fato. Neste caso, não há dúvida que o processo, ante o recebimento da denúncia, continuará sua marcha até a sentença, porque a prescrição, em caso de rixa, cuja pena máxima, em abstrato, é de 2 (dois) anos, ocorre no prazo de 4 (quatro) anos. Se o autor da rixa, todavia, vier a ser condenado a pena de 10 (dez) meses de detenção (um pouco acima do mínimo legal) a sentença 'não reunirá aptidão e força para ser executada'. É que ante a quantidade da pena nela concretizada, o prazo prescricional reduz-se para 2 (dois) anos, prazo este que, no exemplo dado, já teria se verificado entre a data do fato e a data do primeiro marco interruptivo, que é a decisão de recebimento da denúncia.

Pelo exemplo transcrito, não há sentido prático na persecução penal, pois o fim almejado, qual seja, a condenação e posterior execução desta, não poderá ser concretizado, pois a sentença será fatalmente fulminada pela prescrição retrativa que apaga todo e qualquer efeito condenatório. Esse processo, caso ocorra, será inegavelmente inútil posto que toda desgaste da máquina judiciária será inócuo, alcançando o nada. Desse modo fica evidente a carência da ação (falta de interesse de agir) diante da prescrição antecipada.

Neste sentido a jurisprudência:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A DATA DO FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR CRIME CAPITULADO NO ART. 171, *CAPUT* DO CP.

Se dos autos se percebe, desde logo, não ter resultado útil a ação penal pela impossibilidade da aplicação de eventual sanção, carece o Estado de interesse de agir. A previsão de que o processo não terá qualquer efeito prático a não ser o desperdício de tempo dos envolvidos e dos recursos públicos, justifica a não movimentação da máquina judiciária. Circunstâncias objetivas e subjetivas a indicar que, na pior das hipóteses, em caso de condenação, a pena não seria superior a 2 (dois) anos, regulando-se a prescrição pelo art. 109, V, do CP que prevê lapso temporal de 4 (quatro) anos. Período já transcrito entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Recurso improvido por maioria. (RSE nº 70009567181. TJRS. 8ª Câmara Criminal. Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremaia Kubiak. J. 3.11.2004).

b) falta de justa causa para a ação penal: assim como o argumento transcrito acima, este fundamento vem a ser um dos que dão maior propriedade a essa corrente doutrinária. Ademais, com as recentes alterações do Código de

Processo Penal, em especial a trazida pela Lei n. 11.719/2008 que traz nova roupagem ao artigo 395 que incluiu a ausência de justa causa como juízo negativo de admissibilidade da acusação, maior corpo se dá a esse entendimento.

Quanto à conceituação desse instituto, não há passividade, havendo quem entenda estar esta abrangida pelas condições da ação e outros que a tratam de modo mais genérico, como uma causa de viabilidade da ação penal. Adota-se no presente trabalho este último posicionamento, posto que se entende que a justa causa “sugere um pragmatismo jurídico de alguma amplitude, dissociado dos aspectos formais do processo e capaz de sobrepor-se mesmo ao conteúdo do direito material com o qual é cotejado”¹⁷.

Assim, a justa causa pode ser entendida como (MOURA. 2001. p. 223):

A análise da justa causa, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal (...) demonstra a existência de fundamento de fato e de direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevalecte, ao mérito. Daí afirmamos não constituir ela condição da ação penal, nem de procedibilidade.

Desta feita, este instituto adentra ao mérito da questão por envolver o conteúdo da acusação. Daí, com precisão, afirma Arruda Miranda¹⁸ que “a falta de justa causa para a ação penal é a falta de amparo legal, é a restrição indevida da liberdade individual, é o abuso de direito, ou de poder, é a acusação injusta, arbitrária, sem fomento de direito”.

É neste contexto de acusação injusta e arbitrária que os adeptos dessa corrente inserem a prescrição virtual como ausência de justo motivo. Como já salientado no tópico anterior, através da transcrição do exemplo de Boschi, se depreende que devido à total inutilidade do processo, frente a ocorrência da

¹⁷ ARRUDA MIRANDA *apud* ROCHA. Disponível em: http://74.125.113.104/search?q=cache:QkPropiaZyEJ:www.juspodivm.com.br/i/a/%257B396B2EAA-A38B-4949-91F3-201ECA77BC2%257D_013.pdf+interesse+de+agir+no+processo+penal&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br. Acessado em 28 de outubro de 2008.

¹⁸ ARRUDA MIRANDA *apud* ROCHA. Disponível em: http://74.125.113.104/search?q=cache:QkPropiaZyEJ:www.juspodivm.com.br/i/a/%257B396B2EAA-A38B-4949-91F3-201ECA77BC2%257D_013.pdf+interesse+de+agir+no+processo+penal&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br. Acessado em 28 de outubro de 2008.

prescrição retroativa analisada sob a ótica da pena projetada, – associado ao princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento a frente delineado) – se tem uma perfeita tradução de processo penal injusto, arbitrário e ultrajante, que leva, inexoravelmente, a ausência de justa causa.

Assim expressa as jurisprudências:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE.

O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil. Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Assim, só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social. E a custas de desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. Desta forma, demonstrado que a pena projetada, na hipótese de uma condenação, estará prescrita, deve-se declarar a prescrição, pois a submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não intimidá-lo, numa forma de adiantamento de pena. É a hipótese em julgamento. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70018365668, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, j. 29.3.2007)

Salienta-se, por fim, que essa ausência, segundo o novo artigo 395 do Código de Processo Penal, é causa de rejeição da denúncia, o que vem a reforçar tudo o que fora acima aduzido.

c) princípio da instrumentalidade do processo e da economia processual: a teoria processual tem passado por importantes evoluções, estando, na atualidade, estritamente vinculada ao Estado Democrático de Direito e seu garantismo. Esta concepção garantista do processo é a base da teoria da instrumentalidade.

Em aspectos gerais, essa nova teoria imprime a idéia de que o processo não possui um fim em si mesmo devendo sempre zelar pela efetivação, a fim de solucionar a lide proposta.

Desta feita, Rangel Dinamarco¹⁹, classifica essa instrumentalidade em negativa e positiva. Aquela visa justamente a “negação do processo como um fim em si mesmo e significa um repúdio aos exageros processualísticos e ao excessivo aperfeiçoamento das formas”²⁰.

O aspecto positivo, por sua vez, está relacionado à efetiva obtenção da tutela jurisdicional, ou, em outras palavras, “está caracterizada (...) pela efetividade do processo, de modo que ele deverá cumprir integralmente toda a função social, política e jurídica.”²¹.

Por esses duas vertentes da instrumentalidade das formas, se tem que a característica precípua do processo vem a ser a “proteção de direitos e garantias individuais. (...) É o que denominamos instrumentalidade garantista”.²²

Segundo preconiza essa corrente doutrinária, não há como negar que a manutenção do processo até seu limiar, com a única finalidade de obtenção da pena concretamente prevista na sentença condenatória para só então reconhecer a prescrição retroativa operante, sendo que com um raciocínio hipotético alcançaria o mesmo fim, todavia em momento anterior a decisão, é apego demasiado a forma, circunstância largamente discriminada pelo ordenamento jurídico.

Frisa-se que o processo é apenas um instrumento para obtenção da satisfação de um direito, não podendo aquele servir de empecilho para este. Tal óbice, segundo os defensores dessa corrente, estaria evidente caso fosse negada aplicabilidade da prescrição antecipada, uma vez que sobrepujaria o meio em detrimento da inexorável ineficácia do provimento penal final. Ademais, argumentam que a nova finalidade do processo, qual seja, a proteção das garantias e direitos individuais, estaria posta de lado, situação que deve ser repelida.

¹⁹ DINAMARCO *apud* LOPES JR. Disponível em: HTTP://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

²⁰ LOPES JR. Disponível em: HTTP://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

²¹ LOPES JR. Disponível em: HTTP://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

²² LOPES JR. Disponível em: HTTP://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf. Acessado em: 28 de outubro de 2008.

O Tribunal Regional Federal da 4ª região assim dispôs no seguinte acórdão:

Como regra, não se pode cancelar a decretação da prescrição em concreto com base na pena que futuramente iria ser aplicada ao acusado, já que esta modalidade é estranha ao Direito Penal pátrio.

No caso concreto, ainda que típica a conduta, tendo em vista as peculiaridades presentes, deve-se reconhecer esta modalidade de prescrição, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo (RSE 199.70.01.008573/5. TRF. 4ª região. 8ª Turma. Rel. Juiz Wolkmer de Castilho. DJU 16.10.2002).

Outrossim, nessa estreita urge salientar sobre o princípio da economia processual que estabelece a proibição de movimentação da máquina a amparar um processo inútil. Este vem a ser mais uma vez, segundo essa doutrina, o caso da prescrição virtual, a qual, devido à impossibilidade de se efetivar a pena, haverá dispêndio desnecessário de tempo e gastos estatais.

d) da possibilidade da antevisão do quantum punitivo: apesar dos opositores dessa corrente se mostrar decididos quanto à inviabilidade da antevisão desse *quantum* punitivo, quer pela precariedade do quadro probatório, quer pela existência da discricionariedade do julgador na aplicação da reprimenda, os defensores dessa doutrina atestam sua perfeita viabilidade.

É certo que para a aplicação da pena deve-se observar o que dispõe os artigos 59 e 68 do Código Penal, o qual traça diretrizes objetivas e subjetivas para tanto.

O aspecto subjetivo desse processo – a qual se encontra a discricionariedade do julgador – está vinculado ao artigo 59 do diploma repressivo que determina a análise dos aspectos pessoais do agente, bem como da vítima. Todavia, como bem aponta Boschi²³, a “técnica de julgamento” da qual o magistrado lança mão para apontar a pena em concreto, ainda que sob o aspecto subjetivo, está previamente disposta e a disposição de todos os aplicadores do direito. Tal circunstancia, portanto, torna capaz a determinação, anda que aproximada, da reprimenda.

²³ BOSCHI *apud* MOREIRA. Disponível em: http://www.unisul.br/content/navitacontent/_userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acesso em: 23 de outubro de 2008.

Ora não se fala aqui no *quantum* exato da pena a ser aplicada, posto que, se assim o fosse, se estaria diante de um raciocínio mágico para sua obtenção. O que se depreende quando se assegura a possível antevisão da pena, é a previsão máxima da reprimenda que, pelas circunstâncias constantes nos autos, pode-se aplicar aquele caso.

Válida a colação da explanação trazida por Pacheco²⁴:

Tal antecipação de raciocínio afigura-nos perfeitamente possível, vez a verificação dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, antes do momento destinado à prolação de sentença de mérito, não se dá forma precisa e excessivamente minuciosa, até mesmo porque não se está, obviamente, aplicando pena concretamente. Ao contrário, cuida-se de saber, através da análise dos elementos constantes dos autos em consonância com o art. 59 do CP, qual seria o máximo da pena a ser aplicada no caso concreto, sendo a condenação possível. Em outras palavras, não se trata de afirmar que em caso de eventual condenação a pena aplicada será de ‘tantos anos, tantos meses’; mas sim da afirmação de que, em eventual condenação, a pena não ultrapassará ‘tantos anos ou tantos meses’. Assim sendo, é inegável que os elementos objetivos e subjetivos colacionados aos autos peãs investigações permitem ao Ministério Público e ao magistrado tal análise.

Assim, com base nessa pena máxima aplicada ao caso, que, frisa-se, para essa corrente é perfeitamente possível, poderá reconhecer, com certo grau de certeza, a prescrição virtual uma vez que a pena não ultrapassará aquele limite sob o qual fora feito o raciocínio.

Ademais, a alegação de insuficiência de provas para a constatação dos aspectos aduzidos no artigo 59 do Codex, também é repelida. Conforme assevera Moreira²⁵, o artigo 6º, VIII e IX do Código de Processo Penal estabelece que no inquérito policial deva constar circunstâncias alusivas a condição pessoal do acusado, o que, será o norte do aplicador do direito para a dedução da pena a ser aplicada.

²⁴ Disponível em: <HTTP://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334>>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

²⁵ Disponível em: http://www.unisul.br/content/navitacontent/_userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acesso em: 23 de outubro de 2008.

e) *princípio da proporcionalidade*: todo e qualquer ato emanado do Poder Público, independente de sua natureza administrativa, judicial e legislativa, deve ser revestido de proporcionalidade. Tal premissa se extrai da própria concepção de Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Maior.

Daniel Westphal Taylor²⁶ conceitua este princípio do seguinte modo:

Apesar da sofisticação teórica que dá sustentação ao aludido princípio, a idéia que o embasa é muito simples: todo ato proveniente do Poder Público deve ser proporcional, razoável, equilibrado, voltado, enfim, à satisfação dos interesses estatais, sem, todavia, acarretar um fardo desmesurado àquele que é atingido pela média.

Este princípio, ademais, é subdividido em três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro está vinculado ao “vício da ausência de proporcionalidade entre o motivo, meio e fim”²⁷. Ou seja, toda ação estatal (motivo) visa uma finalidade pública (fim) cujos meios (meios) para a satisfação dessa devem ser idôneos, além de guardar estrita relação. Assim, ainda que o ato seja condizente com a lei, é inidôneo, o que fere o princípio aqui aventado. Para melhor compreensão o doutrinador acima apresenta o seguinte exemplo²⁸:

Imagine-se uma repartição pública onde os funcionários, em número de cinco, não são suficientes para dar conta do serviço (motivo). Objetivando aperfeiçoar o serviço (finalidade), o chefe da repartição, obedecendo a todos os trâmites legais, providencia a compra de cinco computadores de última geração (meio). Descobre-se, porém, que todos esses funcionários, por conta da natureza do serviço, limitam-se a realizar o trabalho de campo, em local onde o uso dos computadores seria absolutamente inviável. Neste caso, malgrado a aparente legalidade do ato, sua inidoneidade para o alcance do fim proposto é evidente.

²⁶ Disponível em: [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). acessado em 9 de outubro de 2008.

²⁷ TAYLOR. Disponível em [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). acessado em 9 de outubro de 2008.

²⁸ TAYLOR. Disponível em [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). acessado em 9 de outubro de 2008.

A segunda subespécie, qual seja a necessidade, se traduz na escolha do meio menos gravoso para a persecução do fim almejado. Nesse sentido, “caso exista um meio menos agressivo, mas tão eficaz quanto aquele eleito, ter-se-á o ato como desproporcional por ofensa ao subprincípio da necessidade”²⁹.

A terceira e última espécie refere-se a proporcionalidade estrita. Esta é a proporcionalidade propriamente dita, a qual se sopesa a restrição oposta ao proveito por ele perquirido. Encontra respaldo no princípio em estudo a vantagem que é “suficiente para justificar a restrição”³⁰.

Analisados, em linhas gerais, esse princípio, os que admitem a existência da prescrição virtual aventam que a inutilidade do processo aniquila com a proporcionalidade-adequação, havendo necessidade de reconhecimento daquela prescrição.

Pormenorizam esses que e relação aos três elementos, o motivo é a desobediência a norma penal, praticando, assim, um fato típico; o meio é o processo penal e o fim é a restrição da liberdade pela aplicação da pena. Ora, uma vez sendo certa a inutilidade do processo frente à inexecução da pena aplicada se prolatada uma sentença condenatória, o que extermina com a finalidade acima exposta, o meio torna-se, de pronto, inadequado, inócuo e arbitrário. A permanência de tal circunstância faz com que esteja ausente a proporcionalidade necessária na aplicação dos atos estatais.

f) princípio da dignidade da pessoa humana: o processo penal traz consigo uma carga demasiada pesada ao acusado, porque, ainda que não seja essa a finalidade desse processo, cria-se, de modo até automático, “a imagem pública de delinqüente, associando todas as cargas negativas da sociedade de acordo com os preceitos em relação à classe social, cor, sexo, componentes étnicos e estéticos, entre outros”³¹.

²⁹ TAYLOR. Disponível em [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). Acessado em 9 de outubro de 2008.

³⁰ TAYLOR. Disponível em [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). Acessado em 9 de outubro de 2008.

³¹ SANTANA. Disponível em: [HTTP://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_2086](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_2086). Acessado em 1º de outubro de 2008.

Soma-se a este fato a argumentação trazida por Machado (MACHADO. 2000. p. 197) na qual o direito de punir, por ser a última *ratio*, só tem razão de ser se existente uma sentença penal condenatória. A sua não existência e perpetuação do direito de punir traduzido pelo surgimento ou continuidade da ação penal, leva a violação dos postulados do Estado Democrático de Direito, em especial violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a evidente constatação da prescrição virtual e, não obstante a esta situação, a continuidade da persecução criminal, leva, inegavelmente, ao constrangimento ilegal. Nesse sentido as doutrinas a seguir:

É evidente o constrangimento a que está sujeito o réu, que aguardará por longos meses seu julgamento para que, mesmo se condenado for, somente então se possa ter a prescrição reconhecida.³²

(...) submeter alguém aos dissabores de um processo penal, tendo a clareza de que será inútil, constitui constrangimento ilegal, uma vez que a mesma injustiça, decorrente da acusação posta sem que seja possível antever condenação do réu, existe quando não há possibilidade de cumprimento da sentença condenatória porque será alcançada pela prescrição.³³

Como já aventado outrora, os fundamentos supramencionados dão guarida para as duas correntes admissivas da prescrição em comento. Passa-se agora aos apontamentos dos pontos em que estas divergem.

A corrente mais tradicionalista, defendida por Lozano Jr (LOZANO JR. 2002. p. 181 e ss.), Regis Prado, Fernando Capez³⁴, Amorim³⁵, Taylor³⁶,

³² BRANDÃO *apud* SANTANA. Disponível em: HTTP://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_2086. Acessado em 1º de outubro de 2008.

³³ FERNANDES *apud* SANTANA. Disponível em: HTTP://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_2086. Acessado em 1º de outubro de 2008.

³⁴ PRADO, CAPEZ *apud* GUIMARÃES. <http://www.clubjus.com.br/vdisk4/data/MonoMirianPrescri%E7%E3oVirtual.pdf>. Acessado em 23 de outubro de 2008.

³⁵ AMORIM. Disponível em: ³⁵ Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=2>. Acesado em: 23 de outubro de 2008.

³⁶ TAYLOR. Disponível em <HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563>. acessado em 9 de outubro de 2008.

Rubens de Paula³⁷, dentre outros, começa por inserir esse instituto nas causas extintivas da punibilidade, como uma nova modalidade prescricional. Sendo assim, seu fundamento jurídico se afere pela interpretação extensiva do artigo 107, IV do Código Penal, bem como pelo princípio da proporcionalidade garantido, por sua vez, a nível constitucional.

Por se tratar de modalidade prescricional, a prescrição virtual pode ser reconhecida em qualquer momento processual tendo em vista a expressa disposição do artigo 61 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, a decisão que reconhecer a prescrição em estudo será extintiva de punibilidade, além de ser considerada sentença de mérito, mesmo não adentrando nas questões fáticas. O efeito decorrente dessa circunstância é a inexistência da “pena e dos efeitos principais e secundários dela decorrentes, quer criminais quer cíveis”³⁸.

Ademais, frente essa sentença, opera-se a coisa julgada material, sob a qual, uma vez transitada em julgada a *decisum*, não poderá haver rediscussão da causa ainda que surjam novas provas capazes de alterar o prazo prescricional ao ponto de não mais existir a prescrição virtual.

Quanto à possibilidade de ressarcimento cível frente ao prejuízo sofridos pela ocorrência do fato criminoso, mesmo ante a ausência do *quantum* indenizatório declarado pelo juízo criminal – uma vez que inexistirá sentença condenatória que o preveja – não está obstada esse ressarcimento, posto que o artigo 67, II do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de propositura de processo de conhecimento no juízo cível para a busca dessa tutela jurisdicional.

A doutrina que vem surgindo na modernidade, angariada principalmente por Igor Teles Fonseca Macedo³⁹, trata a prescrição virtual como causa relacionada à carência da ação. O fundamento legal por ela trazido para o reconhecimento da prescrição virtual passa a ser o artigo 43, III do Código de

³⁷ PAULA. Disponível em: <http://www.mp.mt.gov.br/cma/secure/arquivos/arq85.pdf>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

³⁸ PAULA. Disponível em: <http://www.mp.mt.gov.br/cma/secure/arquivos/arq85.pdf>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

³⁹ MACEDO *apud* MOREIRA. http://www.unisul.br/content/navitacontent /userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acessado em 23 de outubro de 2008.

Processo Penal, juntamente com a combinação do artigo 3º desse mesmo diploma legal com o artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

O primeiro artigo citado determina que a exordial acusatória será rejeitada quando faltar qualquer condição procedimental exigida por lei. Assim, a prescrição virtual, ante a ausência do interesse-utilidade do processo, requisito fundamental para a regularidade procedimental, pelo artigo supra, deve ser reconhecida para que se verifique a rejeição da inicial. Essa determinação legal, segundo a presente corrente, já é satisfatória e alcança com plenitude o efeito final do instituto da prescrição em análise, não precisando de maiores divagações para considerá-lo como causa extintiva da punibilidade.

Desta feita, este dispositivo legal fundamenta apenas os casos em que não se iniciou o processo penal, posto que trata tão somente de caso de rejeição da denúncia ou queixa.

Quanto ao segundo conjunto de artigos, estes são utilizados para fundamentar o reconhecimento da carência da ação superveniente, onde já se aferiu o recebimento da denúncia, tendo em vista a ocorrência da prescrição antecipada. Tal exegese se extrai da possibilidade trazida pelo artigo 3º do Código de Processo Penal autorizar o emprego da analogia ao Código de Processo Civil. Neste caso, se vale do artigo 267, VI da ceara cível que possibilita a extinção do feito sem a análise do mérito frente à carência da ação.

Ademais, ressalta esses aplicadores do direito que, como o instituto da condição da ação é matéria de ordem pública, a sua aferição – que, frisa-se se dará pelo reconhecimento da prescrição virtual – se dará em qualquer momento processual, inclusive *ex officio* pelo juiz.

Ademais, ressalta-se que ainda aqui a decisão extintiva do processo sem a análise do mérito não tem força de título executivo devendo ser proposta ação de conhecimento para a obtenção da indenização cível dos prejuízos sofridos.

A conseqüência de se adotar analogicamente ao Processo Civil a extinção do processo sem julgamento de mérito é o fato de que, em se tratando de coisa julgada formal apenas, – aquela em que “a imutabilidade se opera

somente dentro da relação processual em que a decisão foi proferida⁴⁰ – a decisão poderá ser reexaminada em ação distinta caso surjam novas provas capazes de alterar a capitulação do fato (*mutatio libelli*) que leva a um novo prazo prescricional não mais atingido pela prescrição antecipada. Desta forma, a figura da *mutatio libelli* (artigo 384 do Código de Processo Penal) é aceita por esta doutrina, posto que reaparecerá o interesse de agir outrora inexistente.

Salienta-se que as considerações sobre esse novo entendimento foram extraídas do texto de Diego Ramos Moreira.

4.3 Nosso posicionamento

Na obstante a maestria das justificativas traçadas pelas correntes alhures, maior coerência reside na segunda apresentada, qual seja, a que depreende natureza extintiva de punibilidade a prescrição virtual. Senão vejamos:

Não se procede a afirmação de que tal instituto vai de encontro com o princípio da presunção de inocência por, ao antever a pena, já tratar o acusado como culpado.

A mera cogitação do *quantum* punitivo não traz consigo carga de culpabilidade⁴¹. O que se verifica é o simples cálculo aritmético envolto de uma possível pena a ser aplicada caso haja condenação. Ora, não se pode admitir que essa previsibilidade seja ofensiva e absurda, pois estar-se diante de rejeição da denúncia ou extinção de um processo penal em andamento por inutilidade deste, e não por ausência de indícios de autoria e materialidade do delito, que, por sinal, se encontram satisfeitos. Assim, sendo perfeitamente possível a condenação

⁴⁰ MIRABETE *apud* MOREIRA. Disponível em: http://www.unisul.br/content/navitacontent/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acessado em 23 de outubro de 2008.

⁴¹ BOSCHI *apud* PACHECO. Disponível em: <HTTP://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334>>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

caso não fosse inútil, possível também será a dedução hipotética da pena. Neste sentido Pacheco⁴²:

Ao revés, o operador do direito limita-se a proceder a cálculo hipotético 'sobre a pena e a quantidade que poderia ser aplicada 'se' houvesse processo e 'se' houvesse condenação. Ao realizar tal antecipação hipotética de raciocínio, não está o Ministério Público ou o magistrado presumindo ser o suspeito (ou acusado) culpado; mas sim apenas reafirmando que a condenação é possível (até porque se ausentes indícios de autoria estaria obviamente obstada a ação penal, por ausência de justa causa). E, quando possível a condenação, nada de ilegal ou arbitrário vemos na antecipação de raciocínio para verificar-se, de plano, pela maior pena possível a ser aplicada no caso concreto (...)

Quanto à afronta ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, salienta-se que violação não há. Pelo contrário, o processo será ilegal e inócuo se a prescrição em tela não for reconhecida. É no prosseguimento inútil do processo e não no seu não prosseguimento que reside a ilegalidade. Se o princípio do devido processo legal é a concretização das garantias individuais, e a não admissão do instituto em estudo, como já esposado outrora, vem a ser um constrangimento ilegal, pois a finalidade do processo está fadada ao fracasso; a prescrição virtual vem a ser a tradução do devido processo legal.

Ademais, por ser questão de ordem pública que as claras é benéfica ao réu, não há que se falar em oportunidade para o acusado rechaçar o reconhecimento desse instituto. Oportunidade deve haver quando essa não for operada, posto que, aí sim, ônus negativo haverá ao réu.

Neste sentido vale a transcrição do seguinte texto:

A prescrição da pretensão estatal equivale à proclamação de inocência do acusado e nesta hipótese são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse sido praticado o crime ou tivesse existido tal sentença.⁴³

⁴² PACHECO. Disponível em:

[HTTP://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334](http://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334)>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

⁴³ PACHECO. Disponível em:

[HTTP://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334](http://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334)>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

Assim, sendo cediço que a prescrição em tela apenas beneficia, não há de se falar nas violações nos princípios tidos acima. Muito menos se cogita a respeito do direito do acusado a uma sentença de mérito, pois a sentença que reconhece a prescrição punitiva, qualquer que seja sua modalidade, se faz pela análise do mérito. Ademais, essa decisão, como frisado pelo trecho supra exposto, possui estrita similitude com a sentença absolutória – situação mais benéfica imposta ao réu – não havendo o porque prosseguir com o feito para que ao final se alcance, por não haver outra máxima benesse, o prejuízo ao acusado.

Ademais, soma-se aos argumentos apresentados que o processo tem finalidade pública e social, não ficando adstrito aos meros caprichos individuais⁴⁴.

Outrossim, no que tange a obrigatoriedade da ação penal pelo *paquet*, ressalta-se que a não propositura pela ocorrência da prescrição antecipada não encontra respaldo em razões de conveniência e oportunidade, mas na proibição legal em exercer o direito de ação quando a esta faltar-lhe justa causa e interesse de agir. Como é cediço, antes do efetivo exercício dessa atribuição o Órgão Ministerial deve velar pela regularidade processual, que é o que no caso se depreende.

A aparente ausência de fundamentação legal para o instituto em voga leva ao preconceito em sua utilização. Como já exposto, as duas correntes que admitem esta prescrição trazem consigo fundamentação legal que autoriza sua aplicação. Divergentes são os fundamentos, mas existentes. Passa-se a análise desses.

O argumento chave para os defensores da moderna doutrina é a impossibilidade de extensão do rol do artigo 107 do Código Penal – onde se encontram aventadas as causas extintivas da punibilidade – devido ao estrito princípio da legalidade. É o que se assevera do texto abaixo:

(...) mesmo utilizando-se do vocábulo ‘prescrição’, o instituto em comento ‘não pode ser considerado como uma modalidade desta,

⁴⁴ PACHECO. Disponível em:

[HTTP://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334](http://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334)>. Acessado em 22 de outubro de 2008.

porquanto as causas extintivas da punibilidade, como bem salientam os pensadores contrários à prescrição em perspectiva, necessitam, por questão de segurança jurídica, de previsão expressa.

(...) de todo o exposto, conclui-se que a prescrição em perspectiva não é uma sobespécie da prescrição retroativa, pois esta, para eu esteja configurada, exige a fixação da pena pelo julgador, não podendo haver a extensão da abrangência do instituto, sob pena de ilegalidade.⁴⁵

Ora tal vedação conforme se apresenta não se procede. Impõe-se observar desde logo que a interpretação extensiva é cabível inclusive no que diz respeito a normas incriminadoras, quanto mais nas hipóteses que beneficiam as claras o acusado. Nesse sentido João José Caldeira Bastos⁴⁶ já imprime que: “a exegese extensiva, afirme-se logo, não pode ser considerada, principalmente pelos estudiosos da matéria, um monstro de sete cabeças, sempre pronto a desvirtuar o genuíno sentido do texto”

Esclarece ademais⁴⁷:

No momento em que se proíbe a interpretação extensiva, inconfundível com a analogia, se proíbe em verdade o próprio mecanismo de interpretação e, como possível consequência, o respeito à vontade da lei e do legislador.

Assim, como se assevera, perfeita é a aplicação da interpretação extensiva, sem que com isso se afaste do princípio da legalidade. Pelo contrário, esta hermenêutica está prevista em diversas ocasiões na lei penal, como é o caso do crime de bigamia o qual abrange também, por extensão interpretativa, hipóteses de poligamia.

Tal exegese é admitida inclusive pelo artigo 1º deste Codex, que estabelece o princípio da legalidade. Ora, como bem asseverou Bastos⁴⁸, este

⁴⁵ MOREIRA. Disponível em:

http://www.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf. Acessado em 23 de outubro de 2008.

⁴⁶ BASTOS. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>. Acessado em 28 de outubro de 2008.

⁴⁷ BASTOS. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>. Acessado em 28 de outubro de 2008.

artigo é interpretado de maneira extensiva, uma vez que abrange não só hipótese de crimes definidos em lei, mas também as definidas em decretos-lei (até para que o código penal, por ser decerto-lei, pudesse ter validade), situação não aventada expressamente pela leitura do dispositivo. Destarte, superficial e absurdo é o entendimento de que a interpretação extensiva é vedado pelo princípio da legalidade.

Deste modo, a extensão à fundamentação legal da prescrição retroativa (artigo 110, § 2º c.c artigo 107, IV, ambos do Código Penal) que se pretende conferir pela interpretação extensiva é legal e perfeitamente possível, fazendo do direito um sistema fechado e completo.

Ademais, acrescenta o autor acima que melhor hermenêutica e autenticidade é conferida a lei interpretada de forma a não se valer de institutos diversos do âmago criminal, posto que a adaptação necessária para sua correta aplicação noutra ramo do direito é trabalhosa e se demonstra muitas vezes incompleta. Em suas palavras⁴⁹:

(...) porque se cumpre a lei, por seu espírito, diversamente do que pode acontecer quando se invocam outros princípios à revelia de seus limites lógicos-dogmáticos, ou seja, dos limites lógico-dogmáticos da lei pertinente à hipótese.

Em sendo assim, preferível, inclusive no âmbito puramente científico, a interpretação extensiva da prescrição antecipada buscando sua fundamentação na prescrição retroativa, à busca dessa justificativa no Código de Processo Civil, como o quer essa nova corrente. Tanto é assim que surge com a tentativa de adaptação da sentença penal fundada no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, tormentosa questão: qual a classificação penal dessa sentença? E, uma vez sendo proferida, qual o recurso penal que poderia ser interposto contra dela? Apelação? Recurso em sentido Estrito? É sentença não recorrível? É impugnada por meio de *habeas corpus*?

⁴⁸ BASTOS. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>. Acessado em 28 de outubro de 2008.

⁴⁹ BASTOS. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>. Acessado em 28 de outubro de 2008.

Assim, mais uma vez, se depreende que melhor técnica é a que lança mão da interpretação extensiva para abarcar a prescrição em estudo como causa extintiva da punibilidade.

Daniel Westphal Taylor⁵⁰ apóia o instituto da prescrição virtual na prescrição retroativa utilizando do princípio da proporcionalidade, como fora em tópico anterior explanado, por haver nessas balizas força normativa.

Ademais, ainda que todos esses institutos teóricos fossem repelidos, a praticidade, situação que deve ser continuamente posta em relevo, demonstra que melhor natureza jurídica para este instituto é a que a reconhece como extinção da punibilidade.

Como já delineado anteriormente, a sentença que julga extinta a punibilidade equivale a uma sentença absolutória, a qual não imputa ao acusado qualquer efeito primário ou secundário advindo da condenação. E, outrossim, tal *decisum* faz coisa julgada material, o que proíbe a rediscussão do fato na mesma ou em outra relação processual.

Se for adotada a corrente que preconiza a carência da ação a causa pode ser posteriormente reaberta e rediscutida, pois houve tão somente formação de coisa julgada formal. Ora, prejudicial ao réu é essa posição uma vez que, tendo a possibilidade de não mais existir re-análise de sua conduta criminosa, fica a mercê de novo surgimento do interesse de agir e, conseqüente, rediscussão da causa.

Oportuna é a crítica feita por Taylor⁵¹ ao louvor exercido à possibilidade de, diante de novas provas que condizem com a *mutatio libelli*, propor nova denúncia. Em suas palavras:

E, sabe qualquer um que lida com processo penal e não mente para si mesmo existem numerosas ocasiões em que, mesmo se admitindo a possibilidade de durante o processo surgir alguma circunstância que acarretará o aumento de pena (o que é exceção – em geral, antes mesmo da propositura da ação o Ministério Público já tem condições de saber se existem

⁵⁰ TAYLOR. Disponível em [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). Acessado em 9 de outubro de 2008.

⁵¹ TAYLOR. Disponível em [HTTP://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563](http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563). acessado em 9 de outubro de 2008.

circunstâncias que pesam contra o réu), ainda assim ocorrerá a prescrição retroativa.

Assim, ainda a prática nos traz a baila a quase incoerência da *mutatio libelli* capaz de agravar a pena a um patamar que a prescrição antecipada não mais se opere. Ademais, que cabe ao aplicador do direito a análise da futura ocorrência da quase incontestável prescrição virtual. Frisa-se a importância dessa ausência de hesitação para a verificação da ocorrência futura da prescrição retroativa.

5. CONCLUSÕES

Abordou-se nesta pesquisa a compreensão, através das análises comparativas com as demais correntes existentes sobre o tema, da viabilidade da prescrição virtual em sua natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade.

A prescrição virtual ocorre através do cálculo hipotético do *quantum* da futura condenação, diante das análises das circunstâncias judiciais constantes nos autos, para que se depreenda, desde logo, se evidentemente ocorrerá a prescrição retroativa caso venha o réu a ser condenado.

Tal raciocínio teórico se mostra oponente e garantista pois visa, caso se verifique a prescrição retroativa, a extinção da punibilidade do agente e, conseqüentemente, do processo penal, devido ao fato do processo não ser mais útil, uma vez que está, desde então, fadado ao fracasso.

Essa inutilidade do processo gera, se a persecução criminal continuar, a violação do princípio da proporcionalidade, pois não haverá relação entre o meio escolhido (processo penal) com a finalidade penal (aplicação da pena). Assim, com o extirpar desta finalidade – posto que não se executará a reprimenda emanada da sentença condenatória tendo em vista a ocorrência da prescrição retroativa que faz findar todo e qualquer efeito condenatório – o meio que, outrora era adequado para a persecução do desígnio, passa a ultrajante e arbitrário.

Ademais, a inutilidade do processo penal gera a violação de outros princípios constitucionalmente considerados, tais como a dignidade da pessoa humana, o da economia processual, da instrumentalidade das formas e etc.

Todavia até então duas são as correntes que acolhem a argumentação supra, todavia um considera tal instituto como demonstrativo da carência da ação e outro adota-o uma causa extintiva da punibilidade

O ponto que culminou na adoção deste último posicionamento foi a maior gama de vantagens ao acusado que esta corrente proporciona, posto que estará diante da análise do mérito da causa e, conseqüentemente, da formação da coisa julgada material que inviabiliza a rediscussão da causa. Ademais, questões há na outra corrente que não foram solucionadas, tendo em vista a

utilização de instituto processual civil para fundamentar seu entendimento se a devida adequação.

Outrossim, não obstante ao exemplar rigor teórico utilizado pela demais correntes, deve-se cogitar o óbice que estes transmutam a prática forense. Ora qualquer estudo científico que lide com o direito penal e processual penal como cerne deve especialmente prezar pelo maior benefício transmitido ao acusado na sua adoção. Tanto é assim, que vige nesse sistema de garantias individuais a flexibilidade de diversos institutos para que haja a primazia da liberdade, frente as exegeses formalistas.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Bruno Nascimento. Prescrição em perspectiva: cotejos entre os argumentos contrários e favoráveis. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=2>. acessado em: 21 de Out. de 2008.

ANDRADE, Cristiano José de. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1979.

ALMEIDA, Tiago Bockie. Quais os argumentos contrario e favoráveis à aplicação prescrição retroativa antecipada?. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/TiagoBockieQuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf> . Acesso em 23 de outubro de 2008.

BARROS, Maysa Honório Monteio. **A justa causa na persecução Criminal**. 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

BASTOS, João José Caldeira. Interpretação e analogia m faze da lei penal brasileira: visão teórico-dogmatica e critico-metodologica. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>. acessado em 28 de out. 2008.

BRITO, Bruno Paixão. Direito ao processo x Direito no processo. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/BKP/Colaborador%20-%20Bruno%20Paix%C3%A3o.doc> acessado em: 28 de Out. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.

FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela e BRACK, Karina. **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.
FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição de Ação Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FRANCISCO, Paula Adriana Pires; MOTTA,Ivan Martins. A prescrição antecipada da pena. Disponível em : [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601\(2\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601(2).rtf). Acesso em 23 de outubro de 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. 8ª edição, Niterói: Impetus. 2007.

GUIMARÃES, Mirian Cristina. Possibilidade jurídica de aplicação da prescrição em perspectiva. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/vdisk4/data/MonoMirianPrescri%E7%E3oVirtual.pdf>. Acessado em 23 de outubro de 2008.

GOMES, Everton Tadeu de Jesus V. **Os efeitos da revelia na prescrição penal: aspectos controvertidos da lei 9271/96**. 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

JORGE, Wilian Wanderley. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf. acessado em: 28 de Out. 2008.

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

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, Diego Ramos. Prescrição Retroativa Antecipada: evidente hipótese de carência de ação em decorrência da ausência do interesse de agir. Tubarão. 2008. 25 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Diego_Ramos_Moreira.pdf> Acesso em: 23 de out. 2008.

PACHECO, Claudia Ferreira. Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do ministério público no processo penal). Disponível em: <HTTP://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1334>>. Acessado em 22 de outubro de 2008

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 2ª Ed. São Paulo: 1977.

PRADO. Luiz Regis. **Comentários ao código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SANTANA, Magna Oliveira Pires. Prescrição Virtual à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **JUSPODIVM**, Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_2086.html>. Acesso em: 1º out. 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição Pena**. Porto Alegre: livraria do advogado, 1997.

SOUZA, Renée de O. **Reconhecimento e validade da prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva**. 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

TAYLOR, Daniel Westphal. A decretação antecipada da prescrição e o princípio da proporcionalidade. Uma relação necessária. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.12563>. acessado em: 09 de Out. 2008.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.