



PUC-SP  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CÉSAR EDUARDO LAVOURA ROMÃO

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL: UMA REALIDADE  
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

(Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e  
o interesse de agir no direito pátrio)

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO  
2009



PUC-SP

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

CÉSAR EDUARDO LAVOURA ROMÃO

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL: UMA REALIDADE  
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

(Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais – Direito Penal), sob a orientação do Magnífico Reitor Professor Doutor Dirceu de Mello.

SÃO PAULO  
2009



PUC-SP  
**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Dedico este trabalho:

À família, de sangue e de fé, por mostrarme o real significado do TER, ao meu pai por possibilitar o meu SER e à minha mãe por ensinarme a VENCER.

Ao amor da minha vida, dádiva divina, resposta às orações, minha querida princesa, pelo carinho, paciência e companheirismo.

Aos meus avós, especialmente ao Dr. Mário da Silva Lavoura (*in memoriam*), um exemplo de advogado criminalista, pelos princípios e valores transmitidos.

Agradeço ao bom Deus, por me ajudar a concluir mais uma etapa da vida e por derramar suas bênçãos sobre mim.

Agradeço ao meu orientador, Magnífico Reitor Professor Doutor Dirceu de Mello, não só pelas lições de Direito, mas, sobretudo, pelas lições de vida, e por ensinar-me o verdadeiro significado da palavra Professor.

Minha profunda e sincera gratidão aos Professores Ivan Carlos de Araújo e Amélia de Fátima Aversa Araújo, por todo incentivo e suporte, durante minha caminhada em busca do conhecimento.

Agradeço aos amigos, pelo apoio constante, e a todos aqueles que oraram, rogaram e torceram por mim.

*Sísifo, foi condenado pelos deuses ao labor inútil, e nós, operadores do Direto?*

## RESUMO

O presente trabalho visa aprofundar o estudo da prescrição virtual ou antecipada, analisando sua utilização pelo Poder Judiciário brasileiro, principalmente pelos magistrados de primeira instância. Esse polêmico instituto vem sendo entendido como causa de eliminação do interesse de agir no processo penal sempre que constatada a possibilidade de decretação da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, logo no início do processo, antes mesmo do recebimento da denúncia ou de proferida a sentença, levando em consideração uma pena hipotética aferida pelas circunstâncias apuradas até aquele momento. Por vezes, após um longo trâmite processual com uma intrincada instrução probatória, o magistrado é obrigado a proferir a sentença, condenado o acusado e, logo em seguida, a reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, jogando pelo ralo todo o trabalho intelectual desenvolvido no curso do processo e, principalmente, no momento da elaboração do decreto condenatório. É exatamente nesse cenário, e em nome da economia processual e da busca efetiva e coerente da aplicação da sanção penal, que a prescrição virtual demonstra sua força e utilidade. Isto porque busca afastar do Poder Judiciário processos inúteis, que não terão resultado proveitoso, contribuindo, apenas, para gerar, desnecessariamente, mais serviço e, conseqüentemente, maior lentidão no trâmite processual. Para a compreensão de tema tão controvertido, cercado de argumentos favoráveis e contrários, buscou-se analisar, nesta pesquisa, de modo a apurar-se sua validade perante o ordenamento jurídico, cada um dos argumentos prós e contra o instituto. Os primeiros, consistentes na ausência de interesse de agir; no processo penal como garantia do acusado e não como sanção; no princípio da celeridade do julgamento; na inutilidade do julgamento do processo prescrito; e na semelhança da decisão que acolhe a prescrição com a sentença absolutória. Os segundos, contrários à sua aplicação, na pretensa violação ao princípio da legalidade; ao princípio da presunção de inocência; à obrigatoriedade da ação penal; à possibilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*); e à condição da vítima no processo. Porém, antes do ingresso no objeto da controvérsia, realizou-se a análise de institutos correlatos, tais como, o direito de punir, as finalidades da punição, a ação penal e a própria prescrição, como causa extintiva do *ius puniendi*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prescrição penal. Prescrição virtual ou antecipada. Prescrição retroativa. Condições da ação. Interesse de agir. Extinção da punibilidade. Rejeição da denúncia.

## ABSTRACT

The present work aims at to deepen the study of virtual or anticipated lapse, analyzing its use for the Brazilian Judiciary Power, mainly for the magistrates of lower court. This controversial institute comes being understood as cause of elimination of the interest of action in the criminal proceeding whenever evidenced the possibility of decrements of the punitive lapsing pretension in the retroactive modality, early in the process, even before of the act of receiving the denunciation or of pronounced the sentence, leading in consideration a hypothetical penalty surveyed by the refined circumstances until that moment. For times, after a long procedural proceeding with an intricate probatory instruction, the magistrate is obliged to pronounce the sentence, convicted the defendant and, immediately afterwards, to recognize the extinguishing of the punshability for the retroactive lapsing of the punitive pretension, playing for the thin one, all the developed intellectual work in the course of the process and, mainly, at the moment of the elaboration of the condemnatory decree. It is accurately in this scene, and on behalf of the procedural economy and of the effective and coherent search of the application of the penalties, that the virtual lapsing demonstrates to its force and utility. This because it searches to move away from the Judiciary Power useless processes, that will not have resulted beneficial, contributing, only, to generate, unnecessary, more service and, consequently, greater slowness in the procedural proceeding. For the understanding of subject so controversial, surrounded of favorable and contrary arguments, one searched to analyze, in this research, in order to select its validity before the legal system, each one of the arguments advantages and against the institute. First, the consistent ones in the absence of action right; in the criminal proceeding as a pledge of the defendant and not as sanction; in the beginning of the judgment quickly; in the uselessness of the judgment of the prescribed process; e in the similarity of the decision that receives the lapsing with the acquittal. The seconds, contrary to its application, in the pretense breaking the beginning of the legality; the beginning of the innocence presumption; to the obligatoriness of the criminal action; to the possibility of amendment of complain (*mutatio libelli*); and to the condition of the victim in the process. However, before the ingression in the object of the controversy, there was the analysis of related institutions, such as the right to punish, the purposes of punishment, the criminal action and the proper lapsing, as extinctive cause of *ius puniendi*.

**KEYWORDS:** Criminal lapsing. Virtual or anticipated lapsing. Retroactive lapsing. Conditions of the action. Right of action. Extinguishing of the punshability. Rejection of the denunciation.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1.DIREITO DE PUNIR	04
Finalidades da punição	10
Teoria absoluta e o caráter retributivo da pena	11
Teoria relativa e o caráter preventivo da pena	14
Teoria mista e o caráter eclético da pena	17
Causas extintivas do direito de punir	19
2.PRESCRIÇÃO PENAL	23
Conceito, natureza jurídica e espécies	23
A origem da prescrição no direito comparado	27
Esboço histórico da prescrição no direito pátrio	29
O tratamento legislativo da prescrição no Brasil antes de 1830	29
A prescrição no Código Criminal do Império de 1830	31
A prescrição no Código Republicano de 1890	34
Fundamentos da prescrição	37
Teoria do esquecimento social	38
Teoria psicológica	39
Teoria da emenda	40
Teoria do enfraquecimento probatório	41
Ameaça de sanção com caráter perpétuo	43
Imprescritibilidade	45
3.PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	52
Prescrição antes da sentença condenatória	53
Prescrição após a sentença condenatória	55

Prescrição intercorrente	57
Prescrição retroativa	61
Momento da declaração da prescrição retroativa	70
4.AÇÃO PENAL	75
Condições da ação	78
Possibilidade jurídica do pedido	80
Legitimidade de parte	81
Interesse de agir	83
Justa causa	86
5.PRESCRIÇÃO VIRTUAL	91
Conceito de prescrição virtual	91
Fundamentos da prescrição virtual	97
Ausência de interesse de agir	97
Processo penal como instrumento de garantia do acusado e não como martírio, sanção, punição	104
O princípio da celeridade no julgamento	107
Inutilidade do julgamento de processo prescrito	111
Decisão que acolhe a prescrição virtual e sentença absolutória	113
Argumentos contrários à prescrição virtual	120
Princípio da legalidade	121
Princípio da presunção de inocência	123
Obrigatoriedade da ação penal	126
A possibilidade de aditamento da denúncia ( <i>mutatio libelli</i> )	129
Efeitos civis da sentença penal e a condição da vítima	131
CONCLUSÃO	134
BIBLIOGRAFIA	147

## INTRODUÇÃO

A prescrição penal constitui um dos temas mais ricos e controvertidos do Direito Penal Brasileiro, apaixonando os incautos e encantando os espertos.

O presente estudo faz um corte metodológico no tema, com o escopo de destacar o objeto da pesquisa, a prescrição virtual.

Também chamada de prescrição antecipada, em perspectiva, ou pela pena ideal, não é propriamente uma causa extintiva da punibilidade, mas uma hipótese de eliminação do interesse de agir no processo penal, diante da constatação da possibilidade de decretação da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, logo no início do processo, antes mesmo do recebimento da denúncia, ou de proferida a sentença, levando em consideração uma pena hipotética aferida pelas circunstâncias apuradas até aquele momento.

Amparada, principalmente, na ausência de interesse de agir (falta de utilidade do provimento jurisdicional), a tese vem ganhando força nos fóruns nacionais e, por isso, o presente trabalho pretende apurar a admissibilidade e possibilidade de acolhimento do instituto perante o ordenamento jurídico.

Com amparo na pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada, cada um dos argumentos prós e contra será apresentado ao leitor de forma comparativa e dialética.

Iniciando pelos favoráveis, verificar-se-á que esta corrente ampara-se na ausência de interesse de agir; no processo penal como garantia do acusado e não como sanção; no princípio da celeridade do julgamento; na inutilidade do julgamento do processo prescrito; e na semelhança da decisão que acolhe a prescrição com a sentença absolutória.

Já os contrários à aplicação fundamentam seu pensamento na pretensa violação ao princípio da legalidade; ao princípio da presunção de inocência; à obrigatoriedade da ação penal; na possibilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*); e na condição da vítima no processo penal.

Porém, antes do ingresso no objeto da controvérsia serão analisados institutos correlatos, tais como, o direito de punir, finalidades da punição, a prescrição como causa extintiva do *ius puniendi* e as condições da ação penal.

O estudo do *ius puniendi* e de suas funções e finalidades (retributiva e preventiva) é de suma importância para a presente pesquisa, na medida em que mencionadas funções e finalidades serão buscadas por meio do processo penal, podendo não ser atingidas caso decorrido determinado tempo após a prática do ilícito. Por isso, é mister o aprofundamento da análise sobre a causa extintiva do direito de punir pelo decurso do tempo, a prescrição.

Desde a sua inserção no ordenamento jurídico, criando uma restrição temporal ao *ius puniendi*, existem correntes que não admitem a sua aplicação, utilizando, como mais contundente argumento, que o senso de impunidade aumenta quando o crime não recebe a punição adequada.

Contudo, a existência da prescrição é defendida por aqueles que realizam uma leitura humanista do Direito Penal, amparados em diversos fundamentos filosóficos e jurídicos.

O foco da pesquisa que se pretende realizar, como se verá, envolve a prescrição retroativa, pois é com base nessa causa extintiva da punibilidade que se faz um juízo antecipado sobre a utilidade ou não do processo.

A utilidade do processo, por seu turno, está vinculada à possibilidade de aplicação de pena que possa atingir sua função, uma vez que a pena não se justifica por si só e o processo não tem fim em si mesmo.

Nesse contexto, é que surge a necessidade do desenvolvimento de capítulo sobre as condições da ação penal, dentre as quais destaca-se o interesse de agir.

O interesse de agir é elemento de suma importância para a aferição da viabilidade e eficiência do processo, pois, se no momento de oferecimento ou recebimento da denúncia já se vislumbrar uma futura prescrição, considerando a pena que poderia, eventualmente, ser aplicada, o processo deve ser extinto de plano, diante da ausência de utilidade e impossibilidade de obtenção da finalidade.

Em suma, o objetivo é aprofundar o conhecimento sobre a tese da prescrição virtual, concebida pela doutrina e jurisprudência à revelia do legislador, que raras vezes consegue acompanhar, com a edição de normas, a dinâmica social e os avanços da prática judiciária dela oriundos.

## 1. DIREITO DE PUNIR

O Direito Penal revela um conjunto de normas e princípios reguladores do combate à criminalidade e limitadores do direito de punir com o fim de promover a paz social.

Desse ramo do Direito, o tópico mais interessante ao presente estudo é o *ius puniendi*.<sup>1</sup>

Hodiernamente, o Estado exerce o direito de punir por meio dos três Poderes. O Poder Legislativo atua criando leis, que cominam sanções; o Poder Judiciário, aplicando as reprimendas cominadas pela norma; e, finalmente, o Executivo, levando a efeito as penas (*ius executionis*) aplicadas.

Mas, no início da civilização não era assim. O surgimento do direito de punir confunde-se com o aparecimento do Direito Penal que, por sua vez, nasce com a sociedade (*ubi societas ibi jus*).

A punição sempre foi utilizada como meio de conter e reprimir as atitudes lesivas a outro integrante da comunidade e sua gênese é retratada por Franz von Liszt da seguinte forma:

Ensina-nos o direito comparado que o ponto de partida da historia da pena coincide com o ponto de partida da historia da humanidade. Em todas as epochas ainda as mais remotas, accessíveis à indagação histórica, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo, que perturbou e porque perturbou a esfera do poder e da vontade de outrem. Podemos pois assignalar a pena como um facto

---

<sup>1</sup> Nas lições de Tobias Barreto: “O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma formula, uma espécie de notação algebrica, por meio da qual a ciência designa o facto geral e quase quotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e offendem, por seus actos, a ordem social.” **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 164.

histórico primitivo, e não erraremos, si virmos justamente no direito penal a primeira e mais velha camada da historia da evolução do direito, e considerarmos o injusto como alavanca tanto do direito como da moral.<sup>2</sup>

Nos primórdios da civilização, a punição era aplicada pelo próprio agredido ou por sua família ou tribo, prevalecendo a lei do mais forte.

O que se tinha, naquela época, era a chamada vingança privada, por meio da qual as oposições e resistências eram resolvidas pelas próprias partes, sempre com o derramar de muito sangue.

Nesse sentido, ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia o órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais abstratas e impostas pelo estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.<sup>3</sup>

As punições do agressor de outra tribo frequentemente envolviam a morte ou, se o infrator fosse da mesma comunidade, em regra, a punição era o banimento do convívio naquele grupo.

A ausência de racionalidade e proporcionalidade das represálias é destacada por Oswaldo Henrique Duek Marques, *verbis*:

Tal vingança, de forma simbólica, tinha o poder de desfazer a ação do malfeitor, por meio de sua própria destruição ou banimento do grupo. De

---

<sup>2</sup> **Tratado de Direito Penal Alemão.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, t. I, p. 5.

<sup>3</sup> **Teoria Geral do Processo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

fato, retratava o sentimento coletivo de repulsa ou represália que se expressava no grupo contra o agressor, gerado pela ofensa, sem que a retribuição passasse por um crivo de racionalidade, como passou a ocorrer nas sociedades não primitivas.<sup>4</sup>

Os exageros punitivos eram de grande monta. Por isso, foi necessária a criação de uma regra de proporcionalidade: “olho por olho, dente por dente”. O *Talião* impunha restrições à vingança, com o escopo de coibir os massacres entre as tribos.<sup>5</sup>

Essa regra também foi adotada entre os israelitas, diante da LEI ditada por Deus a Moisés, como se lê na Bíblia Sagrada, Livro de Êxodo, capítulo 21: “<sup>23</sup>Mas se houver morte, então darás vida por vida, <sup>24</sup>Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, <sup>25</sup>Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.”<sup>6</sup>

Embora existisse o Direito (conjunto de regras para o convívio social), não se tinha a produção e aplicação de normas pelo Estado, pois essa figura ainda não havia surgido.

Sem Estado, frente à impossibilidade de continuar com os massacres tribais, e diante da necessidade de sobrevivência e preservação da comunidade, foi surgindo, aos poucos, uma autoridade coletiva a quem cabia a decisão sobre as punições. Nesse momento histórico, deixou-se de ter a vingança privada, para se ter a vingança pública e divina.

---

<sup>4</sup> **Fundamentos da Pena.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 03.

<sup>5</sup> Nesse lanço, estão as lições de Tobias Barreto: “A mais alta expressão da vindicta é o talião, que se firma na ideia da conservação do equilíbrio physiologico no organismo dos povos, e que devendo ter apparecido bem antes da formação dos estados, nas pequenas *politeias* ou sociedades rudimentares, ainda nos tempos hodiernos, a despeito de todo o progresso cultural, conserva um resto de sua força primitiva na consciência popular.” **Estudos de Direito**, p. 173.

<sup>6</sup> Na versão traduzida para o português por João Ferreira de Almeida.

Sobre essa passagem histórica Oswaldo Henrique Duek Marques, ensina que:

Com o progresso político dos povos, passou a haver uma limitação cada vez maior da autonomia dos grupos e famílias, e, por via de consequência, o afastamento gradativo da vingança privada, como forma de reação punitiva. Entretanto, como já comentado, a transferência da punição para um poder central não teve por fundamento o abrandamento da vingança em si, mas sim de manutenção de certa ordem social e o de evitar guerras infundáveis entre grupos, que enfraqueciam a própria comunidade.<sup>7</sup>

Nessa sociedade extremamente ligada à religião, onde crime e pecado se confundiam, os líderes eclesiásticos, vinculados aos monarcas, assumiram a função de decidir e aplicar a punição, sendo essa a resposta divina pelas infrações realizadas.

Interessante notar, que as penas aplicadas em função da violação de uma ordem divina, eram admitidas em forma de penitência, como um rito de passagem e purificação para um menor sofrimento do “outro lado do rio”.<sup>8</sup>

Durante longo período, a Igreja continuou aplicando as punições em praça pública, para que a condenação servisse de exemplo aos demais indivíduos. Nessa época, eram comuns os espetáculos públicos de tortura e suplício dos condenados.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> **Fundamentos da pena**, p. 04.

<sup>8</sup> Segundo ensinamentos de Oswaldo Henrique Duek Marques: “Por esse motivo, a pena, eterna ou temporal, consistia na vingança pública, exercida como uma espécie de represália pela violação divina. Tinha como objetivo a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna.” Op. cit., p. 29.

<sup>9</sup> Michel Foucault inaugura sua obra retratando uma dessas cenas de atrocidade: “[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras;[em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos; braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicará chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente; e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (...) [O comissário de polícia Bouton relata]: Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas **ad hoc**, medindo cerca de um pé e meio de

Esse período, que precede o movimento iluminista, é conhecido como Direito Penal Primitivo.

Com a evolução social e o fortalecimento da condição garantidora do Estado, os integrantes da sociedade foram atribuindo-lhe autoridade, soberania e poderes para que este lhes garantisse as mínimas condições de convivência, mantendo a ordem social e, quando necessário, promovesse a resolução dos conflitos sociais.

Nesse contexto, o Estado passou a ter um poder atribuído pela sociedade, cabendo-lhe o poder-dever de promover o bem da coletividade, tendo sua atuação regradada pelo Direito, que lhe impõe restrições e lhe concede poderes, dentre os quais o de punir o infrator que lesar um bem jurídico social.

---

comprimento, atezou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras. Depois desses suplícios, Damiens, que gritava muito sem contudo blasfemar, levantava a cabeça e se olhava; o mesmo carrasco tirou com uma colher de ferro do caldeirão daquela droga fervente e derramou-a fartamente sobre cada ferida. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços. (...) Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito à cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. Ele levantava a cabeça e se olhava. Foi necessário colocar dois cavalos, diante dos atrelados às coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum. (...) Depois de duas ou três tentativas, o carrasco Samson e o que lhe havia atezado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espáduas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase aos ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebataram-lhe o braço direito primeiro e depois o outro. Uma vez retiradas essas quatro partes, desceram os confessores para lhe falar; mas o carrasco informou-lhes que ele estava morto, embora, na verdade, eu visse que o homem se agitava, mexendo o maxilar inferior como se falasse. Um dos carrascos chegou mesmo a dizer pouco depois que, assim que eles levantaram o tronco para o lançar na fogueira, ele estava vivo. Os quatro membros, uma vez soltos das cordas dos cavalos, foram lançados numa fogueira preparada no local sito em linha reta do patíbulo, depois o tronco e o resto foram cobertos de achas e gravetos de lenha, e se pôs fogo à palha ajuntada a essa lenha... Em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas. O último pedaço encontrado nas brasas só acabou de se consumir às dez e meia da noite. Os pedaços de carne e tronco permaneceram cerca de quatro horas ardendo. Os oficiais, entre os quais me encontrava eu e meu filho, com alguns arqueiros formados em destacamento, permanecemos no local até mais ou menos onze horas.” (Grifos no original) **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 09-10.

Verifica-se, pois, que a evolução do direito penal resultou no abandono da vingança pública, e na assunção, pelo Estado, do papel de detentor do direito de penalizar, abstrata e concretamente. Abstratamente, pelo poder de elaborar normas e criar tipos penais, estabelecendo quais condutas serão consideradas ofensivas aos bens jurídicos relevantes para a sociedade. Concretamente, pelo direito de sancionar o infrator em resposta à sua conduta ofensiva aos bens jurídicos por ele, Estado, protegidos.

Em resumo, a criação da lei penal é consequência do direito abstrato de punir, e a imposição de uma pena, o exercício concreto desse direito.

Em determinado momento histórico, a sociedade definiu que a interferência do Estado seria realizada por uma pessoa imparcial, sem qualquer envolvimento com o problema das partes. É quando surge a figura do Estado-juiz.

Daí em diante, os conflitos sociais passaram a ser resolvidos pelo Poder Judiciário, que analisa as ações e define qual é o direito aplicável ao caso trazido e discutido pelas partes.

Simultaneamente, a preocupação com a dignidade do indivíduo foi ganhando força, crescendo as limitações do poder punitivo do Estado, a partir da discussão das efetivas funções e finalidades da pena.

A racionalização das punições e a preocupação com a dignidade do ser humano são as principais características do período humanitário do Direito Penal, etapa que inaugurou a construção das diversas teorias e fundamentos a

justificar a aplicação da sanção, tema que será abordado, separadamente, no próximo capítulo.

### **1.1 Finalidades da punição**

Com a prática de um ilícito penal surge para o Estado o direito de aplicar a sanção cominada pela lei. Essa resposta penal nada mais é do que a materialização do direito de punir estatal pela ofensa aos bens jurídicos protegidos.

A resposta estatal em consequência ao delito praticado pode ser a aplicação de medida de segurança ou pena. O foco deste estudo está na pena, especialmente na privativa de liberdade, a ser aplicada ao infrator, a qual, apesar do caráter aflitivo, deve ter em vista a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), bem como os demais princípios constitucionais (proibição de penas cruéis, degradantes, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados etc.).

Porém, nem sempre foi assim. Como visto no início deste capítulo, houve um período da história em que eram frequentes as atrocidades praticadas em praça pública.

Diante de tanta barbárie, os pensamentos de oposição foram ganhando força,<sup>10</sup> e a luta pela racionalização da punição foi crescendo até constituírem o chamado Período Humanitário do Direito Penal.

---

<sup>10</sup> Conforme Aníbal Bruno: “Havia nesse tempo razões de ordem prática e de natureza filosófica a inspirar e estimular esse movimento. Primeiro, aquela situação de violência, opressão e iniquidade, a que chegara a

Um dos principais símbolos desse movimento foi Cesare Boesana, o Marquês de Beccaria, autor de “Dos Delitos e Das Penas” (1764), livro em que defendeu, dentre outros postulados, a aplicação de penas proporcionais, com o abandono do suplício e da tortura.

No período das Luzes, século XVIII, ocorreram muitas mudanças de paradigmas, pois, além da obra citada, o absolutismo enfrentou a Revolução Francesa de 1789, a qual gerou, nesse mesmo ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, texto apinhado de limitações do poder punitivo.<sup>11</sup>

Contemporaneamente, são muitas as teorias sobre as funções das penas, mas didaticamente, serão aqui divididas em três grupos, quais sejam: teoria absoluta, teoria relativa e uma teoria eclética ou mista, descritas nos tópicos seguintes.

### 1.1.1 Teoria absoluta e o caráter retributivo da pena

A teoria absoluta está pautada na retribuição do mal causado pela infração. Assim, como afirmação do ordenamento jurídico, qualquer violação ao tecido social deve receber punição para que seja mantida a ordem.

Nas palavras de Oswaldo Henrique Duek Marques, *verbis*:

---

justiça penal da Idade Média e séculos seguintes e que fizera, por fim, a consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança, que pusesse termo incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo.” **Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I, p. 49.

<sup>11</sup> Sobre esse momento histórico René Ariel Dotti, destaca: “Foi, portanto, dentro daquele cenário de grandes acontecimentos sociais, políticos, econômicos e culturais que os países europeus do ocidente desenvolveram as novas tendências que iriam se refletir na elaboração dos sistemas jurídicos e nas investigações a respeito dos fenômenos criminais. O estímulo ao debate em torno de tais fenômenos iria proporcionar um cenário adequado para a confrontação das idéias e a sustentação de teoremas. Estavam nascendo, na chamada *época das luzes*, as tendências que se converteriam nas duas grandes escolas da ciência penal: a Escola Clássica e a Escola Positiva.” **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 150-151.

A justiça na retribuição permanecia representada pela teoria do *quia peccatum est*, segundo a qual a pena nada mais é do que um mal necessário para preservar a tranquilidade pública ao reafirmar o Direito. A sanção continuava, assim, inserida do caráter vingativo do castigo aplicado pelo poder público, em nome da coletividade, contra os que livremente optaram em transgredir as normas penais.<sup>12</sup>

Nesse contexto, a sanção é entendida como um castigo para penitenciar e expiar o mal causado pela conduta ilícita, constituindo uma forma de negar, anular o delito do contexto social, reafirmando a existência do Direito.

É chamada de absoluta por considerar a pena como medida, independentemente das consequências sociais, e por voltar-se apenas para satisfazer o sentimento de castigo.

Paulo José da Costa Júnior comenta os fundamentos dessa teoria, explicando que:

Enquanto perante a retribuição moral a pena é uma exigência ética profunda da consciência humana - de que o bem seja recompensado com o bem, e o mal com o mal-, conforme a retribuição jurídica, a fundamentação da pena está no âmago do ordenamento jurídico. Se o delito configura uma rebelião do indivíduo contra o império da lei, exige uma reparação, que venha a reafirmar a autoridade da lei através da pena.<sup>13</sup>

A concepção de que a pena tem a finalidade de punir o infrator para reafirmar a existência do Direito, demonstra o caráter vingativo do sistema punitivo e, por isso, recebe várias críticas.

Porém, sua função retributiva pode ser utilizada como parâmetro na aferição da quantidade de pena aplicada ao caso concreto, ou seja, como indicador de proporcionalidade entre o mal e o castigo.

---

<sup>12</sup> **Fundamentos da pena**, p. 68.

<sup>13</sup> **Direito Penal Objetivo: Comentários atualizados**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 81.

Nesse sentido, ensina Luiz Regis Prado, *ipsis litteris*:

Na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.<sup>14</sup>

Na mesma toada, são as lições de Luiz Alberto Machado, para quem:

A pena é retribuição. E porque é retribuição, castigo, censura ética à conduta, deve guardar proporcionalidade com o malefício e com o grau de reprovação que merece o agente. No equilíbrio entre fato e a censura pessoal está o verdadeiro sentido ético da pena.<sup>15</sup>

Tal concepção dessa teoria é chamada por alguns de neo-retribucionismo, conforme esclarece Adjair de Andrade Cintra:

Atualmente, houve uma evolução no entendimento da retribuição, o assim chamado neo-retribucionismo, que parte da própria concepção kantiana, já vem embasado no sentimento de justiça e na idéia de retribuição-devolução: a pena, ou melhor, o mal causado pela pena ao agressor deve ser proporcional ao mal causado pelo crime à vítima e à própria sociedade.<sup>16</sup>

Enfim, para a teoria absoluta a pena é um castigo aplicado em retribuição ao ilícito praticado, para manutenção da vigência do sistema jurídico.

---

<sup>14</sup> **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 540-541.

<sup>15</sup> Das Penas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 475, maio/1975, p. 227.

<sup>16</sup> **Prescrição penal e finalidades da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2007, f. 32.

### 1.1.2 Teoria relativa e o caráter preventivo da pena

Pela teoria relativa, a pena adquire um outro caráter, qual seja, a prevenção do ilícito, sendo essa uma das bandeiras da Escola Positiva do Direito Penal.<sup>17</sup>

Como resposta do Estado pela conduta ilícita, a punição aplicada a um servirá de exemplo aos outros integrantes da sociedade. Acredita-se, assim, no caráter intimidativo – e, portanto, utilitário - da sanção, como forma preventiva de inibir o cometimento de futuros delitos.

Doutrinariamente, a prevenção é classificada em especial e geral, espécies estas, por sua vez, subdivididas em negativa ou positiva.

A prevenção especial é dirigida ao próprio infrator que, ao ser segregado do contexto social e passar por tratamento com a finalidade de ressocialização, deixará - presume-se - de ter o prazer pela prática do que é proibido.

O encarceramento neutraliza a realização de novas infrações, diante do afastamento do criminoso do convívio social. Essa atuação é característica da chamada prevenção especial negativa.

A corroborar esse pensamento estão as palavras de Adjair de Andrade Cintra:

---

<sup>17</sup> Aníbal Bruno informa que um dos postulados da Escola Positiva era: “fazer a sanção anticriminal, não castigo de culpabilidade, segundo a antiga exigência da retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos casos de desajustes invencíveis”. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I, p. 68.

Prevenção especial negativa é o uso da força pelo Estado e de seu poder de intimidação. Como forma de impedir que o condenado volte a delinquir, o Estado, por um certo período de tempo, priva-o de sua liberdade ou lhe impede o acesso a cargos públicos, por exemplo.<sup>18</sup>

Já a prevenção especial positiva trabalha com a reeducação e ressocialização do infrator, acreditando que este, após certo tempo, voltará ao pleno convívio social, deixando de praticar novos delitos.

Por prevenção geral negativa, também chamada de prevenção por intimidação, entende-se que a aplicação da punição gera medo nos outros integrantes da sociedade, inibindo-os a cometer a mesma conduta, pois sabem que haverá uma resposta punitiva.

Sobre o assunto, trazem-se à colação os ensinamentos de Rogério Greco:

(...) por meio da prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, o Estado se vale da pena por ele aplicada a fim de demonstrar à população, que ainda não delinuiu, que, se não forem observadas as normas editadas, esse também será o seu fim. Dessa forma, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade.<sup>19</sup>

Por sua vez, a vertente da prevenção geral positiva acolhe a idéia de que a punição valoriza a integração social, com a promoção do respeito ao ordenamento jurídico, na medida em que mantém a estabilidade e a confiança no Direito por parte da comunidade.

Nesse sentido, estão as observações de Oswaldo Henrique Duek Marques:

Assim, a função primordial da pena é a de orientação dos cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no contrato social. Tem, portanto, função educativa, de formar a consciência ética e valorativa da sociedade.

---

<sup>18</sup> Op. cit., p. 37.

<sup>19</sup> **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v. I, p. 492.

Por isso, a prevenção positiva dirige-se a todos os cidadãos e não somente aos delinquentes potencias.<sup>20</sup>

Segundo Luiz Regis Prado, o postulado dessa linha de pensamento retoma os ideais da teoria absoluta, *in verbis*:

Assim, quando determinados autores afirmam que a pena possibilita a garantia da confiança dos cidadãos na validade da norma, e funciona como um mecanismo contrafático de restabelecimento da vigência da norma e de descrédito de sua vulneração, faz-se referência, na verdade, à função de exemplariedade da pena justa, isto é, da pena retributiva e proporcional à gravidade do delito. Em síntese, uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva, pois que a aplicação de uma pena à infração delitiva perpetrada conduz à realização de seu efeito preventivo estabilizador, de maneira que a mudança de etiquetas não afeta o absoluto conteúdo da pena, que é a reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa.<sup>21</sup>

A natureza preventiva da pena atribuída pela teoria relativa recebe inúmeras críticas, pois seu objetivo precípua é transformar um cidadão em exemplo para os outros, não havendo preocupação com o mal causado pelo agressor à coletividade.

Além disso, seus opositores sustentam ser temerária a defesa da ressocialização do preso, diante de um sistema penitenciário falido e incapaz de elaborar efetivos programas para a reinserção do indivíduo ao pacífico convívio social, pelo contrário, o elevado índice de reincidência demonstra a notória afirmação de que as cadeias são universidades do crime.

Outrossim, a finalidade intimidativa poderia justificar a retomada das punições e suplícios infligidos aos condenados em praça pública, típicos da época medieval.

---

<sup>20</sup> Fundamentos da Pena, p. 105.

<sup>21</sup> Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 542-543.

Outra crítica à teoria é sua desvinculação da culpabilidade como medida de sanção, sem indicar outro critério para mensurar a necessidade de intimidação.

Se o fim da punição é a intimidação da sociedade, quando, e se houver o agravamento das condições sociais - e por via de consequência de infrações penais -, poderá verificar-se uma ampliação desmedida das punições.

Apesar dos defeitos apontados, a teoria tem seus méritos, pois revelou uma finalidade ressocializadora e preventiva para a sanção.

### **1.1.3 Teoria mista e o caráter eclético da pena**

Tentando conciliar as teorias anteriores, surgiu uma corrente intermediária, por meio da qual defende-se a função retributiva da pena, com a finalidade de prevenir o cometimento de novas infrações, reeducar o criminoso e intimidar aqueles que pensam em praticar infrações.

Adjair de Andrade Cintra faz uma distinção entre função e finalidade, destacando que a pena tem função retributiva e finalidade preventiva, *verbis*:

Já foi anteriormente definido que a função da pena é a retribuição do mal, enquanto a finalidade da pena é a prevenção. Em outras palavras, a pena tem por função primária a retribuição do mal causado pelo infrator, para assim buscar prevenir o cometimento de novos crimes. A retribuição é função, pois sem ele não se trata de pena, e, por outro lado, a prevenção é finalidade porque ainda que ela não se verifique, não deixa de ser pena, pois se trata de um parâmetro a ser buscado pelo legislador, pelo julgador e pelo executor da pena.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Prescrição penal e finalidades da pena, p. 98.

A função retributiva visa, na concepção moderna, a aplicação de uma pena justa, proporcional à culpabilidade do agente.

Uma pena justa, por outro lado, é a única capaz de recuperar o infrator e demonstrar a seus pares o vigor normativo, prevenindo a prática de novas infrações.

Paulo José da Costa Júnior destaca a função preventiva da pena justa:

Somente a pena justa e equânime poderá cumprir sua missão intimidativa a contento. Penas excessivas e cruéis provocam e excitam os impulsos criminógenos, sem exercer intimidação psicológica. Por outro lado, a impunidade do fato delituoso irá suscitar um sentimento de indignação da coletividade, acompanhado da insegurança no que concerne à proteção jurídica.<sup>23</sup>

O caráter intimidativo (prevenção geral negativa) abre espaço para punições exageradas, com o fim de causar medo. Dessa forma, em detrimento daquela, deve ser ressaltada a prevenção geral positiva, para que a sanção proporcione à sociedade sensação de segurança e de confiança no ordenamento jurídico, e não medo.

Concluindo esse tópico, pode-se constatar que a pena não possui uma única função, razão pela qual não deve ser classificada de maneira estanque.

Hodiernamente, a pena tem uma finalidade retributiva, para recompor a fissura no ordenamento jurídico e na paz social causada pela ofensa ao bem jurídico tutelado, bem como uma função preventiva, para impedir a prática de novas infrações pelo próprio delinquente e demonstrar à sociedade que a violação de bens jurídicos não é aceita.

---

<sup>23</sup> **Direito Penal Objetivo: Comentários atualizados**, p. 82.

Pelo exposto, a única certeza é de que a pena não é apenas vingança pública pelo ilícito praticado. Deve ser, acima de tudo, um sinal de reprovação apto a motivar o cumprimento dos deveres sociais e, também, uma oportunidade para a reinserção social do infrator.

Essa posição eclética foi adotada por nosso sistema punitivo, conforme evidencia o *caput* do artigo 59, do Código Penal,<sup>24</sup> o qual, expressamente, estabelece que o juiz fixará uma pena suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

Em síntese, apesar de toda discussão existente, a pena pode ser considerada um mal necessário para o convívio social, porém, não deve ser vista apenas como vingança e não pode atingir a dignidade humana, por isso, insta mencionar o teorema de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, o qual concluiu sua obra com a seguinte advertência:

(...) para que toda pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.<sup>25</sup>

## 1.2 Causas extintivas do direito de punir

Do estudo até aqui realizado, conclui-se que a prática da infração, em resposta ao ato, faz nascer a pretensão do Estado de aplicar uma sanção, cujas finalidades são: retribuir, corrigir e prevenir a realização de novos crimes.

---

<sup>24</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...).

<sup>25</sup> **Dos Delitos e das Penas.** 3ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

Para a satisfação dessa pretensão o Estado deverá demandar em juízo, requerendo, por meio de ação penal, a aplicação da pena. Com o devido processo penal, em que são apurados os fatos, e garantidos o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência etc., o Poder Judiciário definirá se é legítima a pretensão Estatal e se é o caso de cerceamento da liberdade do cidadão.

Somente após a sentença condenatória transitada em julgado é que o Estado pode considerar satisfeita sua pretensão punitiva e iniciar o procedimento para a satisfação da pretensão executória.

Durante o processo penal poderão surgir algumas circunstâncias aptas a modificar a pretensão estatal, por ser mais relevante e socialmente aceitável a ausência de punição do que a aplicação da pena. Exemplificativamente, citam-se as causas extintivas de punibilidade, hipóteses legais que fulminam a pretensão punitiva.

A esse respeito, consignem-se as palavras do Ministro Francisco Campos:

O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados no art. 108 do projeto [atual artigo 107, do Código Penal], é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em *Wegfall des Staatlichen Staatsanspruchs*). Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelicção do *direito de punir* do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a *punibilidade* do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política.<sup>26</sup>

Nesse contexto, embora exista o crime, com todos os seus elementos, novos fatores ou circunstâncias exteriores, posteriores e independentes dele

---

<sup>26</sup> Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, item 35.

revelam que a impunidade causará menos mal à sociedade do que a aplicação de uma sanção.

Pois bem, nas hipóteses trazidas pelo artigo 107 do Código Penal, haverá a extinção da punibilidade, sendo impossível a imposição de qualquer pena pelo Estado. *In verbis*:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

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

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

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

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

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

O rol supracitado não é taxativo. Tanto é assim, que o próprio Código Penal, no parágrafo terceiro do artigo 312,<sup>27</sup> traz outra causa extintiva da punibilidade, quando houver a reparação do dano causado pelo peculato culposo antes da sentença.

O atendimento das condições da suspensão condicional da pena e do livramento condicional (artigos 82<sup>28</sup> e 90,<sup>29</sup> respectivamente, do estatuto penal) também extinguem a punibilidade.

Mais exemplos de causas extintivas podem ser encontrados em leis extravagantes, como o cumprimento do período probatório da suspensão condicional do processo (conforme parágrafo quinto do artigo 89 da Lei

---

<sup>27</sup> § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

<sup>28</sup> Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

<sup>29</sup> Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

9.099/95),<sup>30</sup> e o pagamento do tributo nos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária (parágrafo segundo do artigo 9º da Lei 10.684/03).<sup>31</sup>

Todavia, dentre as causas extintivas da punibilidade a que merece maior destaque para o presente estudo é a prescrição, arrolada no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Como se verá a seguir, a ação do tempo afasta a necessidade-utilidade da sanção penal, por isso, a demora na persecução criminal acarreta a perda do direito estatal de punir.

---

<sup>30</sup> § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

<sup>31</sup> § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

## 2. PRESCRIÇÃO PENAL

### 2.1 Conceito, natureza jurídica e espécies

Prescrição deriva do latim *praescriptio*, que tem origem no verbo *praescribere*, cujo significado é o ato de escrever antes ou no começo.

A utilização da expressão surgiu no Direito Romano com o emprego da *praescriptio* na fórmula elaborada pelo pretor romano, que estabelecia uma limitação de tempo para a propositura da ação, prazo esse que, se não observado, levava à absolvição do acusado.

Mara Regina Trippo explica essa passagem história, relatando que:

A etimologia do termo explica-se pelo *formulário*, que foi o regime processual do Direito Romano, no qual o pretor direcionava o julgamento por meio de *fórmula*, composta por quatro partes: *demonstratio* (enunciação dos fatos não contestados); *intentio* (indicação da pretensão do autor e a contestação do réu); *condematio* (atribuição outorgada ao juiz nomeado para condenar ou absolver o acusado); *adjudicatio* (autorização conferida ao juiz para atribuir às partes a propriedade do objeto litigioso). Graças à lei *Aebutia*, os pretores foram investidos no poder de criar novas ações. Ao fazê-lo, fixavam prazo para a duração do processo, o que ensejou as ações chamadas *temporárias*. Se essas não fossem propostas no prazo, o pretor, antes da *demonstratio*, escrevia uma introdução (preliminar), na qual advertia o juiz que, sem examinar o mérito, deveria absolver o réu. A essa parte introdutória, porque se apresentava antes da fórmula, se chamou *praescriptio* (*prae-scripto*). Após, a expressão deixou de ter significação meramente formal e ganhou conteúdo material.<sup>32</sup>

Inspirada nas fórmulas romanas é que surge a prescrição. Seu significado, porém, evoluiu, passando a ter outra conotação. Contemporaneamente, prescrição penal pode ser definida como a perda do direito de punir, decorrente do decurso do tempo.

---

<sup>32</sup> **Imprescritibilidade Penal.** São Paulo: Juarez de Oliveira. 2004, p. 29.

O Estado tem espaço delimitado de tempo para exercer a pretensão de punir o infrator, sob pena de perder seu direito, extinguindo-se a punibilidade.

Heleno Cláudio Fragoso, ao tratar da prescrição, assim a conceitua:

Prescrição é a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido. A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (pretensão punitiva), ou o seu direito à execução da pena imposta. Trata-se de causa de extinção da punibilidade (Art. 107, IV, CP), que deixa subsistir a ilicitude penal do fato.<sup>33</sup>

Corroborando esse pensamento, Luiz Regis Prado ensina que:

O não exercício do *jus puniendi* estatal conduz à perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido. A prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado.<sup>34</sup>

Superada a análise conceitual do instituto, mister se faz uma abordagem sobre a sua natureza jurídica.

Uma corrente defende<sup>35</sup> que a prescrição tem natureza processual, afirmando que prazos e ação são matérias atinentes ao processo. Outros<sup>36</sup> a compreendem como tema de direito material, pois envolve a perda de um direito, qual seja, o *ius puniendi*, que atinge apenas reflexamente a ação penal.

Franz von Liszt filia-se à segunda linha de pensamento, *verbis*:

Sob uma e outra forma a prescrição é circunstancia extintiva de pena. Não só impede o processo, senão também extingue o direito de punir. Como prescrição do direito, e não como mera prescrição da ação, ella

<sup>33</sup> **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 516.

<sup>34</sup> **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 744.

<sup>35</sup> Binding, Maurach, Jagush e Wezel, citados por Christiano José de Andrade. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 28.

<sup>36</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18. PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. São Paulo: José Bushatsky. 1972, p. 21

pertence por sua matéria e natureza, não ao direito processual, e sim ao direito material.<sup>37</sup>

Por fim, existe a corrente mista, também chamada de eclética ou unitária, que acredita ter a prescrição natureza jurídica híbrida, ou seja, pertencer tanto ao ramo processual quanto ao material, na medida em que gera consequências nas duas esferas do Direito.

Essa é a visão de Heleno Cláudio Fragoso, para quem:

Dominante é a teoria mista, que admite, ao mesmo tempo, o caráter material e processual. A prescrição representa, por um lado, a perda do interesse da perseguição e no castigo, porque, com o decurso do tempo, desaparecem as razões que justificam a pena. Por outro lado, a prescrição constitui impedimento processual. Em boa verdade, o aspecto processual da prescrição é o mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva. Parece claro que neste último caso desaparece o direito do Estado à persecução: a prescrição constitui um pressuposto negativo, implicando a extinção do processo sem decisão de mérito. Ocorrendo a prescrição antes da sentença, não se julga a ação improcedente. O juiz declara extinta a punibilidade e põe fim ao processo.<sup>38</sup>

O pensamento de Heleno Cláudio Fragoso é merecedor de respeito, mas, nos dias atuais, prevalece o entendimento de que a prescrição é matéria de Direito Penal, pois, como dito alhures, é causa de extinção do próprio direito de punir do Estado.

Nesse sentido, Antonio Rodrigues Porto observa que:

A prescrição penal pertence ao direito material ou substantivo, e não ao direito formal ou adjetivo, embora algumas de suas consequências imediatas (sobre a ação penal e a condenação) pertençam ao direito processual. Essa é a orientação dominante, alguns autores, entre os quais Lourié, têm entendido que a prescrição penal pertence ao direito processual. Outros lhe atribuem caráter misto, como Adolphe Prins, que considerava a prescrição da ação como sendo de processo penal e a prescrição da pena como pertencente ao direito substantivo. Por ser

---

<sup>37</sup> **Tratado de Direito Penal Alemão**, p. 476-477.

<sup>38</sup> Op. cit., p. 518.

assunto de direito material, é que os Códigos penais, e não os de Processo, disciplinam os casos de prescrição, prazos, interrupção, suspensão, etc.<sup>39</sup>

Prosseguindo no estudo do instituto, cabe frisar que existem duas espécies de prescrição, são elas: prescrição da pretensão punitiva; e prescrição da pretensão executória.

A primeira envolve o prazo para exercício do direito de constituir uma sanção penal por meio de ação, ou seja, o transcurso máximo de tempo que o Poder Público tem para iniciar e encerrar o processo penal que decidirá sobre a culpa ou inocência do acusado. Ultrapassado esse prazo, o Estado perderá o direito de processar o infrator.

A segunda refere-se ao prazo de satisfação da pretensão estatal de executar a pena imposta ao acusado após todo o trâmite processual e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com a constituição do direito de punir surge o direito de executar a punição, também limitado temporalmente.

Celso Delmanto, sobre esse tema, assevera que:

É certa e indiscutível a existência de dois critérios ou ciclos legais de prescrição. No primeiro (*antes de transitar em julgado*), há perda da pretensão punitiva, ou, como falam os comentadores, do direito de ação, da atividade persecutória, da ação cognitiva. No segundo (*depois de transitar em julgado*), dá-se a prescrição da pretensão executória, ou, na preferência variável dos autores, desaparece o direito de execução, da atividade ou da ação executória.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> **Da Prescrição Penal**, p. 21.

<sup>40</sup> Prescrição Penal e Trânsito em Julgado. Separata da **Revista de Ciência Penal**. Editora Convívio, ano III, nº 1, 1976, p. 122.

Embora sejam duas espécies, atualmente, ambas são tratadas no mesmo texto legislativo, o que não acontecia em tempos pretéritos, quando a prescrição da condenação era regulamentada pelo Código Penal e a prescrição da ação, pelo Código de Processo Penal.<sup>41</sup>

## 2.2 A origem da prescrição no direito comparado

Os registros históricos não são muito precisos ao apontar o primeiro texto de lei que consagrou ou admitiu a prescrição.

Em sua maioria, os estudiosos indicam a LEX JULIA de 18 a.C. como sendo a norma precursora do instituto, pois, de acordo com a mencionada lei, determinados crimes deixavam de receber punição após algum tempo.<sup>42</sup>

Nessa direção são os esclarecimentos de Mara Regina Trippo, *verbis*:

A mais antiga previsão legal sobre a prescrição penal data de 17 ou 18 a.C., sob o império de Augusto. Trata-se da *Lex Julia de Adulteriis* (...) Essa lei fixava o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes de estupro, lenocínio e adultério nela previstos.<sup>43</sup>

Essa fonte romana serviu de exemplo para outros diplomas jurídicos. Observe-se, porém, que durante largo espaço de tempo, o instituto da prescrição foi afastado, sendo a regra a imprescritibilidade das infrações e das condenações.

---

<sup>41</sup> Essa distinção de diplomas, por exemplo, pode ser vista no Código Criminal do Império, de 1830 e no Código de Processo Criminal do Império, de 1832.

<sup>42</sup> Salienta Adolfo Zerboglio que: “*La legge che introdusse l’instituto della prescrizione fu la Lex julia de adulteriis, la quale rimonta all’anno 736 o 737 ab urbe cond. (17 o 18 av. Cr.) \* Adulter – diceva questa legge – post quinquennium, quam commissum adulterium dicitur [ quod continuum numeratur] accusari non postest. Probabilmente, avverte il Berner, questa legislazione si riposta all’antica tradizione del lustrum, per la quale al decorrere de cinque anni si accoppiava il concreto del perdono e della purificazione.*” **Prescrizione penale**. Torino: Fratelli Bocca, 1893, p. 26.

<sup>43</sup> **Imprescritibilidade Penal**, p. 32-33.

Franz von Liszt relata que o Direito Penal Alemão, por longo período, adotou a imprescritibilidade, mas, com a evolução do ordenamento jurídico germânico, a prescrição voltou a ser adotada, *verbis*:

O direito penal alemão da idade média não conhecia a prescrição. Também não a encontramos mencionada na Carolina. O direito romano só admittio a prescrição criminal (abstração feita dos crimes particulares) desde a *lex Julia de adulteriis* (786 ou 787 a.u), que fixou o prazo de cinco annos para a prescrição dos crimes por ella qualificados. Posteriormente encontramos (à parte os denominados *crimes de carne*) reconhecida de um modo expresso e geral a prescrição de todos os *crimina publica* com o prazo de vinte annos. Eram imprescriptiveis, segundo o direito romano ulterior, o parricidium, a suppositio partus e a apostasia<sup>44</sup>. Foi no curso dos séculos 16 e 17 que a prescrição teve entrada nos Estados da Allemanha. A Prússia já a admittia em 1620; em 1656 é ella designada na baixa Áustria (por Bratsch) como uma instituição inteiramente nova, transplantada do direito bavaro de 1616.<sup>45</sup>

A retomada na aplicação da prescrição ganhou força na França, que, após a Revolução, passou a ter um sistema jurídico baseado nos ideais liberais, razão pela qual a legislação francesa, em 1791, adotou expressamente o prazo prescricional de vinte anos para a extinção da condenação.

A partir daí, pouco a pouco, o instituto da prescrição foi sendo acolhido pelos diversos sistemas jurídicos, reduzindo-se os casos de imprescritibilidade.

São esses alguns precedentes históricos aptos a justificar a origem e a adoção do instituto pelo mundo, imprescindíveis à compreensão do estudo que se segue, envolvendo especificamente o desenvolvimento da prescrição no Direito Penal Brasileiro.

---

<sup>44</sup> Nota explicativa: apostasia é o ato de mudar de religião, abandonar uma crença antiga. Tal conduta é punida com pena capital, ainda hoje, em diversos países orientais de religião muçulmana.

<sup>45</sup> **Tratado de Direito Penal Alemão**, p. 478.

## 2.3 Escorço histórico da prescrição no direito pátrio

### 2.3.1 O tratamento legislativo da prescrição no Brasil antes de 1830

Antes do Código Criminal de 1830<sup>46</sup> vigoraram no Brasil as Ordenações do Reino de Portugal, e o que poderíamos chamar de Direito Indígena.

Embora não fossem escritas, as regras de convivência do Direito Indígena faziam parte da comunidade, garantindo a organização das tribos. Como todo sistema primitivo, o Direito Penal Indígena baseava-se na vingança e mantinha penas desproporcionais.<sup>47</sup>

Especificamente sobre a prescrição vigente àquela época, vale trazer à colação as lições de José Henrique Pierangeli, *in verbis*:

Uma importante particularidade do direito costumeiro de nossos índios era o total desconhecimento do instituto da prescrição. Os nossos historiadores, no geral, apontam que a vingança não era esquecida, ou seja, não esqueciam nossos indígenas dos delitos praticados e nem as penas que deveriam ser impostas.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> O Código Criminal do Império pode ser considerado o primeiro diploma penal genuinamente brasileiro, ao menos no aspecto formal, pois foi baseado em códigos e projetos existentes em outros países, principalmente no projeto de Código Penal Português de Pascoal José de Mello Freire, elaborado em 1789, no Código Francês de 1810, e no projeto de Código Penal para a Lousiana, elaborado por Edward Livingston, em 1825. Esse diploma foi promulgado por Dom Pedro em 16 de dezembro de 1830, após quase três anos de discussão na Câmara dos Deputados e no Senado, que analisaram os projetos de código dos Deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos (apresentado em 04/05/1827) e José Clemente Pereira, conhecido como José Pequeno, (apresentado em 16/05/1827), sendo escolhido pela comissão bicameral o projeto de Vasconcellos.

<sup>47</sup> Segundo Francisco de Assis Toledo: “O direito penal dos povos indígenas, nas terras brasileiras, na época do descobrimento (século XVI), era tão primitivo e rudimentar quanto a formação dos aborígenes que habitavam esta parte do continente americano. Baseava-se, exclusivamente, em costumes e crenças tribais que, segundo documentos da época, incluíam, entre outras práticas, o canibalismo (geralmente em ritual no qual se devorava o prisioneiro), a vingança compensatória (espécie de talião aplicado pelo próprio ofendido), sem falar na permissividade, em certos casos, do uxoricídio, do infanticídio, do aborto, da eutanásia etc.” **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 55.

<sup>48</sup> **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

Após o descobrimento do Brasil vigoraram em nosso país as Ordenações do Reino de Portugal (Ordenações Afonsinas, de 1446, seguidas pelas Manoelinas, de 1521 e, posteriormente, pelas Filipinas, de 1603). Dentre elas merecem destaque as Ordenações Filipinas, de Dom Felipe II da Espanha e Felipe I de Portugal, porque foram aplicadas em terras brasileiras por longo período, até 1830, mais de duzentos anos, sendo a mais duradoura legislação penal vigente em solo pátrio, até os dias atuais.

Era o livro V das Ordenações Filipinas que trazia as regras do Direito Penal. Em tal diploma são vistas algumas formas de extinção da punibilidade em função do decurso do tempo, por exemplo, o disposto no parágrafo quarto, do título II (Dos que arrenegão, ou blasfemão de Deos e dos Santos):

*(...) Porém assi no caso da querela, como da accusação sem querela, não lhe será recebida querela, nem será recebido a acusar, senão até hum anno do dia, que o crime aconteceo: a todos aos autos, que em outra maneira forem feitos, havemos por nenhuns.*

Analisando a matéria com as lentes de hoje, o que se tinha naquela época era um prazo decadencial e não propriamente prescricional.

Nessa direção, Mara Regina Trippo leciona, *verbis*:

Esse caso e outros similares (Títulos XXIII, n.2, e XXVIII) não tratavam da prescrição ou da perempção. Cuidavam da decadência, pois: os prazos referiam-se à paralisação do exercício da ação penal (direito de querelar), tanto que, se ultrapassados, o titular perdia esse direito processual; o texto alude ao *querelante*, figurando o ofendido como seu promotor.<sup>49</sup>

Confirmando esse pensamento, Christiano Jorge Santos assevera que: “Não se tem notícia de que a prescrição tenha sido prevista nas Ordenações

---

<sup>49</sup> **Imprescritibilidade Penal**, p. 37.

Afonsinas de 1446 ou nas Manoelinas de 1521. Certo é que as Ordenações Filipinas ignoraram-na.”<sup>50</sup>

Portanto, a regra, na legislação lusitana, era a imprescritibilidade, justamente porque o poder do monarca não poderia sofrer limitação temporal.

### **2.3.2 A prescrição no Código Criminal do Império de 1830**

A criação de uma legislação genuinamente brasileira foi fruto de diversos fatos históricos ocorridos em todo globo e principalmente no solo brasileiro.

A queda do antigo regime e do sistema mercantilista, acontecimentos aliados às Revoluções Industrial e Francesa, bem como as Guerras Napoleônicas, são fatos históricos que contribuíram para a Independência do Brasil e a criação de um ordenamento jurídico pátrio.

Após a proclamação da Independência, em 1822, D. Pedro I outorgou a Constituição de 1824, adotando os ideais liberais pregados pelo movimento iluminista e determinando a elaboração de um Código Criminal com base na Justiça e equidade (artigo 179, inc. XVIII).<sup>51</sup>

Pois bem, diante do mandamento constitucional supracitado, alguns projetos de código foram apresentados ao Congresso Nacional, merecendo

---

<sup>50</sup> **A prescrição penal como fator criminógeno: possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. f. 49.

<sup>51</sup> XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

destaque o trabalho dos deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira, sendo o projeto do primeiro deles a maior fonte de ideias para a comissão que cuidou da redação da lei penal.

Assim, em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I promulgou o Código Criminal do Império do Brasil, o qual foi publicado em 08 de janeiro de 1831, tornando-se o primeiro Código Penal do sistema jurídico brasileiro.

Focando este estudo no texto do Código Criminal de 1830, deve-se destacar seu artigo 65,<sup>52</sup> o qual preceituava que as penas impostas não prescreveriam em tempo algum. Conclui-se, portanto, que a partir de 1830 o legislador brasileiro separou a prescrição da ação da prescrição da condenação.

Efetivamente, pela leitura do dispositivo em comento é perceptível que as penas eram imprescritíveis; os crimes, porém, poderiam prescrever.

Isso realmente acontecia, na medida em que o Código de Processo Criminal do Império (Código de Processo Criminal de Primeira Instância),<sup>53</sup> de 1832, trazia em seus artigos 54 a 57<sup>54</sup> as regras para o reconhecimento e declaração judicial da prescrição dos crimes.

---

<sup>52</sup> Art. 65. As penas impostas aos réos não prescreveram em tempo algum.

<sup>53</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. São Paulo: Javoli, 1983, p. 220.

<sup>54</sup> Art. 54. Os delictos e contravenções, que os Juizes de Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por trez annos, estando ausente em lugar sabido.

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

Art. 56. Os delictos, que não admitem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção do Termo.

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

Assim, o primeiro texto jurídico nacional a tratar sobre a prescrição da ação foi o Código de Processo Criminal do Império, que estabelecia prazos prescricionais levando em consideração o fato de o crime ser inafiançável ou não, e se o criminoso tinha residência em lugar certo ou no estrangeiro.

Após os avanços dos mencionados Códigos, outras leis vieram a tratar do tema, são elas: (a) a Lei n.º. 261, de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal, ampliando o rol de crimes inafiançáveis e, conseqüentemente, os prazos prescricionais para diversos crimes, tempo este que foi fixado em 20 anos;<sup>55</sup> e (b) o Regulamento n.º. 120, de janeiro de 1842, que restringiu os casos de aplicação do prazo prescricional de vinte anos, trazendo, como regra, o prazo de seis anos, retomando, em parte, os preceitos do Código de Processo Criminal do Império.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Art. 32. Os delictos em que tem lugar a fiança, prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes fóra do Imperio, ou dentro em lugar não sabido.

Art. 33. Os delictos que não admittem fiança prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes em lugar sabido dentro do Imperio: estando os réos ausentes em lugar não sabido, ou fóra do Imperio, não prescrevem em tempo algum.

Art. 34. O tempo para a prescripção conta-se do dia em que fôr commettido o delicto. Se porém houver pronuncia interrompe-se, e começa a contar-se da sua data.

Art. 35. A prescripção poderá allegar-se em qualquer tempo, e acto do Processo da formação da culpa, ou da accusação; e sobre ella julgará summaria e definitivamente o Juiz Municipal, ou de Direito, com interrupção da causa principal.

Art. 36. A obrigação de indemnisar prescreve passados trinta annos, contados do dia em que o delicto fôr commettido.

<sup>56</sup> Art. 271. Os delictos e contravenções sobre os quais as Autoridades policiaes e judiciárias decidem definitivamente, prescrevem por hum anno, estando o delinqüente presente sem interrupção no Districto, e por três estando ausente em lugar sabido.

Art. 272. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinqüente presente sem interrupção no Termo, em que residia ao tempo da perpetração do delicto; por vinte annos estando ausente fora do Império, ou dentro em lugar não sabido; e por dez estando ausente em lugar sabido dentro do Império.

Art. 273. Os delictos, , que não admitem fiança, prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes em lugar sabido dentro do Império; por dez annos, estando presentes sem interrupção no Termo; e estando ausentes em lugar não sabido, ou fora do Império, não prescrevem em tempo algum.

Art. 274. A obrigação de indemnisar prescreve passados trinta annos, contados do dia, em que o delicto foi commettido.

### 2.3.3 A prescrição no Código Republicano de 1890

Com a Proclamação da República, em 1889, e antes de editar um Código Penal, o Governo Provisório<sup>57</sup> baixou o Decreto n°. 774, de setembro de 1890, tratando, dentre outros assuntos, do tema em estudo.<sup>58</sup>

Esse diploma foi o primeiro a diferenciar os prazos prescricionais pela quantidade de pena aplicada ao infrator, sem abandonar, porém, o critério anterior que considerava a residência do réu no distrito da culpa.

O Código Republicano, promulgado pelo Decreto n°. 847, de 11 de outubro de 1890, primeiro ano da República,<sup>59</sup> embora muito criticado,<sup>60</sup> deu um grande passo para a adoção da prescrição da ação penal, pois, em seu

---

<sup>57</sup>Após a proclamação da República e o destronamento de Dom Pedro II, foi constituído o Governo Provisório, tendo como Chefe o Marechal Deodoro da Fonseca, com poderes ditatoriais. Esse regime perdurou até a Promulgação da Constituição de 1891, quando o Marechal foi eleito pelos deputados e senadores o novo presidente do Brasil.

<sup>58</sup> Art.4º A pena prescreve, não tendo entrado em execução: I.Si o réo estiver ausente no estrangeiro, pelo lapso de 30, 20 ou 10 annos, applicando-se a prescrição tritennária á condemnação por 20 ou mais annos, a vicennal, á de menos de 20 até seis, a decennal, á de menos de seis annos; II.Si o réo estiver dentro do território brasileiro, pelo lapso de 20, 10 ou cinco annos, applicando-se a vicennal á condemnação de seis ou mais annos, a decennal á de menos de seis até dous, a quinquennal á de menos de dous annos.

<sup>59</sup> O Código Penal Republicano teve origem no projeto de Batista Pereira, conforme relata **Antonio José da Costa e Silva**: “Apressou-se o primeiro ministro da justiça (dr. Campos Salles) em levar avante esse empreendimento. E entregou á competencia do conselheiro Baptista Pereira a árdua tarefa de elaboração de um novo codigo. Em curto espaço de tempo, se desempenhou o ilustre juriconsulto da delicada missão que lhe fora confiada.” **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1938, p.II. Na mesma toada, noticia Francisco de Assis Toledo: “Com a abolição da escravidão (1888), o desmoronamento da monarquia e a proclamação da República (1889), abre-se uma nova época que se caracterizará pela inadiável necessidade de adaptação das leis vigentes à exigências da burguesia urbana e da aristocracia que então se forma sobre a nova ordem das coisas. Assim, com impressionante velocidade, os novos detentores do poder cuidaram de substituir o Código do Império. Não foi tarefa difícil, pois o Conselheiro Batista Pereira já vinha trabalhando em um projeto de reforma penal, ao ser proclamada a República. Designado pelo Min. Campos Sales, do Governo Provisório, para a elaboração do Código republicano, desincumbiu-se logo da missão entregando, em prazo curtíssimo, o projeto que, em 11 de outubro de 1890, veio a transformar-se no segundo Código Penal do Brasil, primeiro da República.” **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

<sup>60</sup> Com acidez Cezar Roberto Bitencourt afirma: “Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história; ignorou completamente os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli. O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição.” **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. p. 46-47.

artigo 71, trouxe, dentre as causas extintivas da ação, a prescrição.<sup>61</sup> Além disso, no artigo 78, dispôs que a prescrição da ação teria os mesmos prazos da prescrição da condenação.<sup>62</sup>

No período republicano, ganhou força o sistema que considerava a quantidade de pena aplicada ao infrator como parâmetro para o cálculo dos prazos prescricionais, o que é facilmente verificável com a leitura de alguns dispositivos do Decreto n.º. 4.780, de dezembro de 1923.<sup>63</sup>

O referido decreto inovou ao indicar que a prescrição da ação ocorreria após o decurso do prazo prescricional indicado pela pena máxima cominada no tipo infringido.<sup>64</sup>

A imprescritibilidade, naquela época, era excepcional, reservada apenas aos casos em que o réu fosse domiciliado no estrangeiro ou estivesse

---

<sup>61</sup> Art. 71. A acção penal extingue-se: 1.º pela morte do criminoso; 2.º por amnistia do Congresso; 3.º pelo perdão do offendido; 4.º pela prescrição.

<sup>62</sup> Art. 78. A prescrição da acção, salvo os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação.

<sup>63</sup> Art. 33. A. prescrição de que trata o art. 85, do Codigo Penal realizar-se-ha: a) em um anno, quando a condemnação impuzer pena restrictiva da liberdade pessoal, por tempo não excedente de seis mezes; b) em dous annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de seis mezes e menos de um anno; c) em quatro annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por um anno até dous annos; d) em seis annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de dous annos até tres annos; e) em oito annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de tres annos até quatro annos; f) em 10 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de quatro annos até oito annos; g) em 12 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de oito annos até 10 annos; h) em 16 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de 40 annos até 12 annos; i) em 20 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por tempo excedente de 12 annos.

Art. 34. Prescrevem: § 1º Em 10 annos, a pena de interdicção (art. 43, letra f, e art. 55 do Codigo Penal) . §2º Em cinco annos, a pena de suspensão do emprego. § 3º Em 10 annos, a pena de perda de emprego.

<sup>64</sup> Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal, á prescrição da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamento comminada na lei, ou pela que for pedida no libello, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que sómente o réo houver recorrido.

Art. 36. A prescrição da interdicção, suspensão ou perda do emprego só começará a correr depois de cumprida a pena restrictiva da liberdade pessoal, a que forem adjectas ou de que forem effeitos aquellas penas.

Art. 37. A prescrição da acção penal, que recomeça a correr da pronuncia, interrompe-se pelo despacho que a esta confirma e bem assim pela sentença condemnatoria recorivel.

foragido, como, por exemplo, previam a Lei nº 515 de novembro de 1898<sup>65</sup> e o Decreto nº. 4.861, de 29 de setembro de 1924.<sup>66</sup>

Por fim, cabe esclarecer que a Consolidação das Leis Penais, Decreto Lei nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932,<sup>67</sup> elaborada por Vicente Piragibe, não inovou sobre o tema, vez que o profícuo trabalho do desembargador foi de compilação das normas vigentes, e não propriamente de elaboração de um novo código.<sup>68</sup>

Encerra-se, aqui, este esboço histórico, deixando-se de lado, propositadamente e apenas por ora, de comentar os posteriores movimentos de reforma, especialmente o Código Penal de 1969, Decreto-lei n. 1.004 de outubro de 1969, elaborado por Nélon Hungria e o projeto de Código Penal de José de Alcântara Machado de Oliveira, este último utilizado para a

---

<sup>65</sup> Art. 14. O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homiado em paiz estrangeiro.

<sup>66</sup> Art. 3º A acção penal e a condenação pelos crimes referidos no art. 1º desta lei não prescreverão em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homiado em paiz estrangeiro.

<sup>67</sup> Trechos do Decreto: “Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. O Chefe do Governo Provisorio da Republica Dos Estados Unidos do Brasil: Considerando que o Codigo Penal Brasileiro, promulgado pelo decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, tem sofrido inumeras modificações, quer na classificação dos delitos e intensidade das penas, quer com a adoção de institutos reclamados pela moderna orientação da penologia; Considerando que estas modificações constam de grande número de leis esparsas, algumas das quais já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal; Considerando que, não sendo licito invocar a ignorancia do direito devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que, com rigor maior, (...) seja observado em relação ás leis penais, em virtude da particular incidencia destas sobre a liberdade individual; Considerando que, malogradas as várias tentativas de reforma do Codigo Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competencia da Sub- comissão Legislativa; Considerando que, sem desarticular o sistema do Codigo atual nem alterar as disposições em vigor, é de todo conveniente seja adotada uma consolidação das leis penais; (...) Considerando que o autor da obra consente na sua adoção, independentemente de qualquer indenização ou premio, ressalvado apenas os seus direitos autorais, quanto á edição já publicada e as reedições futuras: Decreta: Art. 1º. Fica aprovado e adotado, como "Consolidação das Leis Penais", o trabalho do Sr. desembargador Vicente Piragibe, publicado sobre o titulo "Codigo Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", que a este acompanha, subscrito pelo ministro da Justiça. Paragrapho único. A Consolidação, assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos.”

<sup>68</sup> Francisco de Assis Toledo, comentando esse período histórico, apinhado de leis alterando o Código Penal, esclarece que o Governo da época “considerando que essas modificações constavam de grande número de leis esparsas, algumas das quais profundamente alteradas, o que dificultava não só o conhecimento como a aplicação da lei penal, resolveu adotar, como *Consolidação das Leis Penais*, o trabalho de Vicente Piragibe, publicado sob o título de *Código Penal do Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor*.” **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

elaboração do Decreto 2.848, de dezembro de 1940, também chamado de Código Penal de 1940, pois esse assunto será estudado no tópico 3.2.2, ocasião em que também se analisará a evolução da prescrição retroativa.

## **2.4 Fundamentos da prescrição**

Como já consignado, o instituto da prescrição evoluiu lentamente, mas é, atualmente, adotado em diversos países. Sua aceitação deu-se não apenas pelos vários fundamentos que o justificam, mas, sobretudo, por trazer um caráter mais humanista ao Direito Penal.

Apesar das críticas, a perda do direito de punir pelo decurso do tempo resiste até hoje, e seus diversos fundamentos garantem sua existência nos Estados de Direito.

Para facilitar a compreensão, os fundamentos do instituto sob análise foram separados em tópicos. Porém, não é uma única teoria ou um fundamento isolado que sustenta - e continua sustentando - a existência da prescrição num determinado ordenamento jurídico. É o conjunto de posições a seu respeito que permanece garantindo sua existência e aceitação. A chamada doutrina eclética é a que melhor representa e justifica a prescrição.

Nesse sentido são as palavras de Antonio José da Costa e Silva: “(...) todas essas teorias, isoladamente, não podem dar, de modo satisfatório, o fundamento racional, politico-juridico, da prescrição criminal. Porisso, preferem os escriptores combina-las, apresentando uma doutrina ecclectica”.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 1938, v. II, p. 376.

### 2.4.1 Teoria do esquecimento social

A primeira teoria que merece destaque é a do esquecimento, por meio da qual entende-se que após um longo período a sociedade esquece o fato criminoso e a pacificação social ocorre naturalmente, sendo desnecessária a atuação do Direito Penal.

Nessa direção, os esclarecimentos de Mara Regina Trippo:

A teoria do esquecimento prega que, com o decurso do tempo, a memória coletiva apaga a recordação das circunstâncias do crime até que outras impressões tomem lugar. A indignação pública, o sentimento coletivo de insegurança e os reclamos pela retribuição do mal do crime esvaem-se. As expectativas comunitárias são natural e paulatinamente satisfeitas ou frustram-se em definitivo, devolvendo a estabilidade ao grupo.<sup>70</sup>

Antonio Rodrigues Porto ensina que: “Com o decorrer do tempo, o crime é esquecido pela sociedade, desaparecendo assim o alarme social. Em conseqüência não haverá mais interesse em punir.”<sup>71</sup>

No mesmo sentido, Christiano José de Andrade, apoiando-se nas ideias de Cuello Calón, observa:

Em atinência à prescrição da pena, anota Cuello Calón que se alega, com verdade, que, transcorrido muito tempo desde a perpetração do delito, a recordação deste se esfuma, e os sentimentos coletivos que originam a intranqüilidade, o alarme, o desejo de dar satisfação ao ofendido, o afã de que o criminoso pague a sua dívida se atenuam e chegam a se extinguir completamente. E a sociedade só deve castigar quando perduram o mal-estar e a inquietação causados pelo fato delituoso.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> **Imprescritibilidade Penal**, p. 47.

<sup>71</sup> **Da Prescrição Penal**, p. 12.

<sup>72</sup> **Da Prescrição em Matéria Penal**, p. 15.

Um dos críticos do instituto, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, assevera que determinados crimes perduram na memória social e, por isso, deveriam ser considerados imprescritíveis:

Do mesmo modo, os crimes cruéis que permanecem longo tempo na lembrança dos homens, assim que provados, não merecem prescrição alguma em favor do réu, que se livra pela fuga. Nos delitos menores e obscuros, entretanto, a prescrição deve pôr fim a incerteza do cidadão quanto a sua sorte, pois a obscuridade, envolvendo por muito tempo os delitos, anula o exemplo da impunidade, deixando, entretanto, ao réu, a possibilidade de redimir-se.<sup>73</sup>

As lições do Marquês de Beccaria podem ser utilizadas para garantir-se uma proporcionalidade nos prazos prescricionais, na medida em que crimes mais graves, com maior impacto social, deveriam ter prazos maiores. Tal raciocínio, porém, não deve justificar a imprescritibilidade, o que transforma a pena em simples vingança.

Do exposto, entende-se que a aplicação de pena após o esquecimento social do fato criminoso pode ser considerada mera vingança, retribuição do mal, sem qualquer finalidade preventiva.<sup>74</sup>

#### **2.4.2 Teoria psicológica**

Essa corrente parte da premissa de que o ser humano se transforma a cada dia, por isso, com o passar dos anos, a evolução e o amadurecimento psicológico do criminoso transformam-no em outra pessoa, que já teria perdido o vínculo psicológico com o crime praticado.

---

<sup>73</sup> **Dos Delitos e das Penas**, p. 84.

<sup>74</sup> Sobre as finalidades da pena ver item 1.1.

Nesse sentido, Antonio Rodrigues Porto leciona: “Com o tempo, muda a constituição psíquica do culpado, pois eliminou-se o nexó psicológico entre o fato e o agente; será, portanto, outro indivíduo quem irá sofrer a pena”.<sup>75</sup>

Christiano Jorge Santos, resume as ideias dessa teoria da seguinte maneira:

Os adeptos deste pensamento partem da premissa de que o homem é modificado em sua estrutura psíquica com o passar do tempo. Assim, no momento do crime, seria uma pessoa e, após determinado período, ao se aplicar a pena, internamente já se trataria de alguém *diferente*. De se concluir, portanto, levado o raciocínio à conclusão mais radical, que alguém estaria punido pelo *crime de outro*.<sup>76</sup>

Assim, a aplicação de uma pena muito tempo após a prática do ilícito viria a atingir o mesmo indivíduo, mas com distinta personalidade.

### 2.4.3 Teoria da emenda

A readaptação social do infrator não praticante de nenhum outro crime, e que teve uma boa conduta social desde aquele episódio ilícito, também é fundamento da prescrição.

Mara Regina Trippo, ao comentar essa linha de raciocínio, leciona que:

Para esta teoria, deveria ser dado como reabilitado o delinqüente que não cometesse outra infração antes de ser condenado ou de iniciar o cumprimento da pena. Durante esse prazo, o Estado teria, involuntariamente, feito uma experiência com o criminoso, que resultou positiva, pois o réu teria demonstrado que se ajustou ao ambiente social, de modo que o cárcere lhe seria medida inútil.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 18.

<sup>76</sup> **A prescrição penal como fator criminógeno: possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro** Tese (Doutorado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. f. 62.

<sup>77</sup> **Imprescritibilidade Penal**, p. 48.

Sendo o crime anteriormente praticado um fato único na vida do indivíduo, não haveria necessidade de uma intervenção ressocializadora, pois, sua singular e isolada conduta, demonstraria que o ajuste desejável para seu reingresso no meio social já se verificou.

Nesses casos, a pena perderia sua função preventiva<sup>78</sup> e passaria a ser, apenas, castigo, pois não há de se falar em readaptação social daquele que já logrou reintegrar-se à sociedade.

#### **2.4.4 Teoria do enfraquecimento probatório**

Pela teoria do enfraquecimento probatório, de fundamento eminentemente processual, entende-se que com o passar do tempo as provas perdem sua força, distanciando-se da verdade real e ampliando a probabilidade de um erro judiciário e de uma injustiça, fatos que justificariam a renúncia do direito de punir.

Nessa direção, as lições de Antonio Rodrigues Porto: “Com o perpassar do tempo, os meios de prova vão se tornando mais difíceis, quiçá impossíveis. Assim, a apuração do fato delituoso torna-se mais incerta, e a defesa do acusado, mais precária”.<sup>79</sup>

Corroborando o acima exposto, vale trazer à colação as lições de Christiano José de Andrade, uma vez mais apoiado em Cuello Calón, *verbis*:

Assim, afirma Cuello Calón que a prescrição dos delitos se justifica pelo argumento de caráter processual de que com o decurso do tempo se

---

<sup>78</sup> Nesta hipótese, fala-se em prevenção especial positiva, conforme visto no tópico 1.1.2.

<sup>79</sup> **Da Prescrição Penal**, p. 15.

extinguem ou se debilitam em provas do fato punível. A boa administração da Justiça exige que as provas nos Juízos Criminais sejam frescas e eficientes, porquanto as que, por haver decorrido muito tempo desde o cometimento do delito, perderam seu vigor probatório podem causar graves erros judiciais.<sup>80</sup>

Basileu Garcia reforça esse entendimento ao afirmar:

(...) os longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova torna-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória de circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários.<sup>81</sup>

No processo penal, a prova testemunhal é utilizada em larga escala, sendo um dos principais meios probatórios. Todavia, diante da falibilidade da memória humana, a colheita desse tipo de prova deve ser célere, de modo a evitar distorções indesejáveis.

Essa corrente sofre críticas, vez que não apresenta relação entre a dificuldade de produzir provas e a diversidade dos prazos prescricionais e, que tal teoria, somente pode ser aplicável à prescrição da pretensão punitiva, pois a prescrição da pretensão executória tem como base a sentença penal, ocasião em que já está revelada a certeza jurídica sobre os fatos.

Em que pese a relevância das censuras a essa linha de pensamento, é certo que, a cada dia, a verdade real pretendida pelo processo penal fica mais distante, possibilitando um erro judiciário, ou mesmo uma sentença baseada em provas imprecisas.

---

<sup>80</sup> **Da Prescrição em Matéria Penal**, p. 13.

<sup>81</sup> **Instituições de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. I, t. II, p. 369.

### 2.4.5 Ameaça de sanção com caráter perpétuo

Além das teorias já citadas, vale mencionar o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal, que proíbe a criação de sanções de caráter perpétuo.

Baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, o Constituinte de 88 inseriu, como cláusula pétrea, a vedação de penas de morte - *salvo em caso de guerra declarada* -, de trabalhos forçados, de banimento, as cruéis, bem como as sanções *de caráter perpétuo*.

Por isso, no Brasil, não existe possibilidade de instituir-se a prisão perpétua e, atualmente, o prazo máximo para o cumprimento de pena privativa de liberdade é de 30 (trinta) anos, nos termos do artigo 75 do Código Penal.<sup>82</sup>

A proibição constitucional das penas de caráter perpétuo leva à vedação da imprescritibilidade, na medida em que a ameaça de imposição de uma sanção, também não pode perdurar indefinidamente no tempo.

Diante do dispositivo supracitado vislumbra-se outro fundamento para justificar a existência de prazo prescricional, pois nem sanção nem a ameaça de sanção podem ter caráter perpétuo.

Nesse sentido, são as lições René Ariel Dotti:

---

<sup>82</sup> Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.  
§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.  
§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

A imprescritibilidade, tanto da pretensão punitiva como da pretensão executória, atenta contra o espírito da própria lei fundamental na medida em que proíbe a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”), assim considerada não somente aquela que é cominada, aplicada ou executada mas também toda a reação estatal contra o delito que configure uma ameaça eterna de sacrifício de bens jurídicos do infrator.<sup>83</sup>

Em poucas, mas precisas palavras, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, ao analisar os fundamentos da prescrição, conclui: “Não há como admitir a eterna ameaça de ação penal e seus efeitos”.<sup>84</sup>

Com efeito, aceitar a imprescritibilidade e a possibilidade da espada de Dâmocles<sup>85</sup> a perseguir o criminoso por toda sua vida, significa ignorar o princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que um indivíduo sofra ou tema sofrer, indefinidamente, uma reprimenda estatal.

Esse, aliás, é também o entendimento de Celso Delmanto: “A punibilidade de determinada conduta, típica e ilícita, não é, e nem deve ser, eterna, restando sobre a cabeça daquele que tenha cometido uma infração penal, como uma espada de Dâmocles, por toda a sua vida”.<sup>86</sup>

Pelo exposto, conclui-se que o instituto da prescrição surge para impedir que a ameaça de sanção perdure no tempo, pois se a sanção não pode ter caráter perpétuo a ameaça de pena, também não pode ter.

---

<sup>83</sup> Prefácio. JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 12

<sup>84</sup> Possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de maneira retroativa em 1º grau de jurisdição. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 36, mar/1992, p. 70.

<sup>85</sup> A expressão indica uma situação de perigo, que pode vir a ser vivenciada, fazendo referência aos momentos experimentados por Dâmocles, que vivia na corte de Siracusa, governada pelo Rei Dionísio, no século IV A.C. e invejava a posição do rei diante das regalias proporcionadas pelo trono. Certa vez, o rei convidou Dâmocles para um banquete e colocou sobre sua cabeça uma espada pendurada no teto, para demonstrar que o reino é sempre ameaçado e as regalias invejadas estão sempre por um fio, diante da possibilidade de traição de um integrante da corte ou a invasão por inimigos.

<sup>86</sup> **Código Penal Comentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 314.

São estes alguns dos fundamentos que justificam a ideia de que a inércia do Estado acarretará a perda de seu direito de punir ou de executar a punição. Não devem, porém, ser analisados isoladamente, vez que compõe um conjunto de ideias justificadoras do instituto.

## **2.5. Imprescritibilidade**

A imprescritibilidade, regra no Direito Penal da Idade Média, como se registrou anteriormente, foi, aos poucos, principalmente após a Revolução Francesa e a propagação dos ideais iluministas, sendo abandonada pelos ordenamentos jurídicos, que passaram a adotar a prescrição como um instituto garantidor da dignidade da pessoa humana.

O interessante é verificar que a Constituição de 1988, apesar de reconhecida como Constituição Cidadã - diploma prolixo ao prever direitos e garantias fundamentais -, consagrou duas hipóteses de imprescritibilidade: a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, artigo 5º, incisos XLII<sup>87</sup> e XLIV,<sup>88</sup> respectivamente.

O inciso XLII, por seu turno, sustenta a Lei 7.716/89, a qual pune o racismo e outras formas de preconceito, protegendo um bem jurídico que aqui será chamado de igualdade entre os povos ou igualdade racial.

---

<sup>87</sup> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

<sup>88</sup> XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

Já o inciso XLIV, que trata das ações de grupos armados, ainda depende de regulamentação pelo legislador ordinário, pois não se verifica o enquadramento em qualquer diploma infraconstitucional, nem sequer na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83).

Nesse ponto, *data venia*, o Constituinte merece crítica, pois, apesar de abarcar crimes graves, a imprescritibilidade não parece ser a melhor saída para inibir ou coibir a prática dessas infrações.

Esse é, a propósito, o pensamento de Célia Maria Ramos Tejo, *verbis*:

A imprescritibilidade é o mais inadequado dos caminhos, expressa mais uma atitude de vingança que de cultivo jurídico. (...) A imprescritibilidade, aqui usada como exceção, é um insulto à moderna concepção de justiça e incompatível com o princípio da humanização das penas.<sup>89</sup>

No mesmo sentido, os ensinamentos de Sérgio Salomão Shecaira:

A imprescritibilidade é um verdadeiro insulto à moderna concepção de justiça e incompatível com o princípio de respeito à dignidade dos seres humanos insculpidos na Constituição Federal. Ademais, fere o princípio da proporcionalidade e da humanização das penas.<sup>90</sup>

Reforçando as idéias dos doutrinadores acima mencionados, Kátia Elenise Oliveira da Silva explica:

Ao prever a imprescritibilidade para estes tipos de delitos, o legislador constituinte arranhou o princípio da proporcionalidade, uma vez que para crimes tão ou mais graves continuarão sendo aplicadas as regras do instituto da prescrição. Verifica-se que este dispositivo constitucional está em descompasso com o espírito da Carta Magna e representa um retrocesso para o Direito Penal pátrio, devendo ser repudiado por todos os que zelam pela preservação de um Estado Social que se empenhe em

---

<sup>89</sup> **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989.** Campina Grande: Ed. da Universidade Estadual da Paraíba, 1998, p. 59.

<sup>90</sup> Racismo. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 405.

proteger os cidadãos e que, portanto, não poderá persegui-los por tempo indefinido.<sup>91</sup>

Nesse contexto, entende-se que a previsão constitucional de imprescritibilidade ofende a dogmática penal moderna, na medida em que é desproporcional.

A desproporcionalidade pode ser verificada pela comparação com outros tipos penais. Por exemplo, a Lei 8.072/90 enumera os crimes hediondos e seus equiparados, dentre os quais destacamos o homicídio praticado por grupo de extermínio, latrocínio, tráfico ilícito de drogas,<sup>92</sup> considerados os crimes mais graves, bárbaros e repugnantes pela sociedade atual. Todos, porém, prescritíveis.

Por outra banda, a Lei 7.716/89 pune o racismo e outras formas de preconceito. O Código Penal, por seu turno, no artigo 121, prevê o homicídio que protege a vida, e no artigo 129 pune as lesões corporais tutelando a integridade corporal. Embora existam outros tipos penais similares, crê-se que os mencionados servem para demonstrar que existem outros bens jurídicos de maior relevância para a sociedade e que sua tutela está condicionada pela atuação estatal em tempo hábil, ou seja, dentro do prazo da prescrição.

Frise-se que não se trata de desdenhar da tutela da igualdade, mas sim, de atribuir um tratamento proporcional às condutas delimitadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>91</sup> **O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

<sup>92</sup> Propositadamente, visando manter o foco do trabalho, foram deixados de lado os crimes de genocídio e terrorismo, diante da divergência existente sobre a adoção da imprescritibilidade pelo Tratado de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional. Sobre o tema, ver TRIPPO, Mara Regina. Imprescritibilidade penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

Nesse sentido, o tratamento mais rígido ao crime de racismo constitui ofensa ao princípio da proporcionalidade e retira a coesão do sistema penal pátrio.

Não por outra razão, assim se posiciona sobre a matéria Mara Regina Trippo:

Confrontadas as sanções em termos qualitativos e quantitativos, conclui-se que ilícitos raciais não se incluem entre os mais graves do sistema jurídico-penal brasileiro. Foram abaladas a lógica e a credibilidade desse sistema quando se respondeu à prática de racismo com perenização do *ius puniendi* e a outros delitos mais graves com a transitoriedade.<sup>93</sup>

O princípio da proporcionalidade exige uma ponderação de interesses, ou seja, deve-se colocar na balança os bens jurídicos sob análise, não podendo o de menor peso ter um tratamento mais rigoroso.

Essa exacerbada rigidez já foi sentida e combatida pelo Poder Executivo, chefiado, à época, pelo Presidente José Sarney, que vetou o artigo segundo da Lei 7.716/89, que em sua redação original trazia o seguinte texto: “Os crimes nesta lei serão imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de suspensão condicional da pena”.

Além de repetir o texto constitucional, o Congresso Nacional pretendia, por meio da referida lei, vedar a suspensão condicional da pena, retirando, sumariamente, mais um instituto penal que visa à reintegração social.

O veto presidencial ao mencionado dispositivo assim foi fundamentado:

Sabemos que a proibição de concessão do *sursis* pretendida pelo projeto de lei visa a que não possa a pessoa que cometa o crime de racismo deixar de ser encarcerada. Apesar do crime ser um ato repulsivo,

---

<sup>93</sup> **Imprescritibilidade Penal**, p. 82.

merecedor de sanção penal, cremos que admitir a exceção proposta é medida extremada, que não aconselha a ignorância do preceito geral imposto pela lei penal, o qual o julgador deve saber dosar de forma judiciosa que se espera de todos aqueles que devem aplicar a lei.<sup>94</sup>

Se coubesse ao Presidente Sarney analisar o texto constitucional antes de sua promulgação, a mesma mensagem poderia ser utilizada para “vetar” os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição da República.

Este tema ainda será precursor de grandes debates nas academias jurídicas e no Congresso Nacional, principalmente diante do projeto de lei nº 4.580/2009, apresentado pelo Deputado Talmir Rodrigues, o qual pretende tornar regra a imprescritibilidade, eliminando do ordenamento jurídico pátrio a prescrição. Esse projeto visa à modificação do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, para eliminar a prescrição do rol das causas extintivas da punibilidade.

Ao justificar seu projeto o Deputado Talmir, afirma: “Se a prescrição é a regra no ordenamento jurídico, como dissemos, na vida real a regra é a impunidade. E é no sentido de evitar a impunidade que propomos a extinção da prescrição penal, esse instituto que coloca o tempo ao lado e a favor do criminoso”.

A impunidade, aliás, é tema invariavelmente presente nas discussões que versam sobre prescrição, e a solução normalmente apontada para minorar a primeira é a eliminação da segunda.

---

<sup>94</sup> Mensagem Presidencial nº 38, de 1989, Diário do Congresso Nacional, 05/04/1989, p. 905 (Corresponde à Mensagem Presidencial nº 9, de 05/01/1989).

Guardadas as devidas proporções, seria o mesmo que afirmar que ao invés de tratar dos famintos e dos enfermos, seria mais fácil matá-los, pois, assim, desapareceriam a fome a doença.

Na mesma linha de raciocínio, ao invés de investir na estrutura do Poder Judiciário - com contratação de juízes e demais funcionários - e de informatizar os processos, para a eliminação de atividades burocráticas, melhor eliminar a prescrição. Assim, os processos poderiam tramitar por dez, vinte ou quarenta anos, sem qualquer prejuízo ao Estado, e com certeza haveria a imposição de uma sanção ao infrator.

Ora, a demora nos julgamentos e a ineficácia da máquina estatal em exercitar seu direito de punir não podem recair sobre o presumido criminoso, nem tampouco sobre o condenado, a quem não se pode imputar a responsabilidade pela crônica e conhecida “lentidão do Judiciário”.

O senso de impunidade não deixará de existir se o crime for imprescritível, pois de nada adianta uma resposta penal à sociedade muitos anos após a prática do ilícito, quando a infração já caiu no esquecimento social, e a pena representará apenas uma vingança estatal, sem qualquer finalidade preventiva.

Além disso, o prazo prescricional não é um favor concedido ao criminoso, mas uma garantia de que a ameaça de sanção contra ele não será perpétua.

Em conclusão, a prescrição é medida salutar e atende não apenas aos ditames do direito penal hodierno, mas, sobretudo, aos direitos fundamentais

e, repetimos, à dignidade da pessoa humana. Já a imprescritibilidade é medida desproporcional, cabendo ao Estado a tarefa de melhorar sua estrutura e órgãos repressivos para que a punição seja aplicada no tempo legalmente determinado.

### **3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

Como já explicado, a prescrição penal pode ser dividida em duas espécies: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

A primeira envolve o direito de constituir uma sanção penal, por meio de ação judicial, ou seja, o Poder Público tem prazo para iniciar e encerrar o processo penal que decidirá sobre a culpa ou inocência do acusado.

A segunda espécie refere-se à pretensão estatal de executar a pena imposta ao réu após todo o trâmite processual e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com a prática do ilícito penal, surge para o Estado o poder-dever de realizar a persecução penal, promovendo o processo com o objetivo de revelar a materialidade, a autoria do ilícito e a quantidade de pena a ser aplicada em resposta a esse ato.

Após o esclarecimento desses fatos, o julgamento e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, surge o direito de executar a decisão, aplicando a sanção definida pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, com a constituição do poder de punir para aquele caso concreto caberá ao Estado, por meio de seu sistema prisional, executar essa sanção, concretizando a resposta penal diante do ilícito praticado.

Para obter essa decisão do Judiciário o Estado-administração tem determinado espaço de tempo, ou seja, o exercício de sua pretensão punitiva,

materializado pela investigação e instrução processual, deve ocorrer durante um período, pois se assim não for haverá a perda do direito de punir, isto é, a prescrição da pretensão punitiva.

A perda do direito de punir antes do trânsito em julgado da sentença penal recebe o nome de *prescrição da pretensão punitiva*, a qual é gênero das seguintes espécies: prescrição pela pena em abstrato; prescrição intercorrente e prescrição retroativa.

Nos tópicos abaixo, será analisada cada uma dessas espécies.

### **3.1 Prescrição antes da sentença condenatória**

A prescrição ocorrida antes da sentença condenatória é chamada de *prescrição pela pena em abstrato*, vez que é calculada pelo máximo de pena cominado no preceito secundário do tipo penal.

Assim, da data da consumação do crime, passando pelo recebimento da denúncia e pela decisão de pronúncia (se crime doloso contra a vida), até a sentença condenatória transitar em julgado a prescrição é regulada pela pena máxima cominada em abstrato.

O *caput* do artigo 109, do Código Penal, institui a regra de que antes da sentença transitar em julgado o prazo prescricional é calculado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada, *in verbis*:

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

O dispositivo estabelece algumas exceções, indicando os parágrafos do artigo 110, onde estão previstas duas outras modalidades de prescrição: a superveniente e a retroativa, as quais serão analisadas logo abaixo.

Neste momento, o foco está na prescrição pela pena em abstrato, consoante a regra explicitada no artigo 109 supracitado.

Para se obter o prazo em que o Estado perde o direito de punir deve ser considerada a pena máxima prevista no preceito sancionador, aplicando-se a tabela de prazos previstos nos incisos do mencionado artigo, reproduzidos abaixo:

Art. 109 – (...)

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

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

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

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

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

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Essas quantidades de tempo devem ser aferidas nos interstícios existentes entre os marcos interruptivos da prescrição, definidos pelo artigo 117 do Código Penal.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Causas interruptivas da prescrição

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência.

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

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

Assim, por exemplo, o crime de falsificação de documento público previsto no artigo 297 do Código Penal, tem a pena máxima prevista de 6 (seis) anos de reclusão.<sup>96</sup> Portanto, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, a base de cálculo do prazo é de 6 (seis) anos, a qual prescreve em 12 (doze) anos.

Logo, se entre a data do fato e a do recebimento da denúncia houver transcorrido tempo superior a 12 (doze) anos, ocorrerá a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, considerando a pena máxima abstratamente cominada.

Porém, com o trânsito em julgado da sentença condenatória e a individualização da pena do infrator, a forma de contagem será alterada, pois, ter-se-á, então, uma pena em concreto a ser utilizada como base de cálculo.

Nesse caso, se for aplicada a pena mínima prevista no preceito sancionador, 2 (dois) anos, a prescrição da pretensão punitiva prescreverá em 4 (quatro) anos.

### **3.2 Prescrição após a sentença condenatória**

O cálculo prescricional após a sentença condenatória leva em consideração diversos fatores, tais como: se a acusação recorreu dessa sentença, se o recurso foi provido ou improvido, se houve o trânsito em julgado etc.

---

<sup>96</sup> Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Como explicado alhures, transitada em julgado a sentença condenatória, será satisfeito o direito de punir, pois esse foi reconhecido e dosado para o caso em concreto, surgindo, para o Estado, o direito de executar a sanção.

Em outras palavras, com a sentença condenatória transitada em julgado a pretensão punitiva estará concretizada, e a partir desse marco, o Estado terá prazo para satisfazer a pretensão executória, ou seja para aplicar a sanção, devendo observar, para tanto, a mesma tabela de prazos previstos no artigo 109 do Código Penal.

A prescrição da pretensão executória está regulada pelo *caput* do artigo 110 do Código Penal, *verbis*:

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

Nos termos do artigo supracitado, a prescrição da pretensão executória é calculada pela pena em concreto, ou seja, pela pena definida na sentença.

A prescrição da pretensão executória surge após a constituição do *ius puniendi* por meio da sentença penal transitada em julgado, não se confundindo a prescrição da pretensão punitiva. São espécies distintas de um mesmo gênero.

Além da prescrição da pretensão executória, depois de proferida a sentença condenatória, mas antes de seu trânsito em julgado definitivo, são aplicáveis as regras da prescrição da pretensão punitiva, que permitem o

reconhecimento da prescrição intercorrente ou superveniente e da prescrição retroativa.

Assim, a sentença condenatória, que só transita em julgado para a acusação, permite, também, a verificação de duas outras espécies de prescrição da pretensão punitiva, que serão objeto de análise nos próximos tópicos.

### **3.2.1 Prescrição intercorrente**

A prescrição intercorrente, também denominada subsequente, ou superveniente, é modalidade de prescrição da pretensão punitiva que considera a pena aplicada na sentença transitada em julgado para a acusação.

Essa espécie de prescrição parte do princípio da pena justa, concretizada e individualizada no caso específico, na medida em que a pena máxima prevista abstratamente no preceito secundário é por demais exacerbada e não representa um juízo de culpabilidade adequado ao caso concreto.

Diante da ausência de impugnação da sentença pela acusação e, como nosso sistema não possibilita a *reformatio in pejus*, a quantidade de pena prevista em concreto passa a ser a maior das penas possíveis ao caso, sendo injusta a manutenção do cálculo prescricional pelo máximo de pena prevista em abstrato.

Pois bem, objetivamente, o cálculo prescricional deverá utilizar como base a pena aplicada na sentença transitada em julgado para a acusação, e o interstício a analisar está compreendido entre a data da publicação da sentença e seu definitivo trânsito em julgado.

Essa modalidade de prescrição ingressou no ordenamento pátrio com o Decreto nº 4.780, de 25 de dezembro de 1923, ao estabelecer que:

Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal, á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamento comminada na lei, ou pela que for pedida no libello, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que sómente o réo houver recorrido. (grifou-se).

Posteriormente, veio inserta no parágrafo único do artigo 110 do Código Penal de 1940: “A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

O alcance da prescrição pela pena em concreto nunca foi unanimidade entre os juristas, compondo um dos temas mais controvertidos do Direito Penal Brasileiro, inclusive com constantes mudanças na lei e na jurisprudência.

A principal controvérsia sobre o assunto está em saber se a contagem da prescrição pela pena em concreto será feita da sentença recorrível até seu trânsito em julgado, ou se a verificação da prescrição pode retroagir para momento anterior à sentença.

Tal polêmica é bem delineada por Nilson Vital Naves quando destaca os argumentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luiz Gallotti e Néelson Hungria:

Nas palavras do primeiro [Luiz Galotti]: se apelasse somente o réu, passaria a regular a prescrição da ação, depois da sentença, a pena imposta. Não existia portanto, retroatividade. Argumentava: Ora, a nossa lei é expressa no atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (Art. 117, §4º) e, por igual, no dizer, que, em regra, a prescrição interrompida recomeça por inteiro (Art 117, §2º), a tornar claro que ficou inutilizado, para tal fim, o prazo que fluiu anteriormente. A pena concretizada passaria então, daí por diante, a regar a prescrição. (...) No entanto, conforme Néelson Hungria, se este parágrafo fosse aplicável só *ad futurum*, e não também *ad praeteritum*, seria ocioso. Alegava: a pena concretizada, na ausência de recurso do Ministério Público, é a única a que, no caso, corresponderia *ab initio* o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar Justiça impõe o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória ... se entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória já decorreu tempo suficiente para a prescrição da pena *in concreto*, a sentença não é causa interruptiva, pois não se interrompe aquilo que já cessou ou que já se consumou.<sup>97</sup>

Toda essa discussão envolve, também, a admissibilidade da prescrição retroativa e, por isso, será aprofundada no próximo tópico.

Para o presente item, vale o disposto no parágrafo primeiro do artigo 110, do Código Penal: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

A leitura do dispositivo supracitado indica que a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação revelará a quantidade de pena a ser considerada para o cálculo prescricional.

---

<sup>97</sup> O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto. *Justitia*, ano 37, nº 88, 1º trimestre de 1975, p. 286.

Se a acusação deixar de recorrer da decisão condenatória, ou se recorrer pretendendo a reforma do julgado sem que isso provoque a modificação da quantidade de pena, ou, ainda, se o recurso da acusação for improvido, o parâmetro para a contagem da prescrição será a pena definida na sentença, mesmo que a defesa continue recorrendo, visando a absolvição ou a diminuição da reprimenda.

São três as hipóteses de ocorrência da prescrição intercorrente:

1) Se a acusação concordar com a pena concretamente aplicada pelo juízo de primeiro grau, aquela representará a máxima sanção possível, já que não poderá ser elevada. Por essa razão, servirá de base de cálculo para a contagem do prazo prescricional, que terá início no dia da publicação da sentença.<sup>98</sup> Assim, enquanto a defesa continuar recorrendo e impedindo o trânsito em julgado definitivo, o prazo prescricional estará sendo contado.

2) Se, aplicada a pena, a acusação apresentar recurso para modificar o julgado, sem, contudo, impugnar a quantidade de sanção imposta,<sup>99</sup> como a pena fixada não poderá ser alterada pelas instâncias superiores (princípio da proibição da *reformatio in pejus*), aquela também será, como na hipótese anterior, a máxima possível. Portanto, assim como acontece naquela, a contagem da prescrição começará a contar a partir da data da publicação da sentença.

3) Por fim, se a acusação recorrer, com a finalidade de modificar a pena imposta pelo juízo *a quo*, mas seu recurso for improvido, ou seja, seus

---

<sup>98</sup> Nos termos do artigo 389, do Código de Processo Penal, a sentença considera-se publicada no dia em que o magistrado entrega a decisão ao escrivão.

<sup>99</sup> Por exemplo, quando houver discordância em relação ao regime de pena, à aplicação do *sursis* ou à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

argumentos não forem acolhidos pelo tribunal, a contagem da prescrição, com base no *quantum* sancionatório aplicado em primeiro grau, começara a correr a partir da data da publicação da sentença.<sup>100</sup>

Dentre as hipóteses de prescrição da pretensão punitiva após a sentença condenatória, a prescrição intercorrente não gera tanta polêmica quanto a prescrição retroativa, como se verá no próximo tópico.

### 3.2.2 Prescrição retroativa

Criação genuinamente brasileira, a prescrição retroativa, modalidade de prescrição da pretensão punitiva, surgiu da prática forense, diante da constatação de que o cálculo do prazo prescricional pela pena máxima cominada gera uma injustiça quando já se sabe a pena máxima em concreto a ser aplicada ao réu.

Baseado no princípio da pena justa e na vedação da *reformatio in pejus*, o Supremo Tribunal Federal passou a contar retroativamente o prazo da prescrição da pena pela sanção em concreto, sempre que o juiz fixasse a pena e somente o réu apresentasse recurso.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Esta última hipótese evita que a acusação apresente recurso desprovido de fundamentação pertinente ou relevante, apenas com a intenção de impedir a incidência da prescrição intercorrente.

<sup>101</sup> Consoante explana Raimundo Macedo “A expressão sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, empregada na lei, significa também sentença condenatória de que a acusação já não possa recorrer e, assim, muito embora não tenha ainda recorrido o condenado, que ainda não foi intimado da decisão, desde que tenha esta passado em julgado para a acusação, o prazo prescricional deve ser regulado pela pena imposta, uma vez que esta não pode mais ser aumentada.” **Da extinção da punibilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 132-133.

A admissibilidade da prescrição retroativa pelo Pretório Excelso veio após longos debates sobre o tema e nunca foi unanimidade, embora esse entendimento, por vinte anos (de 1964 a 1984), estivesse sumulado.<sup>102</sup>

Nilson Vital Naves, em estudo sobre o reconhecimento da prescrição pela pena em concreto pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra que a tese era aceita, ou não, dependendo da composição do órgão colegiado julgador, sendo, esse tema, objeto de grandes embates jurídicos. Por isso, conclui seu trabalho com as seguintes palavras: “Aí estão alguns aspectos do princípio inscrito no verbete 146, denominado, por Aliomar Baleeiro, a mais controversa das Súmulas do Supremo Tribunal Federal.”<sup>103</sup>

Desde a vigência do Decreto nº 4.780,<sup>104</sup> de 25 de dezembro de 1923, doutrina e jurisprudência divergiam sobre a possibilidade de retroação da contagem da prescrição.

A controvérsia continuou mesmo após o advento de um novo Código Penal, sancionado por meio do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940,<sup>105</sup> vez que o texto do parágrafo único do artigo 110 ainda permitia

---

<sup>102</sup> Súmula nº 146 do STF: A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso de acusação.

<sup>103</sup> O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto, p. 285-293.

<sup>104</sup> O objeto da discórdia envolvia o seguinte artigo 35, *in verbis*: “As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal, á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamento comminada na lei, ou pela que for pedida no libello, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que sómente o réo houver recorrido.” (grifou-se)

<sup>105</sup> Esse diploma repressivo foi elaborado no início do governo de Getúlio Vargas que acabava de inaugurar o regime ditatorial batizado de “Estado Novo”. Nesse lanço, professa Aníbal Bruno: “Regia, então, no país a ordem política do “Estado Novo”, e o ministro FRANCISCO CAMPOS resolveu incumbir da redação de outro projeto ao Prof. ALCÂNTARA MACHADO, da Faculdade de São Paulo. Em maio de 1938, o eminente professor paulista entregava ao Governo o anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal brasileiro e em agosto do mesmo ano o projeto completo, que iria ser o ponto de partida para o Código Penal vigente. A redação apresentada ainda não seria, porém, a definitiva. O projeto foi submetido a uma comissão revisora, constituída por NÉLSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, NARCÉLIO DE QUEIROZ e VIERIRA BRAGA, com a colaboração do insigne COSTA E SILVA. Em face dos reparos dessa comissão, levado ao seu conhecimento, e das críticas que a redação primitiva do projeto provocara, o ilustre professor refez o seu trabalho, apresentando-o, em abril de 1940, em nova redação. Os estudos da comissão, entretanto,

variadas interpretações, pois estabelecia que “A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

Com fundamento nesse dispositivo, o STF reconheceu a prescrição pela pena em concreto, conforme esclarece Nilson Vital Naves:

Vigorando o Código Penal, o Supremo, em sessão plenária de 12-6-46, por votação unânime, acolheu a prescrição da pena imposta, retroagindo-a para esse fim (*Habeas Corpus* n. 29.370, DJ de 19-3-48). Em seu voto, o relator, Ministro Castro Nunes, salientou: (...) A razão do dispositivo é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se fora a pena cominada na lei...Nestes termos concedo a ordem.<sup>106</sup>

Após longas discussões sobre a interpretação do texto supracitado, o Supremo Tribunal Federal, em plenária de 13 de dezembro 1963, aprovou a súmula nº 146, para vigorar a partir de março de 1964, estabelecendo que: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso de acusação”.

Como afirmado alhures, um dos grandes defensores da prescrição retroativa foi o Ministro Néelson Hungria para quem:

A prescrição se regula pela pena imposta, desde que não interposta apelação pelo M.P., impossibilitando a *reformatio in pejus*; e deve ser declarada se, entre o recebimento da denúncia e a própria sentença condenatória, já decorreu tempo suficiente. Concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que *ab initio* era justa. A pena cominada *in abstracto*, a que se referia a denúncia, revelou-se na espécie, demasiada. A pena adequada, a pena que realmente devia ter sido solicitada pelo M.P., era a que veio a ser imposta pelo juiz. Assim, a prescrição deve ser entendida como relacionada, desde o princípio, à pena aplicada *in concreto*.<sup>107</sup>

---

continuaram, sob a presidência do ministro FRANCISCO CAMPOS, concluindo com o projeto definitivo apresentado ao Governo a 4 de novembro de 1940 e sancionado como Código Penal por decreto de 7 de dezembro do mesmo ano, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1942. **Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I, p. 106.

<sup>106</sup> Op. cit., p. 285.

<sup>107</sup> *Apud*: Ministro Alfredo Buzaid, Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, item 14.

Mesmo com o assunto sumulado, muitos casos foram decididos em sentido contrário, fazendo com que a polêmica ressoasse no Poder Legislativo, onde se tentava resolver a questão por meio da modificação do estatuto penal.

O anteprojeto do Código Penal, apresentado por Nélson Hungria, publicado em 1963,<sup>108</sup> previa a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa no artigo 110, parágrafo 1º, *verbis*:

Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.

Em contrapartida, a redação inicial do Código Penal de 1969, promulgado pelo Decreto-lei nº. 1.004, não possibilitava o reconhecimento da prescrição retroativa, com a seguinte justificativa:

Em matéria de prescrição, o Projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão.<sup>109</sup> (grifou-se)

No curso da *vacatio legis* do Código Penal de 69, várias emendas foram realizadas em seu texto, inclusive com relação à prescrição retroativa, que passou a ser expressamente admitida.

---

<sup>108</sup> O Código Penal de 1969 teve origem no projeto apresentado pelo Ministro Nélson Hungria, consoante informa Heleno Cláudio Fragoso: “Em 1961, o governo decidiu promover completa reforma na legislação brasileira, inclusive na parte criminal, tendo solicitado a Nélson Hungria, insigne mestre do Direito Penal brasileiro, a elaboração de um anteprojeto do Código Penal. Tal anteprojeto, apresentado em 1963, foi submetido a revisão ministerial e finalmente promulgado, por decreto, em 1969, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970. O prazo de vacância foi, no entanto, sucessivamente prorrogado, por várias vezes, inclusive após a introdução de numerosas emendas, em 1973. Após longa vacância, de quase dez anos, o CP de 1969 foi finalmente revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de novembro de 1978.” **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 80-81.

<sup>109</sup> Item 37 da Exposição de Motivos do Decreto-lei 1.004.

Ao comentar esse momento histórico Damásio de Jesus esclarece:

Surgiu então o Projeto de lei nº. 1.457, de 1973, do Poder Executivo, apresentando emendas ao CP de 1.969. O § 1º do art. 111 teve sua indicação marginal alterada para “superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação”. Rezava o texto: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.” Na Exposição de Motivos do Projeto, o então Min. Alfredo Buzaid esclarecia que, com fundamento na doutrina de Néelson Hungria e acatando o princípio contido na Súmula 146 do STF, a disposição adotava o princípio sumular retroativo. Para isso, havia suprimido a expressão “daí por diante”, não mais exigindo recurso exclusivo do réu, mas trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.<sup>110</sup>

E prossegue o autor:

Estava aceito o princípio de que a pena concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação em face da inexistência de recurso da acusação, era a *ad initio* justa para a resposta penal, revelando-se a sanção abstrata muito severa e injusta para regular o lapso prescricional.<sup>111</sup>

É cediço que, após inúmeras prorrogações da *vacatio legis*, o Código Penal de 1969 não entrou em vigor, continuando a ser aplicadas as disposições do Código Penal de 1940, com modificações setoriais.<sup>112</sup>

Dentre as reformas realizadas no Código de 1940, destaca-se a promovida pela Lei nº 6.416, de maio de 1977, que modificou a redação do artigo 110, permitindo o reconhecimento da prescrição retroativa, *verbis*:

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

---

<sup>110</sup> **Prescrição Penal**, p. 125.

<sup>111</sup> *Ibid*, mesma página.

<sup>112</sup> Francisco de Assis Toledo, ao comentar o declínio do Código Penal de 1969, relata que: “Mal recebido pela crítica, teve o novo estatuto o seu início de vigência adiado por mais de uma vez até que, no Governo do Presidente Geisel, optou-se pela reforma parcial do Código de 1940 e pela revogação definitiva do Código de 1969, o que de fato se deu, respectivamente, pelas Leis n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e 6.578, de 11 de outubro de 1978.” **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

A análise dos dispositivos citados indica uma cristalina tentativa de limitar a abrangência da prescrição retroativa, na medida em que a transforma em causa extintiva da pretensão executória e veda sua aplicação ao período existente antes do recebimento da peça acusatória.<sup>113</sup>

Damásio de Jesus, traz à colação a justificativa apresentada à época:

Em março de 1977, a Presidência da República, pela Mensagem n. 37/77, enviou ao Congresso Nacional o Projeto de lei n. 2, alterando dispositivos do CP de 1940. Dentre as modificações, como esclareceu o Min. Armando Falcão, passou a disciplinar-se “o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais” [Exposição de Motivos do Projeto, n. 15].<sup>114</sup>

É mister, outrossim, trazer à tona outro ponto de divergência sobre o assunto, envolvendo um conflito intertemporal de leis.

Isto porque, como acima consignado, a modificação introduzida pela Lei 6.416/77 não exterminava a condenação, mas mantinha as consequências secundárias da pena e, ademais, vedava o cálculo do prazo prescricional no período existente entre a data do fato e a data do recebimento da acusação, o

---

<sup>113</sup> Sobre essa modificação de paradigmas Nelson Ferraz afirma: “De acordo com estas novas disposições, a prescrição retroativa, que somente pode ser decretada na ausência do recurso da acusação, abrange apenas o lapso de tempo entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, tendo seu alcance restrito à pretensão executória das penas principais de reclusão, detenção e multa nos crimes, e da prisão simples e multa nas contravenções, subsistindo, porém, as penas acessórias, medidas de segurança, rol de culpados, pagamento de taxas e custas do processo etc.” Da prescrição no sistema penal brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 78, v. 79, jul./ago./set./1982, p. 120.

<sup>114</sup> Op. Cit., p. 126.

que vinha sendo reconhecido pela jurisprudência da época, e está previsto na legislação atual.

Nesse contexto, a Lei nº 6.416, de maio de 1977, era flagrantemente maléfica aos acusados e, por isso, não poderia ter efeito retroativo.

Assim, como a alteração trazida pela Reforma de 77 era prejudicial ao réu, diante da interpretação que vinha sendo conferida ao antigo parágrafo único do artigo 110, os dispositivos originais do Código Penal de 1940 continuaram a ser aplicados aos fatos ocorridos durante sua vigência.<sup>115</sup>

Finalmente, com a Reforma da Parte Geral do Código, em 1984,<sup>116</sup> adotou-se expressamente a possibilidade de decretação da prescrição retroativa, inclusive para o período compreendido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, como se vê nos parágrafos do artigo 110, *in verbis*:

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

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

Do entendimento consolidado, extrai-se que, para efeito de contagem da prescrição, a pena aplicada ao réu no caso concreto é adequada e, conseqüentemente, a pena máxima cominada em lei, excessiva, o que,

---

<sup>115</sup> Nesse diapasão, Damásio de Jesus ensina: “Comparando-se as duas disposições, a do antigo parágrafo único com a do § 2º do art. 110 do CP, na reforma penal de 1977, via-se que aquele, em face das duas restrições da lei nova supramencionadas, era mais favorável ao réu. Diante disso, no conflito intemporal de leis, prevalecia a ultra-atividade da disposição anterior. Em conseqüência, a Súmula 146 e o antigo parágrafo único do artigo 110 do CP continuavam a regular os fatos ocorridos antes de 25-5-1977, data em que entrou em vigor a Lei n. 6.416.” **Prescrição Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

<sup>116</sup> Julio Fabbrini Mirabete, ao comentar a reforma do sistema penal pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, noticia que: “Após o insucesso da tentativa de reforma do Código Penal, o Chefe do Executivo, pela Portaria nº 1.043, de 27-11-1980, instituiu uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei de reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. Presidida por Francisco de Assis Toledo e contida por Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Helio Fonseca, a comissão apresentou seu trabalho apoiado no princípio de *nullum crimen sine culpa* e na idéia de reformulação do elenco tradicional das penas. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. I. p. 25.

definitivamente, não se coaduna aos ditames de um Estado Democrático de Direito.

Com o trânsito em julgado para a acusação, a pena imposta não poderá ser modificada para cima. Por isso, em vez de considerar o máximo genérico cominado no preceito sancionador, considera-se o máximo específico para aquele caso, imposto na sentença, na qual ocorreu a efetiva dosimetria e individualização da pena.

O raciocínio utilizado para a constatação dessa espécie de prescrição é apresentado por Rogério Greco, da seguinte forma:

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 cálculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a data do fato (...). Portanto, teremos de percorrer novamente todos os caminhos, desde a prática do fato até o primeiro marco interruptivo da prescrição, que é o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa; em seguida, faremos novamente o cálculo entre a data do recebimento da denúncia ou queixa, até a sentença penal condenatória recorrível. Se entre esses dois marcos houver decorrido período de tempo previsto na lei penal como caracterizador da prescrição, deverá ser declarada a extinção da punibilidade, com base na prescrição retroativa.<sup>117</sup>

Assim, hodiernamente, com base no que dispõe o parágrafo segundo, do artigo 110, do Código Penal, é possível a contagem retroativa do prazo prescricional, inclusive a contar do período existente entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia ou queixa crime, considerando-se a pena imposta na sentença, desde, é claro, que não haja recurso da acusação ou que este tenha sido improvido.

---

<sup>117</sup> Curso de Direito Penal: Parte Geral, v. I, p. 737.

Não obstante a cristalinidade desse raciocínio, o futuro pode revelar algumas surpresas. Tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 1.383/2003, de autoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, que, conforme justificativa de apresentação, “propõe a revogação do disposto no artigo 110, § 2º, do Código Penal, dispositivo legal que consagrou o instituto da *prescrição retroativa*”, sob a assombrosa fundamentação que “a prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade...”.

O projeto foi aprovado pelo Senado Federal, onde tramitou sob o número 19/2007. Todavia, como sofreu alterações naquela Casa, retornou à Câmara do Deputados para nova votação, com a seguinte redação:

Art. 110 - .....

§ 1º A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória para acusação e defesa regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.

§ 2º (Revogado).

Como visto, a adoção da prescrição retroativa pelo ordenamento jurídico pátrio nunca foi unanimidade e, acredita-se, está muito longe da pacificação. Pelo histórico apresentado, crê-se que ainda surgirão muitas modificações e novidades sobre o tema, especialmente diante da proposta de modificação legislativa com o fim de eliminar, do único estatuto legal que a acolhe, esta hipótese de prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto.

### 3.2.2.1 Momento da declaração da prescrição retroativa

Grande divergência de opiniões rodeia o momento adequado para a declaração da prescrição retroativa. Tal polêmica é atribuída ao fato de que essa espécie de prescrição só pode ser aferida após a publicação da sentença de primeiro grau, com o trânsito em julgado para a acusação, momento em que o magistrado de primeira instância decide o caso e encerra sua jurisdição nos autos.

A primeira corrente doutrinária a ser destacada defende a impossibilidade jurídica de reconhecimento da prescrição retroativa pelo magistrado sentenciante, argumentando que, ao prolatar a sentença, o juízo *a quo* deixaria de ser o órgão competente para analisar o mérito do processo, e que o juiz de primeiro grau não poderia modificar sua própria decisão.

Damásio de Jesus, adepto dessa linha de pensamento, assim se manifesta:

Nos termos da lei nova, proferida a sentença condenatória, o Juiz não pode declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Isso porque, constituindo ela modalidade de prescrição da pretensão punitiva (da ação), julgada esta procedente na sentença condenatória, não pode ser julgada, posteriormente, improcedente. Não pode o Juiz, esgotada sua jurisdição, reconhecer que ao tempo da condenação, na verdade, não havia mais pretensão punitiva do Estado. Se assim o fizer estará reformando a própria decisão, o que é proibido.<sup>118</sup>

No mesmo sentido, a afirmação de Pedro dos Santos Barcelos:

O juízo competente para declarar e reconhecer a prescrição retroativa é sempre o da instância superior em comparação ao prolator da sentença, e na maioria dos casos são os tribunais dos Estados ou os tribunais federais de recurso, tendo em vista que as sentenças são prolatadas, em regra geral, pelos juízes de primeira instância.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> **Prescrição Penal**, p. 144.

<sup>119</sup> Prescrição Retroativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 620, Jun./1987 p. 267.

Para esse grupo de juristas, a defesa deve suscitar a prescrição retroativa em apelação, revisão criminal, *habeas corpus* ou qualquer outro instrumento apto a submeter o assunto a instâncias superiores.

Apesar de não partidário da declaração de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa em primeira instância, Damásio de Jesus admite o reconhecimento desse instituto pelos Tribunais nos casos de ações penais de competência originária:

Nas ações penais de sua competência originária, nada impede que, vindo a condenar o réu, possa o Tribunal estadual declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, não constituindo obstáculo a eventualidade de interposição de recurso especial ou extraordinário, que não tem efeito suspensivo.<sup>120</sup>

Sem desmerecer o conhecimento do mencionado jurista, nota-se um paradoxo na sua afirmação, pois, ao proferir a decisão condenatória, o Tribunal deixaria de ter jurisdição para inovar no processo. Por isso, parece ser mais plausível a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa em qualquer grau de jurisdição.

De outra banda, muitos autores defendem a possibilidade de declaração da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição retroativa em primeiro grau de jurisdição, amparados nos princípios da economia processual, da celeridade da prestação jurisdicional e, principalmente, no fato de ser a prescrição matéria de ordem pública, podendo ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição, consoante preceituado pelo artigo 61 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

---

<sup>120</sup> Op. Cit., p. 149.

Fernando da Costa Tourinho Filho é um dos doutrinadores que admite o acolhimento pela prescrição no juízo de primeiro grau, *ipsis litteris*:

Desse modo, quer-nos parecer não haver nenhum inconveniente em se postular a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa ao próprio Juiz do processo, como também não há nenhum inconveniente, ante a comprovada ausência de recurso da Acusação (Ministério Público, querelante ou assistente da Acusação), possa o Juiz do processo reconhecê-la, tal como lhe permite o art. 61 do CPP.<sup>121</sup>

Laís Helena Domingues de Castro Pachi justifica o mesmo posicionamento, observando o seguinte:

A ação penal, com a extinção da punibilidade, deixa de existir. Então, por ser medida de economia processual, simples, rápida e não acarretando prejuízo às partes, deve ser declarada de ofício a extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. O juiz de 1º Grau, ao adotar esta segunda diretriz, não modificará a sentença; estará aplicando a norma legal, eis que é a lei quem concede o efeito de invalidação/rescisão da sentença condenatória, ao se declarar a prescrição. Inexistirá, pois, a formação da coisa julgada e a constituição de título penal executório, nem efeitos penais principais e acessórios da sentença condenatória.<sup>122</sup>

Oscar de Macedo Soares, comentando o Código Penal Republicano, ressalta ser a prescrição matéria de ordem pública:

A razão da disposição é que a prescrição é estabelecida por motivos de ordem pública, que não podem ser sacrificados aos interesses particulares. Sendo a prescrição na ação instituto especial de direito público, pelo qual o esquecimento, *ex lege* presumido, do crime dispensa seu julgamento, não convindo evocar o passado da sua ação criminosa, sob pretexto de aplicar a lei, o que seria por assim dizer repetir o mal social reprimindo, o juiz *ex officio* a decretará em qualquer fase do processo, tendo em atenção somente a ação do tempo, observadas as regras prestabelecidas *prescriptione crimina omnia delentur*. Ainda que não seja allegada pela parte, e resultando exclusivamente do tempo decorrido, independentemente de outra prova, a prescrição deve ser decretada pelo juiz, porque não se trata de direito que a lei criou para o réu e sim em proveito da sociedade e da justiça, doutrina esta aceita pela torrente de criminalistas patrios e estrangeiros e consagrada nos arts. 147, 149, 329 do Cód. do Proc. Crim.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> **Processo Penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 588.

<sup>122</sup> Possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de maneira retroativa em 1º grau de jurisdição, p. 74.

<sup>123</sup> **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910, p. 194.

Alinhando-se ao pensamento dos autores supracitados, em defesa do reconhecimento da prescrição retroativa pelo magistrado de primeiro grau, Luiz Flávio Gomes assevera:

Em síntese, uma vez constatada a prescrição retroativa, deve o juiz de 1º Grau (do processo ou da execução) declará-la. Até mesmo de ofício. Isso constitui imperativo legal (CPP, art. 61), é medida de economia processual e se afasta do apego exagerado ao formalismo, que hoje não se compatibiliza com a necessidade de se imprimir agilidade no funcionamento da Justiça.<sup>124</sup>

Na mesma toada, Paulo José da Costa Júnior admite o reconhecimento do instituto em primeira instância, amparado nas seguintes premissas:

Induvidosa ainda a desnecessidade do recurso da defesa para o reconhecimento da prescrição retroativa, bastando a inexistência do recurso acusatório ou o não provimento deste. Igualmente inquestionável que a prescrição retroativa cancela a sentença condenatória, que não mais pode fazer coisa julgada material, produzindo apenas efeito de regulamentar, pela pena aplicada, o prazo prescricional. Diante dessas premissas, é forçoso concluir que a prescrição retroativa da pretensão punitiva, após decorrido o prazo recursal para a acusação e defesa, possa ser declarada pelo juiz de Primeira Instância. Ao reconhecer a prescrição retroativa, o juiz atende a um imperativo normativo, pois foi a norma legal quem atribuiu à declaração o efeito de invalidar a sentença condenatória, impedindo a coisa julgada e o conseqüente título penal executório.<sup>125</sup>

Visando pacificar a questão, a Egrégia Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, quando dirigida pelo Desembargador Antônio Carlos Alves Braga, baixou o provimento nº 03/94, de 21 de março de 1994, nos seguintes termos:

A decretação da prescrição retroativa em primeiro grau, embora fora da disciplina do Provimento, poderá ser examinada pelo MM. Juiz no curso do processo e antes do recebimento do recurso. A matéria é de índole eminentemente jurisdicional, mas nada obsta que em esteira de doutrina e jurisprudência permissiva mais recente, detenha-se o Juiz de primeira instância na análise de cada caso, decretando-se desde logo e se assim entender, a extinção da punibilidade em face da ocorrência da prescrição

---

<sup>124</sup> Prescrição Retroativa: Pode ser reconhecida em primeiro grau? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 637, nov./1988, p. 372.

<sup>125</sup> **Direito Penal Objetivo: Comentários atualizados**, p. 180.

retroativa. Recursos com punibilidade já extinta, por isso, deixarão de ser encaminhados aos Tribunais, diminuindo, certamente, o acervo de processos em segunda instância, que já é bastante considerável.<sup>126</sup>

Pelo exposto, conclui-se que a prescrição retroativa pode ser declarada a qualquer momento, inclusive pelo magistrado de primeiro grau, após constatar o trânsito em julgado para a acusação.

Entendimento diverso, *permissa venia*, é resultante de formalismo exacerbado, injustificado, que despreza o contexto atual do Poder Judiciário com milhões de processos aguardando julgamento, e os custos materiais, humanos e intelectuais desperdiçados na formação dos autos de recurso para submeter à apreciação da instância superior, apenas e tão-somente para reconhecimento de matéria de ordem pública referente à declaração da extinção da punibilidade em função da existência de prescrição retroativa.

---

<sup>126</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 1989.

#### 4. AÇÃO PENAL

Como visto anteriormente, o Estado é o detentor do direito de punir e de distribuir a justiça, cabendo somente a ele decidir sobre a violação da norma e a imposição de sanções.

Estabelecer punições em abstrato situa-se na esfera do Poder Legislativo, que, em atendimento ao princípio da reserva legal, possui o poder-dever de criar os tipos penais necessários à proteção de determinados bens jurídicos.

Com a violação da norma e a ofensa ou ameaça ao bem jurídico tutelado, nasce o direito de punir em concreto, ou seja, dirigido àquele indivíduo que praticou a conduta descrita na norma, gerando instabilidade social.

Diante da vedação da autotutela, o Estado é o único detentor do poder-dever de resolver os conflitos sociais e aplicar as punições, promovendo a pacificação social.

Sua atividade é desenvolvida por meio da jurisdição (poder, função e atividade do Estado de dizer e aplicar o direito ao caso concreto), provocada pela parte prejudicada através da ação que, por sua vez, desencadeia a prática dos diversos atos que compõem o processo.

Em outras palavras, leciona José Frederico Marques, *ipsis litteris*:

A supressão da autodefesa, epílogo de uma luta secular em que se resume a própria história do Estado e da civilização, levou as nações juridicamente organizadas à criação de tribunais e juízos, para tornarem

efetiva a tutela dos interesses individuais contida nas leis e mandamentos do direito objetivo. Como reflexo *ex parte subiet*i da atividade judiciária do Estado, aparece a ação ou o direito, de que se acha investido todo o cidadão, de invocar os órgãos jurisdicionais para tornarem cumpridas as normas de ordem jurídica em situações incertas e duvidosas.<sup>127</sup>

Logo, a ação é o instrumento jurídico colocado à disposição da parte lesada para possibilitar a resolução do conflito instaurado no momento da violação do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, são as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.<sup>128</sup>

O direito de ação ou de buscar a tutela do Poder Judiciário é autônomo e abstrato, independentemente do direito material pleiteado, constituindo garantia fundamental do cidadão prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.<sup>129</sup>

A ação penal, especificamente, traduz o direito de se pedir ao Estado a condenação do infrator por violação do ordenamento jurídico penal.

A esse respeito insta, mais uma vez, trazer à colação os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

Assim como a proibição da autodefesa criou o direito de ação para os particulares (*facultas exigendi*), a proibição da auto-executoriedade do direito de punir fez nascer o direito de agir para o Estado. A ação penal,

---

<sup>127</sup> **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2000, v. I, p. 344.

<sup>128</sup> **Teoria Geral do Processo**, p. 249.

<sup>129</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

portanto, não difere da ação à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva.<sup>130</sup>

Embora o Estado seja o detentor da jurisdição e do direito de punir, a sanção não pode ser aplicada automaticamente, vez que a satisfação de sua pretensão punitiva deve ser realizada por meio do devido processo penal, iniciado, em regra, pelo Ministério Público (Estado-autor) e encerrado pelo Poder Judiciário (Estado-juiz).

Visando elucidar esse ponto, esclarece José Frederico Marques:

Não basta ao Estado ter o direito de punir: sem a persecução do delinqüente, vedado lhe está impor qualquer pena, e, por isso, quando surge um fato aparentemente delituoso, nasce para o Estado o *jus puniendi* e o direito de perseguir o autor da infração para aplicar-lhe a pena legal e adequada. Inicia-se a persecução penal com as atividades policiais destinadas a organizar o procedimento informativo que servirá de instrumento e base da acusação a ser feita perante os órgãos judiciários. Conseguidas as primeiras informações sobre a infração penal, após a atividade investigatória da polícia judiciária, impedido que se encontra o Estado de, desde logo, aplicar a sanção punitiva, cumpre-lhe ir a juízo, através de seus órgãos legais, para pedir o julgamento do seu direito de punir e a conseqüente aplicação da lei penal objetiva. É justamente nesse segundo momento da atividade persecutória que surge a ação penal, como o direito do Estado-Administração de inovar a prestação jurisdicional do Estado-juiz, a fim de que seja aplicada a norma penal objetiva.<sup>131</sup>

Portanto, com o impedimento da vingança pelo próprio ofendido,<sup>132</sup> o Estado, ainda que seja o portador da jurisdição, para ter reconhecido seu direito de punir, deverá promover a persecução criminal e ajuizar a respectiva ação penal. Em alguns casos, porém, o legislador deixou a cargo do próprio ofendido a legitimidade para o ajuizamento da ação, o que corresponde às hipóteses de ação penal privada, analisadas num dos tópicos seguintes.

---

<sup>130</sup> Op. cit., p. 257.

<sup>131</sup> **Elementos de Direito Processual Penal**, p. 348.

<sup>132</sup> O artigo 345, do Código Penal, pune aquele que faz “justiça” com suas próprias mãos. O crime é denominado *exercício arbitrário das próprias razões*.

O estudo da teoria geral do processo revela diversas correntes de pensamento acerca da ação, porém, para a compreensão do objeto do presente estudo acredita-se que as linhas acima sejam suficientes.

#### 4.1 Condições da ação

O direito de ação, por ser garantia individual do cidadão, pode, consoante registrado supra, ser exercido independentemente da existência do direito material, mesmo porque uma das possíveis respostas do Estado é a improcedência do pedido.

Reitera-se que o direito à tutela jurisdicional é autônomo e abstrato. Seu exercício, porém, depende do preenchimento de determinadas condições, para possibilitar uma correta e efetiva prestação jurisdicional.

Diante disso, com o objetivo de garantir a regularidade e eficiência das demandas apresentadas ao Judiciário foram impostas algumas condições para o exercício desse direito. São as chamadas *condições da ação*.

Registrem-se, a respeito, os esclarecimentos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

A função das condições da ação atende ao princípio da economia processual, evitando que o processo se desenvolva, quando já se sabe, *a priori*, que o provimento final não poderá ser exarado porque as partes que o pedem ou perante quem é pedido não são legítimas; ou o provimento não será necessário, útil e adequado; ou, ainda, quando for ele proibido pelo ordenamento. Trata-se de evitar, em última análise, atividades inúteis.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> **As Nulidades do Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71.

Ora, se a finalidade precípua das condições da ação vincula-se ao princípio da economia processual, a verificação do preenchimento dessas condições deve ser realizada desde o início do processo, ou seja, assim que ajuizada a demanda e antes do recebimento da denúncia, pois a ausência de qualquer desses elementos acarretará a inépcia do pedido.

Nesse sentido, as observações de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação o mais cedo possível no procedimento, e de ofício, para evitar que o processo caminhe inutilmente, com o dispêndio de tempo e recursos, quando já se pode antever a inadmissibilidade do julgamento do mérito.<sup>134</sup>

Na mesma toada, Fernando da Costa Tourinho Filho professa que:

Desse modo, quando se propõe uma ação, antes de o Juiz dizer se o autor tem ou não razão, se o pedido é ou não procedente, deverá ver se o que se pede é juridicamente possível, se o autor tem interesse na lide e se existe interesse em se valer dos Órgãos Jurisdicionais. (...) Então, dizíamos, a lei procurou disciplinar o exercício do *jus actionis*, subordinando-o a certas condições que devem ser analisadas logo de início, isto é, antes do momento em que o Juiz deverá dizer se o autor tem ou não razão, se o que pediu tem ou não fundamento.<sup>135</sup>

O momento processual de análise da viabilidade da ação está previsto no artigo 395 do Código de Processo Penal, com redação modificada pela Lei 11.719/08, *in verbis*:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:  
I - for manifestamente inepta;  
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou  
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

---

<sup>134</sup> **Teoria Geral do Processo**, p. 261.

<sup>135</sup> **Processo Penal**, v. I, p. 517.

Portanto, mesmo antes da instrução processual o juiz tem o dever de analisar se a demanda apresentada merece ser processada ou encerrada de plano.

Faltando uma das condições da ação haverá rejeição da peça inaugural (denúncia ou queixa), pois o autor, carecedor da ação, pleiteou em juízo sem atender às condições impostas pela lei.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, far-se-á a análise de cada uma das condições da ação nos tópicos a seguir.

#### **4.1.1 Possibilidade jurídica do pedido**

Toda pretensão levada a juízo por meio da ação deve possuir, ao menos, a possibilidade de ser atendida, ou seja, não se pode intentar uma ação sem que a providência requerida esteja prevista, ou seja proibida pelo ordenamento jurídico. Em alguns casos, o próprio legislador retira da parte o direito de demandar em juízo, por considerar que a pretensão veiculada não merece a atenção da máquina estatal.

Assim, se o ordenamento jurídico vedar o provimento jurisdicional sobre o que se está pedindo, a ação deve ser rejeitada de plano, pois o autor é dela carecedor, pela impossibilidade jurídica do pedido.

Na seara cível, o exemplo clássico é a ação de cobrança de dívida de jogo hipótese vedada pelo artigo 814 do Código Civil.<sup>136</sup>

No campo penal, a hipótese mencionada pela doutrina envolve o ajuizamento de ação fundada em fato atípico, que não poderá receber sanção por ausência de previsão legal (princípio da legalidade). A fundamentação jurídica para tanto se encontra no artigo 5º, inciso XXXIX, da Lei Maior<sup>137</sup> e no artigo 1º, do Código Penal.<sup>138</sup>

A possibilidade jurídica do pedido na esfera penal existirá sempre que houver a prática de um ato ilícito. Diante da prática de uma infração, é dever do Estado iniciar a persecução penal e ingressar com a ação.

As chamadas condições de procedibilidade (representação, requisição do Ministro da Justiça etc.) também podem ser consideradas como requisitos para a possibilidade jurídica do pedido. Por exemplo, a ausência de representação da vítima impede a sentença condenatória requerida pelo Ministério Público.

#### **4.1.2 Legitimidade de parte**

Em geral, cabe ao titular do direito material demandar em juízo em face de quem violou ou interferiu em seu direito. Aquele que pleiteia em juízo deve ter legitimidade para fazê-lo, e sua pretensão deve ser oposta em face daquele que tem a obrigação de realizar o que foi pedido.

---

<sup>136</sup> Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

<sup>137</sup> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>138</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

A regra é que seja pedido um direito próprio, em nome próprio, ou seja, de legitimação ordinária, norma essa explicitada no artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A lei, todavia, admite hipóteses de legitimidade extraordinária, em que se verificará uma substituição processual, isto é, o pedido não será formulado pelo titular do direito pleiteado.

No processo penal, o legitimado ativo da ação penal pública é o Estado, detentor do direito de punir, representado pelo Ministério Público. Na ação penal privada, é o ofendido, pois embora não seja o titular do *jus puniendi*, o legislador, por razões diversas, atribui à vítima a legitimidade da ingressar com a ação.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Somente o titular do interesse em lide é que pode promovê-la. Assim, como na lide penal, informada da pretensão punitiva e do direito de liberdade, o Estado tem sempre interesse, posto que titular do direito de punir e, de conseqüência, da pretensão punitiva, segue-se que, no campo repressivo, é ele, por meio do seu órgão competente, que é o Ministério Público, sempre parte legítima para agir, para promover a ação penal. Por isso, a ação penal deve ser intentada pelo Estado por intermédio do Ministério Público.<sup>139</sup>

Na hipótese de o Ministério Público ingressar em juízo em caso de ação penal privada, haverá carência de ação por ilegitimidade ativa.

Em determinadas situações, embora o Estado sempre seja atingido pela infração e violação do ordenamento, caberá exclusivamente à vítima, por

---

<sup>139</sup> **Processo Penal**, v. I, p. 524.

meio de queixa crime, ingressar em juízo.<sup>140</sup> Tais exceções fundam-se, normalmente, na preservação da intimidade do particular e na disponibilidade do bem jurídico violado, entendendo-se a ação penal como faculdade do ofendido, pois nessas hipóteses é aplicável o princípio da oportunidade.

Caso a ação penal seja pública, não terá a vítima legitimidade para ingressar em juízo, salvo na hipótese dos artigos 5º, inciso LIX, da Constituição Federal<sup>141</sup> e 29, do Código de Processo Penal,<sup>142</sup> em que se terá a denominada ação subsidiária.

A legitimação para o polo passivo é sempre do autor da infração penal. Assim, não se pode ingressar em juízo em face de quem não for o autor do crime, sob pena de carência de ação por ilegitimidade passiva.

#### 4.1.3 Interesse de agir

Dentre as condições da ação, a que mais desperta debates é o interesse de agir, que é, igualmente, a mais importante para o objeto do presente trabalho.

---

<sup>140</sup> Eduardo Espínola Filho ensina que “A não ser em casos especiais, nos quais, por ser diminuto o interesse social na perseguição da infração penal, é ela atribuída à exclusiva iniciativa da parte ofendida, e, noutros, em que, por considerações preponderantes de ordem familiar e social, se veda à justiça pública a promoção daquela ação, deixada ao critério exclusivo do ofendido, do seu representante ou da sua família, o que se verifica é corresponder a apuração da existência do crime, para repressão dos responsáveis, ao cumprimento de uma relevante missão do Estado; este dá, assim, satisfação a seríssimas exigências de ordem pública e social.” **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. I, p. 427.

<sup>141</sup> LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

<sup>142</sup> Art. 29 - Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

O interesse de agir é pautado pelo trinômio necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado.

O interesse-necessidade é intrínseco às ações penais condenatórias, pois, para o exercício do direito de punir, o Estado tem que pleitear seu reconhecimento ao Poder Judiciário, respeitando o devido processo legal (*nulla poena sine iudicium*).

Sem processo não há como solucionar o conflito entre o direito do Estado e o direito do réu, nem nos casos de reconhecimento (confissão) e de satisfação voluntária. Explica-se: no âmbito civil a parte culpada pode voluntariamente realizar a obrigação, o que não é possível no processo penal, em que não se admite a condenação com base, apenas, na confissão do acusado, nem o ingresso no sistema prisional sem ordem judicial.

A respeito da matéria, assim preleciona Eric Alexandre Lavoura Lima:

Em outras palavras, mesmo que o acusado – por considerar-se responsável pelo cometimento da infração criminal ou em atitude de autoflagelação – venha a implorar pela sua punição, a imposição da sanção penal somente terá lugar se, ao cabo de uma ação penal de conhecimento de índole condenatória informada pelo devido processo legal, sua culpa restar demonstrada e não houver a incidência de circunstância impeditiva de apenamento.<sup>143</sup>

Portanto, mister se faz a utilização da via processual penal para aplicação da sanção penal, em outras palavras, o *ius puniendi* só pode ser exercido após sua validação pelo devido processo penal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> **A coisa julgada penal e seus limites objetivos.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2008. f. 56.

<sup>144</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Além do interesse-necessidade, a movimentação da máquina estatal depende do interesse-adequação e do interesse-utilidade.

O pedido realizado deve ser adequado ao instrumento processual utilizado, ou seja, numa ordem de *habeas corpus* é inadequado o pedido de condenação ou de absolvição, pois essa ação não é de conhecimento. Da mesma forma, esse *writ* tutela apenas o direito de locomoção, não podendo ser impetrado quando não houver cominação de pena privativa de liberdade ou quando esta já estiver extinta, conforme súmulas 693<sup>145</sup> e 695,<sup>146</sup> ambas do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, deve ser observado o procedimento próprio a cada uma das pretensões, isto é, diante da pluralidade de ritos processuais, a parte autora tem de eleger o inerente à infração praticada.

A utilidade da prestação jurisdicional também deve ser observada, pois não se justifica a movimentação de todo o aparato estatal sem que haja uma finalidade útil para a sociedade.

Ausente a possibilidade de reconhecimento e atribuição do direito pleiteado, ou se impossível a pacificação social com o provimento jurisdicional requerido, não há que se falar em interesse de agir.

Para corroborar o entendimento acima, trazem-se à colação as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

---

<sup>145</sup> STF - Súmula 693: Não cabe "habeas corpus" contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

<sup>146</sup> STF - Súmula 693: Não cabe "habeas corpus" quando já extinta a pena privativa de liberdade.

Mas não basta à satisfação do interesse de agir o requisito do interesse-necessidade. Ainda é mister que o provimento invocado seja útil para a obtenção do bem da vida que o autor pretende. O interesse-utilidade significa que o Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta do direito material, bem como à justiça da sujeição da parte contrária ao provimento jurisdicional.<sup>147</sup>

Continuando, a mencionada professora complementa:

O terceiro aspecto do interesse de agir é constituído pelo interesse-adequação. Além da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional, exige-se, ainda, que o provimento jurisdicional invocado seja adequado para obter a satisfação da pretensão material. Caso por caso, é mister que exista uma correlação entre a situação apontada e a tutela jurisdicional requerida. Vê-se daí que uma relação inegável entre interesse-utilidade e interesse-adequação: se o provimento jurisdicional invocado não puder levar à obtenção do bem da vida pretendido, faltarão também interesse-utilidade. Por esse motivo, no fundo o interesse-adequação acaba integrando o próprio conceito de interesse utilidade.<sup>148</sup>

Pelo exposto, resta demonstrado que é indispensável o acesso ao Judiciário para a satisfação do direito de punir. Porém, a via processual utilizada deve ser adequada ao pedido, e o provimento jurisdicional pretendido deve ter utilidade, ou seja, ser capaz de promover a pacificação social.

#### 4.1.4 Justa causa

O enquadramento da justa causa como condição da ação penal gera dissenso entre os doutrinados. Há aqueles que entendem ser ela a quarta condição da ação penal; alguns a enquadram no interesse de agir; outra parte deles, na possibilidade jurídica do pedido e, por fim, em completo

---

<sup>147</sup> As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007, p. 185.

<sup>148</sup> Op. cit., mesma página.

antagonismo, estão aqueles contrários à adoção das condições da ação do processo civil no processo penal.<sup>149</sup>

Antes do ingresso nessa seara, cabe a análise do significado da expressão em pauta. Atualmente, a justa causa vem sendo definida como o conjunto probatório apto a justificar a abertura de um processo criminal.

Salienta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que:

O conceito de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato, para uma idéia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, consistente na *prova* da existência material de um crime e em indícios de que o acusado seja seu autor. A ausência de qualquer um destes dois elementos autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de recebimento, faltar a justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.<sup>150</sup>

Nesse lance, ensina Guilherme de Souza Nucci:

Do mesmo modo que o Estado-acusação deve fundamentar a denúncia no inquérito (ou outro procedimento legal), conseguindo prova pré-constituída dos fatos imputados, para dar justa causa à ação penal, também, a vítima deve oferecer queixa calçada na mesma segurança.<sup>151</sup>

Ada Pellegrini Grinover, por seu turno, relaciona a justa causa com plausibilidade dos fatos apontados na inicial:

Entende-se por justa causa a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado. (...) A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva

<sup>149</sup> Oportuno mencionar o pensamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura: “Concluimos, da análise das denominadas condições da ação, ser de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação penal, tal como divisadas no processo civil.” **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.** Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

<sup>150</sup> **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I, p 72.

<sup>151</sup> **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 203.

à necessidade de demonstrar a plausibilidade da existência do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação. (...) Por isso, é que um mínimo de *fumaça do bom direito* há de exigir-se, para que a acusação seja recebida e se dê prosseguimento ao processo.<sup>152</sup>

Assim, visando à preservação da dignidade do cidadão, o ingresso no juízo penal exige da acusação prova da materialidade e indícios de autoria.<sup>153</sup>

Com a reforma do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 11.719/08, a falta de justa causa foi incluída, expressamente, como uma das hipóteses de rejeição da peça acusatória, nos termos do artigo 395, inciso III.<sup>154</sup> Logo, se desacompanhada do *fumus boni juris*, a peça será rejeitada liminarmente.

Reafirmando o que acima foi dito, muito se discute sobre a exigência ou não de mais uma condição para a ação penal.

Dentre os adeptos da corrente que enquadra a justa causa como outra condição para a ação penal, destaca-se o pensamento de Afrânio Silva Jardim, para quem:

Para o regular exercício do direito de ação penal exige-se a legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a justa causa (suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal). (...) Como vimos três condições que classicamente se

<sup>152</sup> As condições da ação penal, p. 189.

<sup>153</sup> Nesse lance, Damásio de Jesus afirma: “Rejeição da denúncia por falta de justa causa. Admite-se expressamente (art. 395, III). Dá-se a falta de justa causa quando a inicial não for embasada em prova da materialidade ou indícios de autoria”. **Código de Processo Penal anotado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329. Reforçando essa posição: “A *opinio delicti* deve sempre calcar-se em suspeita razoável e fundada. Se esta não se faz presente, se falta o *fumus boni juris*, ou seja, o mínimo ético de prova de que existiu um fato típico e o acusado é o seu autor, se a denúncia se alicerça na vacuidade, faltarà a verdadeira condição da ação a justificar a perseguição, em sua fase processual, que atinge, sem dúvida, não só o *status libertatis*, com o *status dignitatis* do acusado.” (RT 669/352) e “Para o recebimento da denúncia exige-se, além da narrativa de fato que, em tese, constitua crime, que a peça acusatória venha acompanhada de um mínimo de prova, de modo a indicar condições de viabilidade da ação penal pela suficiência de indícios de autoria pelo denunciado, porquanto em hipótese diversa faltarà justa causa para o processo” (RT 717/369, 661/291, 659/295, 651/275, 642/358, 362/112).

<sup>154</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

apresentam no processo civil, acrescentamos uma quarta: a justa causa, ou seja, um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *estatus dignitatis* do imputado.<sup>155</sup>

Adotando outra posição, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que a justa causa está vinculada ao interesse processual:

Pelas peculiaridades do Processo Penal, a fumaça do bom direito é condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação. A justa causa nada mais representa senão uma demonstração de que a ação penal pode ser exercida. O revogado art. 43 não cuidava expressamente do interesse de agir ou justa causa. Mas a doutrina ensinava e ensina que, se por acaso a denúncia ou a queixa não vier respaldada em elementos mais ou menos sensatos, sem um mínimo de prova mais ou menos séria, não poderá ser recebida, ante a falta do interesse processual (*rectius*: justa causa).<sup>156</sup>

Acompanhando esta última corrente, cita-se, também, Vicente Greco Filho, *ad litteran*:

Para a ação penal, justa causa é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria. (...) No processo penal, a justa causa corresponde ao interesse processual, uma das condições da ação, indispensável, pois ao seu exercício.<sup>157</sup>

Em sentido distinto, Ada Pellegrini Grinover informa que a justa causa não é outra condição da ação penal, nem tampouco está relacionada ao interesse processual, mas que caracteriza uma hipótese de impossibilidade jurídica do pedido:

Em nosso sentir, será caso de impossibilidade jurídica a hipótese em que a acusação carecer de justa causa: a falta de justa causa há de ser imputada impossibilidade jurídica da acusação. Ou seja, o ordenamento não permite que se formule a acusação que não esteja lastreada na justa causa.<sup>158</sup>

De modo eclético, Eugênio Pacelli de Oliveira, disserta sobre a questão da seguinte maneira:

<sup>155</sup> **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p 140.

<sup>156</sup> **Processo Penal**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV, p. 52.

<sup>157</sup> **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

<sup>158</sup> **As condições da ação penal**, p. 191.

Pensamos que, seja como quarta condição da ação, seja inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, a justa causa, enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida, pode e deve ser incluída entre as condições de admissibilidade da ação penal (...).<sup>159</sup>

Ao abordar o assunto, não se pretendeu aqui defender uma outra posição, mas apenas informar ao leitor as distintas correntes sobre ele existentes.

Com efeito, visando manter o enfoque pretendido neste estudo, não serão aprofundadas essas questões, cabendo, apenas, o destaque da importância que a justa causa adquire no processo penal, pois serve como barreira a impedir demandas infundadas, sem qualquer lastro probatório, as quais se prestam apenas para emperrar a máquina judiciária e abalar a dignidade e o decoro do réu de maneira incalculável.

---

<sup>159</sup> **Curso de Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

## 5. PRESCRIÇÃO VIRTUAL

### 5.1 Conceito de prescrição virtual

Com inúmeros processos tramitando nos foros criminais, juízes, promotores e advogados, são obrigados a usar a criatividade e todo o conhecimento jurídico que possuem para resolver as questões postas com mais eficiência e celeridade. Prescrição virtual é fruto desse trabalho.

Desenvolvida apenas no ordenamento jurídico pátrio, a prescrição virtual - também chamada de prescrição antecipada, pela pena ideal, ou em perspectiva -, nada mais é do que o reconhecimento da ausência de interesse de agir, diante da constatação da possibilidade de decretação da prescrição retroativa, logo no início do processo, antes mesmo do recebimento da denúncia ou de proferida a sentença, levando em consideração uma pena hipotética aferida pelas circunstâncias apuradas até aquele momento.

De acordo com Carlos Gustavo Ribeiro Reis:

A prescrição retroativa antecipada, por sua vez, criação da doutrina e jurisprudência brasileiras, consiste na possibilidade de se aplicar a prescrição retroativa antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa ou da prolação da sentença nos casos de processo em curso, ao se alcançar o prazo prescricional com fulcro em uma pena hipotética que venha a ser aplicada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.<sup>160</sup>

Nas palavras de Antonio Carlos dos Santos Bitencourt:

Prescrição ideal é aquela que pode ser reconhecida antecipadamente, considerada a pena virtual, em perspectiva, que seria a aplicável ao réu

---

<sup>160</sup> Prescrição antecipada. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 71, abr./jun./2007, p. 409.

(função individualizadora da culpabilidade), tendo por fundamento a falta (por ausência de justa causa do interesse de agir).<sup>161</sup>

Para Carla Rahal Benedetti, a prescrição antecipada pode ser definida da seguinte forma: “A visualizada prescrição penal *antecipada* ou *virtual* é a prescrição reconhecida previamente com base na provável pena concreta, que seria, em tese, fixada pelo juiz, no momento de uma condenação futura.”<sup>162</sup>

O método pretendido pela teoria da prescrição virtual visa o afastamento, do Poder Judiciário, de processos inúteis, ou seja, de todos aqueles em que já se sabe, desde o início, pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado, que uma eventual sentença condenatória fixaria uma pena hipotética em determinada quantidade, por meio da qual já se pode aferir a prescrição.

Mesmo antes de realizada toda a instrução processual, apenas com base nas informações colhidas durante a fase investigatória, é possível vislumbrar as circunstâncias que serão valoradas para a dosimetria da pena.

Apenas para facilitar a compreensão da tese - que parte de uma pena hipotética, virtual -, explicar-se-á, de forma sintética, como é feita a aplicação da pena no sistema trifásico.

Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, o legislador adotou o sistema trifásico (de Nélon Hungria) para a fixação da pena, afastando completamente o sistema bifásico, defendido por Roberto Lyra.

---

<sup>161</sup> Prescrição (pela pena) ideal. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)**, Rio de Janeiro, v. 08, nº 31, 2005, p. 87.

<sup>162</sup> **Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro?** Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, f. 135.

O sistema trifásico assim foi justificado pelo Ministro Ibrahim Abi-Ackel: “Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.<sup>163</sup>

O artigo 68, do estatuto penal, é bem didático ao estabelecer as três fases para o cálculo da pena: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Assim, num primeiro momento, será fixada a pena-base, valorando-se as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima).

Analisando as circunstâncias judiciais, o magistrado chegará a uma quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos no artigo 59, inciso II, do Código Penal.<sup>164</sup> Essa quantidade será fixada pela discricionariedade do juiz, uma vez que, a lei não estabelece o *quantum* de cada circunstância.

Finalizando o cálculo da pena-base, o magistrado passará para a segunda fase da dosimetria, na qual analisará as circunstâncias agravantes e

---

<sup>163</sup> Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, item nº 51.

<sup>164</sup> **Fixação da pena**

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

atenuantes. Nesse momento, serão avaliadas todas as circunstâncias que envolveram o crime, sejam elas para piorar ou amenizar a pena do réu.

As circunstâncias agravantes estão previstas, de forma taxativa, nos artigos 61 e 62 do Código Penal.<sup>165</sup> Dentre elas, destacam-se a reincidência, o motivo fútil, a traição, a embriaguez pré-ordenada, paga ou promessa de recompensa etc. A previsão das agravantes é necessariamente taxativa, para que não haja ofensa ao princípio da reserva legal.

Também há previsão legal para algumas circunstâncias atenuantes, nos artigos 65 e 66 do estatuto penal.<sup>166</sup> Estas circunstâncias não têm previsão taxativa, pois, em benefício do réu, o juiz pode considerar qualquer circunstância do crime, desde que relevante, consoante institui o artigo 66 do Código Penal.

---

<sup>165</sup> **Circunstâncias agravantes:** Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

**Agravantes no caso de concurso de pessoas:** Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

<sup>166</sup> **Circunstâncias atenuantes:** Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Observa-se, portanto, que somente no primeiro momento da fixação da pena existe vedação legal para o rompimento dos limites previstos no preceito secundário do tipo (artigo 59, II); nas demais fases isso não se verifica.<sup>167</sup>

O terceiro e último momento do cálculo, leva em conta as causas de aumento e de diminuição da pena, que são assinaladas em quantidades fixas (dobro, metade etc.), ou em limites (um a dois terços etc). Essas hipóteses estão previstas em diversos dispositivos do Código Penal, tanto da parte geral (artigos 14, parágrafo único,<sup>168</sup> 16,<sup>169</sup> 21,<sup>170</sup> 70<sup>171</sup> etc), quanto da parte especial (artigos 121, parágrafo 1º,<sup>172</sup> 129, parágrafo 4º,<sup>173</sup> 334, parágrafo 3º<sup>174</sup> etc).

Após as três fases supramencionadas, o juiz chega a um *quantum* determinado de pena, individualizando a sanção abstrata ao caso concreto.

---

<sup>167</sup> A possibilidade de redução da pena, na segunda fase, abaixo do mínimo legal e a incoerência da súmula 231 do STJ já foi defendida em outro momento. ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, nº 21, jan./jun./2008, p. 66-93.

<sup>168</sup> Art. 14, parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

<sup>169</sup> Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

<sup>170</sup> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

<sup>171</sup> Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

<sup>172</sup> Art. 121, § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

<sup>173</sup> Art. 129, § 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

<sup>174</sup> Art. 334, § 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Consoante já registrado, as noções aqui apresentadas sobre a dosimetria da pena não pretendem esgotar o tema, mas tão-somente facilitar o entendimento da forma de aplicação das circunstâncias judiciais ao caso concreto.

A maioria, para não dizer todos os dados considerados durante a fixação da pena, são detectados durante a fase de investigação e são de conhecimento no Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia e, por óbvio, do juiz no momento do recebimento da exordial.

Assim, analisando as circunstâncias do caso é possível, logo no início do processo, a realização de um juízo de possibilidade de condenação, bem como, de quantidade de pena provável, com o escopo de aferir a utilidade do processo, ou se esse já nasceria “morto”.

Por vezes, após um longo trâmite processual e uma intrincada instrução probatória - envolvendo, por exemplo, testemunhas em diversas comarcas -, o magistrado é obrigado a proferir a sentença, condenando o acusado e fixando uma pena e, logo em seguida, a reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, jogando pelo ralo todo o trabalho intelectual desenvolvido no curso do processo, principalmente no momento da elaboração do decreto condenatório.

Nesse contexto, em busca da efetiva e coerente aplicação da sanção penal, é que a utilização da prescrição virtual se mostra importante, de modo a afastar do Poder Judiciário processos inúteis, sem qualquer resultado prático, e que só contribuirão para o acúmulo de serviço, gerando mais lentidão no trâmite processual.

## **5.2 Fundamentos da prescrição virtual**

São vários os fundamentos a justificar a prescrição virtual. Por isso, didaticamente, foram separados em tópicos distintos.

### **5.2.1 Ausência de interesse de agir**

O primeiro fundamento a ser analisado envolve o interesse de agir no processo penal.

De plano, devem ser retomadas as considerações feitas no tópico 4.1, em que foram comentadas as condições da ação.

Toda ação, para ser exercida validamente, depende do preenchimento de condições e pressupostos, as condições da ação existem para garantir a viabilidade e utilidade da prestação jurisdicional, já que, em nome do princípio da economia processual, a movimentação da máquina judiciária não pode ser em vão, ou simplesmente desperdiçada com a tramitação de processos inúteis.

Registrou-se, igualmente, que dentre as condições da ação, a que mais interessa a esta pesquisa é o interesse de agir, por ser o pilar de sustentação da prescrição virtual.

Permite-se recordar que o interesse de agir orienta-se pelo trinômio necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Essa condição da ação já foi objeto de análise no item 4.1.3.

O interesse-necessidade é intrínseco ao processo penal, porque, para exercer o *jus puniendi*, o Estado depende da atividade do Poder Judiciário, atividade esta exercida por meio da ação penal, respeitado o devido processo legal, em seu sentido lato.

Além do interesse-necessidade, a movimentação da máquina estatal depende do interesse-adequação e do interesse-utilidade. Aquele, observando a adequação do pedido e do procedimento ao crime praticado; este, verificando uma finalidade útil para a sociedade.

Ressaltando a necessidade de aferição do interesse processual, Maurício Zanóide de Moraes assevera que:

Os altos custos processuais (custo ético, social, político e econômico) e os próprios gravames infligidos ao acusado pela existência do feito impõem aos atos processuais, e em última análise ao próprio processo, somente serem exercidos quando a tutela jurisdicional pleiteada é necessária, adequada e útil.<sup>176</sup>

Se ausente a possibilidade de reconhecimento e atribuição do direito pleiteado, ou verificada a impossibilidade de serem atingidos os fins da pena com o provimento jurisdicional pleiteado, não há que se falar em interesse de agir.

Diante dessas considerações, parece cristalina a ausência de interesse-utilidade nos casos em que, de antemão, já se sabe que, ao final do processo, o réu receberá uma declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

---

<sup>176</sup> Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

Com efeito, a inutilidade do processo criminal retira do Estado o poder-dever de agir. É o que explica Osvaldo Palotti Júnior, muito embora não acolha a tese:

O interesse de agir está jungido à utilidade do provimento jurisdicional pleiteado. Destarte, se a prestação jurisdicional mostra-se, de antemão, inútil, exsurge daí o desaparecimento do interesse de agir, o que justifica o trancamento da ação penal em curso ou mesmo o não recebimento de denúncia oferecida. Em outras palavras: ausente o interesse de agir, inexistente pretensão digna de ser julgada. Para os defensores dessa corrente, se o Juiz constatar, no caso concreto, que à vista das circunstâncias do fato e das condições pessoais do réu – especialmente sua primariedade e bons antecedentes – a pena, no caso de condenação, seria atingida pela prescrição, pode reconhecer o desaparecimento do interesse de agir do Estado e, por conseqüência, declarar extinta a punibilidade do réu pelo reconhecimento antecipado da prescrição retroativa.<sup>177</sup>

A ausência de utilidade nessas circunstâncias é flagrante, como esclarece Rogério Greco:

Qual seria a utilidade da ação penal, que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária, quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal? Seria fazer com que todos os envolvidos no processo penal trabalhassem em vão, pois que, desde o início da ação penal, já se saberia que seria impossível a formação do título executivo penal.<sup>178</sup>

No mesmo sentido, os ensinamentos complementares de Róbson Vargas e de Fernando Capez, respectivamente:

Dessa maneira, é sensato reconhecer que não há interesse de agir, consubstanciado na ausência de justa causa, ao processo penal que será ou já está iniciado, quando possível de se reconhecer a prescrição retroativa antecipada, que sempre terá lugar nos casos em que o processo perde sua finalidade, resultando em mero amontoado de documentos e poeira. Em resumo, será impossível a aplicação do direito penal objetivo.<sup>179</sup>

<sup>177</sup> Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 83, v. 709, nov./1994, p. 304.

<sup>178</sup> **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, v. I, p. 758-759.

<sup>179</sup> O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 55, jul./ago./2005, p. 362.

Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e.g., de se oferecer a denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional será inútil; falta portanto, interesse de agir.<sup>180</sup>

Julio Fabbrini Mirabete, também, leciona no sentido de que a prescrição antecipada retira o interesse de agir, *verbis*:

Com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar desgaste do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no art. 110, §§1º e 2º pode ser reconhecida antecipadamente considerada a pena virtual, em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição.<sup>181</sup>

Nessa toada, já decidiu a Primeira Turma Criminal do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação nº 2.360, realizado em 19/06/2008, como se vê pela ementa:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - Possibilidade de sua decretação - É possível a decretação da prescrição com base na pena virtual, ou em perspectiva, porque, antevendo-se a ocorrência da aludida causa de extinção da punibilidade, não haveria qualquer utilidade na apreciação do mérito da causa. Eventual condenação imposta ao réu perderia por completo qualquer eficácia, mormente porque a prescrição retroativa é modalidade de prescrição da própria pretensão punitiva estatal. Assim, não havendo utilidade na prestação jurisdicional, vislumbra-se a ausência de condição indispensável ao exercício do direito de ação, que é o interesse de agir.

Apesar da resistência dos Tribunais Superiores,<sup>182</sup> o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no enunciado nº 75, acolheu a

<sup>180</sup> **Curso de Processo Penal.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

<sup>181</sup> **Código Penal Interpretado.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 847.

<sup>182</sup> **STF:** "Nosso ordenamento jurídico-processual-penal ainda não contempla a prescrição por antecipação. Só há prescrição pela pena em concreto quando a decisão transita em julgado para acusação (CP, art. 110, §1º)" (RT 727/443-4). "Prescrição da pretensão punitiva antecipada. Não se admite a prescrição retroativa por antecipação, uma vez que, além de inexistir a previsão legal, não se pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto. Com esse entendimento a Turma negou provimento a recurso de *habeas corpus* em que se pretendia o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa sob o argumento de que, no caso de eventual condenação, a pena do paciente não poderia exceder o mínimo legal, tendo em vista as regras de fixação da pena (CP, art. 59). Precedente citado: RHC 66.913-DF

possibilidade de reconhecimento da prescrição virtual, ao definir que: “É possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto”.

Por vezes, antes do ajuizamento da ação, ou logo no seu início, é possível uma análise sobre os fatos apurados, bem como se ter uma idéia sobre a provável pena a ser aplicada ao réu, a qual, em virtude do decurso do tempo na fase investigativa, já estaria prescrita.

Fernando da Costa Tourinho Filho, admitindo o acolhimento dessa tese, questiona, *ipsis litteris*:

Por que então receber a peça acusatória? Extinguir-se-ia o processo sem julgamento do mérito...ou, na linguagem processual penal, o Juiz rejeitaria a denúncia por falta do interesse de agir, mesmo porque, em face da pleora de processos assoberbando os serviços forenses, não tem sentido dar início a um processo fadado a total insucesso para o Estado. É a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva ou projetada, que aí, confunde-se com a própria falta de interesse processual.<sup>183</sup>

Diante do exposto, conclui-se que a prescrição virtual não é propriamente uma causa extintiva da punibilidade, mas sim um raciocínio utilizado para aferição da utilidade do processo, que, se for negativo (conclusão de que não há utilidade), retira uma das condições da ação penal, o interesse de agir.

---

(RTJ 135/590)" (RHC 76.153-SP,j . 10-2-98, Informativo do STF nº 99). **STJ**: A prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta de trânsito em julgado de sentença condenatória, ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser aceita pela parte. Urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o *status* de condenado. Impor-se-iam, ademais, todas as conseqüências de que são exemplos configuração de antecedente penal e título executório no cível. Insista-se, inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal" (RSTJ 68/97).

STJ: "Indubitável que só pode haver extinção da punibilidade pela prescrição retroativa se houver, antes, sentença condenatória" (HC 4795-SP-DJU de29-10-96, p. 41.670).

<sup>183</sup> **Processo Penal**, v. IV, p. 53.

Prosseguindo o estudo, retoma-se o pensamento demonstrado no item que tratou das condições da ação, afirmando que elas devem ser analisadas desde o início do processo, ou seja, assim que ajuizada a demanda e antes do recebimento da denúncia.

Mesmo antes da instrução processual, o juiz tem o dever de analisar se a demanda apresentada merece ser processada ou encerrada de plano.

Pois bem, quando o representante do Ministério Público verificar que o processo não conseguirá atingir sua finalidade e que não terá utilidade alguma, deverá requerer o arquivamento do feito, deixando de oferecer a denúncia. Frise-se, desde já, que tal possibilidade, não afeta o princípio da obrigatoriedade da ação penal, conforme será explanado no tópico 5.3.3.

A possibilidade de arquivamento do inquérito policial com fulcro na prescrição antecipada é apontada por Antonio Scarance Fernandes, *ipsis litteris*:

Mais ainda, formou-se corrente que admite o arquivamento do inquérito policial quando, pelas circunstâncias do caso, a sentença condenatória seria ineficaz por que inevitável a prescrição pela pena em concreto; fala-se então em falta de interesse de agir ante a inviabilidade de se obter sentença eficaz.<sup>184</sup>

Porém, se a denúncia for oferecida, caberá ao magistrado rejeitá-la de plano diante da ausência de condição para ação, em espécie, o interesse de agir, nos termos do artigo 395, do Código de Processo Penal, com a redação modificada pela Lei 11.719/08<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

<sup>185</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Outrossim, mesmo após o recebimento da denúncia, se o magistrado verificar a existência de fatos que fulminam o interesse processual, como, por exemplo, a prescrição virtual, deverá extinguir o processo, aplicando, analogicamente, o disposto nos artigos 267, inciso VI e 462, do Código de Processo Civil:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:  
(...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Nesse lance, Rogério Greco observa:

Assim, se a denúncia ainda não foi oferecida, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial; se mesmo com essa aferição antecipada o Promotor de Justiça insistir no oferecimento da denúncia, deverá o juiz rejeitá-la, com base no inciso II do art. 395 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008; e, por fim, se a ação penal já estiver em curso, e se for verificada que essa condição da ação já não mais se faz presente, o julgador deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.<sup>186</sup>

Repita-se, a prescrição virtual fulmina o interesse-utilidade do processo na medida em que a ação já nasce condenada ao insucesso, pois, desde o início, pelas circunstâncias do caso concreto, como por exemplo, primariedade do réu, bons antecedentes e boa conduta social, ausência de agravantes e causas de aumento, é possível prever o *quantum* da pena e, conseqüentemente, a ocorrência da prescrição retroativa.

Ao comentar as hipóteses de rejeição da denúncia, Ada Pellegrini Grinover ensina:

---

<sup>186</sup> Curso de Direito Penal: Parte Geral, v. I, p. 759.

Exemplo da ausência de interesse-utilidade é o da ação condenatória intentada na iminência da consumação da prescrição. No nosso entender, nessa hipótese a demanda deve ser rejeitada, com base no art. 43, III, do CPP, pois nenhuma utilidade a acusação poderia extrair do provimento jurisdicional.<sup>187</sup>

O oferecimento da denúncia, ou o seu recebimento, e a continuidade do processo quando verificada a prescrição virtual, só servirá – ademais de sobrecarregar desnecessariamente o Judiciário -, para martirizar o acusado, desvirtuando o processo penal, que deixa de ser uma garantia do cidadão, passando a ser um instrumento de repressão, de suplício e de vingança, sem qualquer finalidade útil ou apta a gerar a pacificação social.

### **5.2.2 Processo penal como instrumento de garantia do acusado e não como martírio, sanção, punição**

O processo penal hodierno é mais do que um meio de satisfação do direito de punir do Estado. É, sobretudo, instrumento de preservação das garantias individuais do cidadão.

A preocupação do Constituinte de 1988 com a utilização do processo penal como garantia do cidadão foi tão grande, que resultou na consagração de vários princípios no rol de direitos e garantias individuais, dentre os quais destacam-se: contraditório, ampla defesa, devido processo legal, direito de permanecer calado, prisão somente em flagrante ou por ordem judicial etc.

Considerando o processo como instrumento de preservação de garantias e direitos individuais, inadmissível entender sua utilização como forma de sanção, sofrimento ou martírio. Por isso, injustificável a idéia de se

---

<sup>187</sup> As condições da ação penal, p. 196.

levar adiante um processo sabendo-se, desde o início, que ele não produzirá um resultado (pena) apto a atingir sua finalidade.<sup>188</sup>

Diante de tais argumentos, com a devida vênia, não há como concordar com Carla Rahal Benedetti para quem:

A submissão de um infrator aos dissabores de um processo, mesmo que desconfortável, desde que legítimo e devidamente constituída a relação processual, é útil, e realiza formalmente os seus fins, ainda que não exista, em tese hipotética, a possibilidade de cumprimento da sentença condenatória.<sup>189</sup>

Ora, ser conduzido às barras dos Tribunais, responder a um processo criminal, sentar no banco dos réus, é muito mais do que um mero *dissabor*, ou simples *desconforto*; é extremamente doloroso, estigmatizante e degradante.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao lavrar o acórdão de uma ordem de *habeas corpus*, destacou a notoriedade dos danos sofridos pelo indivíduo envolvido em um processo criminal, *ipsis litteris*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS. (...) Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 4 - Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal. (STF - HC 84409 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 14/12/2004 - Órgão Julgador: Segunda Turma).

A robustecer esse entendimento, estão as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade,

<sup>188</sup> Sobre as finalidades da pena vide tópico 1.1.

<sup>189</sup> **Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro?**, p. 185.

espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma.<sup>190</sup>

Por óbvio, aqueles que praticaram ilícitos devem receber suas penas, por meio do processo, mas o instrumento para a punição, não pode ser compreendido como fim.

Quando, desde o início, pelas favoráveis circunstâncias do crime e condições pessoais do réu, já se sabe que o processo não terá utilidade, não há outra coisa a fazer senão arquivá-lo. Manter sua tramitação apenas para constranger o acusado a responder à acusação, não faz sentido, pois o processo não tem fim em si mesmo, não é meio de retribuição e prevenção, é apenas forma de se chegar a elas.

Nessa linha, as lições de Marcos Bandeira:

(...) é curial o cumprimento efetivo deste preceito, no sentido de liberar o cidadão dos grilhões da cerimônia degradante de um processo penal autoritário, muitas vezes injusto, satisfazendo-se também o princípio da segurança jurídica nas relações sociais, bem como o de referendar o processo como instrumento de garantia do indivíduo no Estado Democrático de Direito.<sup>191</sup>

A existência de processo penal contra determinado indivíduo, por si só, já atinge sua dignidade.

Por que, então, manter um processo inútil e custoso que, além de trazer sofrimentos ao acusado, alimenta uma falsa expectativa na sociedade? Acredita-se que a máquina judiciária trabalha em busca de um resultado, uma sanção e não um vazio, um “nada” jurídico. Se assim for, o desprestígio do Poder Judiciário, já taxado de lento e ineficaz, aumentará a cada dia, e os

---

<sup>190</sup> As condições da ação penal, p. 189.

<sup>191</sup> Prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional. **IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial**. São Paulo, n.16, ago./2005, p.492.

processos que efetivamente merecerem a atenção do Estado, por sua gravidade e relevância, terão sua tramitação travada pelos inúmeros casos inúteis.

### 5.2.3 O princípio da celeridade no julgamento

Introduzido no ordenamento jurídico pátrio quando da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678/92) e, posteriormente, pela Emenda Constitucional 45 de 08/12/2004, o princípio da duração razoável do processo é garantia do cidadão, e mandamento a ser respeitado em todo e qualquer grau de jurisdição (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República).<sup>192</sup>

A verdadeira justiça deve ser célere, talvez não imediata ou imatura, mas o Estado deve apresentar a solução em período de tempo razoável para que sua resposta ao caso ainda tenha repercussão social e para as partes.

Justiça lenta e tardia não é justiça verdadeiramente eficaz, não atendendo ao clamor dos jurisdicionados. Da mesma forma, o seu oposto, justiça rápida e veloz, tampouco garante por si só o melhor julgamento ou a efetividade da Justiça. Entre estes extremos deve prevalecer o ponto de equilíbrio ou da razoabilidade.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>193</sup> Ideia já defendida em artigo publicado em co-autoria com Marco Antonio de Barros. BARROS, Marco Antonio; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no processo penal. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, ano X, nº 32, mar./2006, p. 123.

O texto constitucional mencionado revela a necessidade de se ter, no ordenamento jurídico infraconstitucional, regras e procedimentos aptos a garantir que a tramitação de um processo não perdure por anos e anos sem qualquer solução, gerando, apenas, prejuízos ao Estado e às partes.

A garantia constitucional da duração razoável do processo deve ser efetivada pelos mecanismos infraconstitucionais, para que não se torne mais um fator de desprestígio do Estado brasileiro e do Poder Judiciário.<sup>194</sup>

Nesse sentido, já foi alterado o Código de Processo Penal, que agora prevê o prazo de 90 dias<sup>195</sup> para o encerramento da primeira fase do Júri, de 60 dias<sup>196</sup> para a realização da audiência de instrução e julgamento no rito ordinário e de 30 dias<sup>197</sup> no rito sumário.

Além disso, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº183/2007, apresentado pelo Senador Gilvam Borges, fixando o prazo de 3 anos para o encerramento do processo criminal, sob pena de extinção da ação penal.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de duração razoável do processo. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 24, abr./2004, p. 28-33.

<sup>195</sup> Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

<sup>196</sup> Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

<sup>197</sup> Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

<sup>198</sup> Art. 61-A. A duração máxima do processo penal será de três anos, contados do recebimento da denúncia. Parágrafo único. O prazo previsto no caput poderá ser prorrogado por seis meses, uma única vez, caso haja sentença condenatória, a fim de permitir a tramitação do recurso interposto. Art. 61-B. Vencido o prazo previsto no artigo anterior, o juiz ou tribunal, de ofício ou a pedido, declarará extinta a ação penal por morosidade judicial.

Os motivos e justificativas do Senador revelam a preocupação de se fixar objetivamente um prazo razoável para a tramitação processual, *ad litteran*:

Para que a referida garantia constitucional tenha plena efetividade, porém, é necessário fixar um prazo máximo de duração do processo, sobretudo na área processual penal, pois o prolongamento da ação pode ser, ao final, mais doloroso do que a própria pena. Assim, a previsão constitucional deve ganhar concretude, sob pena de ficar como belo texto literário, mas sem nenhuma aplicação prática. Logo, não podemos fugir à tarefa de fixar um prazo máximo para a duração do processo penal. Sem isso, sempre faltará um parâmetro objetivo para medir se o processo tem ou não uma “duração razoável”. Apresentamos a solução rigorosa de fixar o prazo máximo de três anos. Parece pouco para o observador externo, mas quem vive as agruras do processo penal sabe que o período é mais do que suficiente para examinar o teor da acusação, seja para acolher, seja para rejeitá-la.

É certo que o texto do projeto merece reparos, principalmente no tocante à terminologia e enquadramento dessa causa extintiva da ação penal, mas é salutar o início de uma discussão sobre a mensuração do prazo de duração do processo.

A fixação objetiva de prazos é temerária, na medida em que cada processo revela uma situação com inúmeras peculiaridades. Assim, o que deve prevalecer são critérios norteadores de aferição de razoabilidade no caso concreto.

Com efeito, a determinação do prazo de duração de um processo criminal deve levar em consideração diversos fatores, tais como o número de criminosos envolvidos, a quantidade de crimes praticados e em quantos estados e cidades se desenvolveu a ação criminosa, enfim, uma série de elementos que diferenciam cada uma das situações e cada um dos processos.

---

Parágrafo único. Declarada a extinção da ação penal nos termos do caput, a vítima deverá ser indenizada pelos responsáveis e pelo Estado, sem prejuízo das anotações funcionais para efeito de promoção na carreira.

Nessa linha, Orlando Luiz Zanon Junior traz à pauta novas ponderações a considerar:

Como situações que alteram a duração do processo, cabe citar o número de partes, eventuais dificuldades de citação, greves dos serviços judiciários ou correios, férias do juiz titular com cumulação de unidades jurisdicionais pelo respectivo substituto, necessidade de produção de provas, dificuldade para convocação da testemunha, ausência de perito especialista na área necessária, intempéries que impeça eventual inspeção judicial, alteração brusca no número de entradas de processos decorrentes de ondas esporádicas de litigiosidade (casos em que há aumento da demanda em razão do surgimento de nova tese jurídica), controvérsia quanto à eventual decisão judicial a ser resolvida após contraditório entre as partes, apresentação extemporânea de documentos relevantes, diligências posteriores, recursos de interlocutórias, alternância dos juízes e servidores encarregados de dar andamento aos feitos, eventual falecimento das partes, suspensão dos prazos a pedido das partes ou no aguardo de definição quanto à constitucionalidade de preceito prejudicial, inexistência de precedentes jurisprudenciais para orientar os postulantes e o magistrado, dentre muitas outras circunstâncias imprevisíveis.<sup>199</sup>

O tema é polêmico, e depende da análise profunda dos procedimentos processuais para aferição do que representa uma *razoável duração* e um *juízo com celeridade*. Por isso, visando à manutenção do foco do trabalho, será deixado de lado.

O que se pretende frisar é a necessidade de discussão sobre a efetividade e celeridade de atuação do sistema repressivo, temas que não se restringem à simples modificação dos prazos processuais. Vários outros aspectos devem ser considerados, principalmente com relação à ampliação do investimento em pessoal e material, à contratação de juízes e funcionários administrativos e à aquisição de equipamentos. É indispensável, ademais, a adoção de uma nova postura de interpretação dos processos que se apresentam, afastando do Judiciário casos de menor relevância e que não terão qualquer resultado efetivo.

---

<sup>199</sup> Razoável duração do processo. A celeridade como fator de qualidade na prestação da tutela jurisdicional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12483>>. Acesso em: 18 abr. 2009.

Corolário da prescrição virtual é o atendimento do princípio constitucional da celeridade do julgamento, pois, com o reconhecimento dessa tese, muitos processos inúteis seriam retirados dos fóruns, liberando as pautas de julgamento e possibilitando maior atenção e eficiência aos casos que realmente merecem a atenção do Poder Judiciário.

#### **5.2.4 Inutilidade do julgamento de processo prescrito**

A inutilidade do julgamento de um processo onde se afere a prescrição virtual, além de retirar o interesse de agir, como visto acima, representa desperdício de recursos públicos, desrespeito ao Erário e ao dinheiro pago pelos contribuintes, por meio dos tributos.

Carlos Gustavo Ribeiro Reis, ao tratar do tema, descreve alguns dos bens que são desperdiçados em um processo inútil:

Aqui, além do tempo caro, pago pelos cofres do estado, do Juiz, do Promotor de Justiça, dos Serventuários da Justiça e do Ministério Público, gasta-se com a infra-estrutura (água, luz, telefone, etc.) e com os materiais diretos do processo (carta com AR, papel, tinta para impressora, material de escritório, etc.) sem falar com os gastos acessórios e periféricos de toda sociedade (ex. contratação de advogado, dia não trabalhado para comparecer à justiça do réu e das testemunhas, gasolina, alimentação, entre outros).<sup>200</sup>

Pela mesma razão é que Marcos Bandeira, dentre outros fundamentos, justifica a adoção da prescrição antecipada:

A prescrição virtual ou antecipada, embora ainda encontrando resistência de alguns tribunais, inclusive do STF e STJ, acabará logo acolhida em nosso ordenamento jurídico, pois atende ao princípio da economia

---

<sup>200</sup> Prescrição antecipada, p. 413.

processual, da dignidade humana e evita o desperdício da utilização da máquina judiciária preservando a própria credibilidade da justiça.<sup>201</sup>

Para Luiz Sérgio Fernandes de Souza, é incompreensível que se leve adiante, por todo trâmite processual, algo que se sabe inexistente:

O que não se compreende, de outra forma, é que depois de toda a movimentação do aparelho repressivo do Estado, bem como, da máquina judiciária, com aplicação de recursos de ordem material e intelectual, custeados pela sociedade, venha-se mais tarde a declarar que, embora o réu tivesse sido condenado a cumprir determinada pena, aquela condenação, na verdade, inexistente.<sup>202</sup>

Como visto, o acolhimento da tese aqui apresentada representa economia de recursos públicos e sociais, de ordem material e intelectual, na medida em que evita a utilização da máquina pública em processos sem qualquer utilidade.

Inaceitável, porém respeitável, o argumento trazido por Carla Rahal Benedetti,<sup>203</sup> no sentido de transferir a responsabilidade das questões relativas à efetividade e economia de recursos públicos para o Direito Administrativo, afastando o Direito Penal de tal discussão.

Ora, o Direito é um só, separado em ramos e matérias apenas para facilitar a compreensão e atuação. Todas as esferas de atuação do poder público têm de respeitar a moralidade administrativa, economizando os poucos recursos do Erário.

---

<sup>201</sup> Prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional, p.491.

<sup>202</sup> A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 680, jun./1992, p 435.

<sup>203</sup> Para a autora: “A tarefa de economia cabe ao Estado- Administração e não ao Direito Penal. O princípio da economia visa assegurar o interesse de custo e de tempo, função esta que também não pertence ao Direito Penal socorrer.” Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro?, p. 198

Por isso, a discussão de utilidade, eficiência e correta aplicação dos recursos públicos é inerente ao Direito Penal, inclusive.

### **5.2.5 Decisão que acolhe a prescrição virtual e sentença absolutória**

Neste tópico buscar-se-á estabelecer uma comparação entre os resultados práticos, objetivos e subjetivos gerados pelo acolhimento da prescrição virtual e pela sentença absolutória.

O foco será dirigido à verificação da existência ou não de prejuízos ao acusado que, ao invés de ser absolvido, recebe uma decisão de extinção do processo.

De plano, afirma-se que não existe qualquer prejuízo ao acusado.

Vislumbram-se dois possíveis fundamentos para extinção do processo pela prescrição antecipada. O primeiro, pela decretação da ausência de condições da ação por falta de interesse de agir, e o segundo, por meio da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, sendo a primeira hipótese a tecnicamente mais acertada.

Apesar de fundamentos diferentes, as referidas decisões têm, na prática, o mesmo resultado que a sentença absolutória, ou seja, nenhuma consequência ou prejuízo no campo penal (não geram reincidência, nem maus antecedentes e acabam com os efeitos primários e secundários de eventual sentença condenatória).

A única possibilidade de eventual prejuízo ao réu de não ser absolvido, verifica-se frente à possibilidade de a matéria poder ser rediscutida no juízo cível por aquele que pretender uma indenização pelo ato ilícito.

Discorrendo sobre o tema, Marcos Bandeira ensina:

Poder-se-ia argumentar que o acusado pode ser, de alguma forma, prejudicado em face da possibilidade de ser absolvido, todavia, a prescrição antecipada atinge a própria prescrição punitiva e *ipso facto* apaga todos os antecedentes criminais do acusado, não havendo, portanto, qualquer prejuízo. É sabido que a sentença penal para efeitos da *actio ex delictum* faz coisa julgada no cível quando reconhecer a inexistência do fato ou alguma excludente de criminalidade, todavia, nada impede que o acusado justifique o seu ato na órbita cível para excluir a sua responsabilidade cível.<sup>204</sup>

Sendo assim, o acusado não sofre prejuízos com o reconhecimento da prescrição em perspectiva. Da mesma forma, não se diga que o ofendido (vítima) será prejudicado com essa decisão, pois o reconhecimento da prescrição ou o arquivamento do feito não impedem a propositura da ação civil *ex delicto* (artigo 67, do Código de Processo Penal<sup>205</sup>) e, ainda que houvesse uma sentença condenatória, a liquidação e execução ocorreriam no juízo cível.

Mesmo diante da alteração do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pela Lei 11.719/08<sup>206</sup>, possibilitando a fixação dos danos na sentença penal condenatória, a execução dos valores sempre ocorrerá na seara cível, consoante disposto no artigo 63, do Código de Processo Penal<sup>207</sup>, que regulamenta a ação civil *ex delicto*.

---

<sup>204</sup> Prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional, p.490.

<sup>205</sup> Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

<sup>206</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

<sup>207</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único.

Em resumo, sempre que o ofendido pretender algum tipo de reparação de danos, deverá buscar a ação civil, esfera em que o acusado (autor dos fatos) terá garantido o contraditório e a ampla defesa.

Assim, objetivamente, não existe prejuízo algum ao acusado que vier a ser absolvido em virtude do reconhecimento da prescrição virtual, seja como extinção da punibilidade ou por ausência de interesse de agir. Como dito alhures, ambas não são aptas a gerar reincidência, maus antecedentes, inclusão do nome no rol de culpados e sequer podem aparecer na ficha de antecedentes criminais, restando apenas anotações no distribuidor para consulta de outro juízo criminal.

Deixando de lado a análise objetiva e partindo para a esfera subjetiva, poder-se-ia argumentar que o acusado é prejudicado quando o Estado não declara sua inocência, e não comunica à sociedade sua absolvição.

De fato, o ideal seria que o Poder Judiciário tivesse condições de declarar a inocência de todas as pessoas injustamente levadas ao banco dos réus e que o Direito Brasileiro estabelecesse essa regra. Essa possibilidade, porém, não existe.

Por exemplo, se durante a fase de instrução do feito o magistrado reconhecer a prescrição pela pena máxima cominada em abstrato, declarando a extinção da punibilidade, mesmo sem a concordância do acusado – convicto de sua inocência -, o processo não poderá prosseguir, sendo inadmissível qualquer recurso dessa decisão, que tenha o objetivo de buscar a absolvição.

---

Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Pode parecer estranho, mas nosso ordenamento jurídico não confere ao réu o direito de ser declarado inocente, ou seja, não existe direito a uma sentença de mérito na hipótese mencionada.

A fim de compreender essa assertiva, mister se faz a análise da decisão que reconhece a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, deixando de lado, por alguns instantes, a idéia da prescrição virtual.

É cediço que a extinção da punibilidade pela prescrição afasta qualquer juízo de valor sobre autoria e materialidade, ou seja, com o decurso do prazo prescricional não se pode realizar juízo de valor sobre a culpa ou a inocência do acusado.

Repita-se, quando o magistrado de primeira instância profere decisão que reconhece a prescrição, não há possibilidade de recurso visando à absolvição, pois se entende, majoritariamente,<sup>208</sup> que não houve sucumbência na medida em que tais decisões, por não gerarem consequências ao acusado, são equivalentes.

---

<sup>208</sup> Em sentido contrário, entre outros, estão: **Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha**: “Ora, se alguém foi condenado em primeiro grau e merece ser absolvido por que é inocente, é óbvio que, por imperativo do *status dignitatis* atingido, deve ser declarado inocente por decisão, para se evitar que no futuro receba malévolas interpretações como a de que escapou pela porta estreita da prescrição quando poderia sair pela via larga da absolvição. (...) Destarte, externamos nosso entendimento, francamente minoritário e pelo qual reconhecemos ao acusado condenado em primeira grau um legítimo interesse, representado pela defesa do *status dignitatis* e os efeitos secundários e extrapenais da condenação, em ver examinado o mérito do apelo e proclamada a absolvição, se for o caso, afastada a barreira perambular da prescrição da ação.” **Dos Recursos no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112-113; e **Maurício Zanoide de Moraes**: “Portanto, o acusado sempre terá um lúdimo interesse recursal se visar à reforma da sentença condenatória sobre a qual subespécies prescricionais se lastrearam. Há interesse impugnativo não para o condenado questionar a existência ou não da prescrição, mas para pretender a reforma daquela decisão condenatória que serviu de esteio e pressuposto ao reconhecimento da prescrição punitiva em suas formas intercorrente e retroativa. (...) Assim, porque a extinção da punibilidade veio após o julgamento do mérito da causa, nada impede ao imputado recorrer, legitimamente, para que o Tribunal *ad quem*, pondo ao lado aquela decisão extintiva de punibilidade, julgue o mérito da causa a fim de verificar se é caso de declarar sua absolvição ou manter o édito extintivo.” **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas**, p. 373-375).

Com essa visão, o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a súmula 241, preceituando que: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.”

Alberto Silva Franco e Rui Stoco colacionam alguns julgados a respeito:

Recurso que visa a declaração da absolvição do réu, cuja punibilidade foi extinta em 1º grau, em face da prescrição da ação – Falta de interesse – Não conhecimento. “A decretação de extinção da punibilidade do réu, em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado, equivale a verdadeira proclamação de inocência, já que, com ela, são apagados todos os feitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse sido praticado o crime, de modo que, após o reconhecimento da referida causa extintiva, nenhum outro juízo, sobre qualquer matéria, preliminar ou de mérito, deve ser emitido, não se justificando, nem mesmo, a interposição de recurso com vista à absolvição” (TACRIM-SP – AP – Rel. Roberto Mortart – RJD 26/40). “Inadmissível o exame de mérito da apelação pelo tribunal quando prescrita a pretensão punitiva do réu, ainda que insista o mesmo no julgamento do recurso para que se declare sua inocência” (TAMG – AP – Rel. Caio de Castro – RT 656/332). Pretensão no sentido de a apelação ser julgada pelo mérito. “Se foi julgada extinta a punibilidade, pela própria prescrição da pretensão punitiva, desaparece o interesse da ré ao exame do pedido de absolvição contido na apelação” (STF – HC – Rel. Sydney Sanches – RT 630/366).<sup>209</sup>

É farta a jurisprudência que não admite o recurso em face de decisão que extingue a punibilidade por entender que não há preenchimento de um dos requisitos recursais, qual seja, a sucumbência.

Esta, por seu turno, é que define o interesse recursal, e sem ele não se admite recurso, consoante parágrafo único, do artigo 577, do Código de Processo Penal: “Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

---

<sup>209</sup> Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, v. 1, p. 2854.

Se não há prejuízo para o acusado, pois absolvição e extinção da punibilidade têm a mesma consequência prática, não haverá sucumbência e sem sucumbência ausente o interesse recursal.

Para corroborar o exposto acima, mister se faz trazer à colação as lições de Vicente Greco Filho, *ad litteran*:

No caso de decretação da extinção da punibilidade, pode o acusado recorrer para pleitear a decisão absolutória de mérito? A jurisprudência tem afirmado que não, porque a extinção da punibilidade é de ordem pública e não depende da vontade do acusado. Há porém, outra razão de ordem técnica processual: extinta a punibilidade, desaparece a possibilidade, sequer em tese, de aplicação da lei penal, cessando, em consequência, a jurisdição do juiz penal.<sup>210</sup>

Continuando a expor seu pensamento, o doutrinador assevera:

Há decisões afirmando que o acusado pode recorrer da decisão que o absolveu por falta de provas para a alteração da fundamentação para a legítima defesa em virtude da repercussão civil, ou afirmando que pode haver recurso para a alteração da decisão que decreta a extinção da punibilidade para a absolvição. Em ambas as hipóteses a pretensão é descabida. Não cabe ao juiz penal definir a situação civil, incluída nesta a moral do acusado. A sentença penal pode ter repercussão civil, mas como decorrência objetiva, não cabendo ao juiz penal, por falta de competência, invadir a área civil se cessada a questão relativa à aplicação da lei criminal. A absolvição por falta de provas ou a extinção da punibilidade podem deixar questões remanescentes, mas essas questões não são de competência do juiz criminal e poderão ser objeto de ação adequada no juízo cível, inclusive quanto ao aspecto da reparação do dano moral.<sup>211</sup>

Em voto proferido nos autos do recurso especial nº 508.207 – MS a Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, filiou-se a essa posição:

De outra parte, em face da ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não há falar em sucumbência, porquanto implica, necessariamente, o reconhecimento de ausência de lide, não se cogitando, pois, nesse contexto, de parte vencida ou vencedora. (...) Da mesma forma, em face do reconhecimento da prescrição, resta prejudicada as demais alegações constantes nas razões do recurso, quais

---

<sup>210</sup> Manual de Processo Penal, p. 346.

<sup>211</sup> Op. cit., p. 335.

sejam, a violação aos arts. 59 e 138 do Código Penal e 75 da Lei de Imprensa.<sup>212</sup>

Por todo o exposto, verifica-se que o acusado não tem o direito de ser declarado inocente, ou seja, nosso ordenamento não confere o direito a uma sentença absolutória, pois, se conferisse, caberia recurso da decisão que reconhece a prescrição buscando a absolvição.

No mesmo sentido, quando ocorre o arquivamento de inquérito policial, o investigado ou indiciado não tem o direito de requerer a continuidade das investigações para que seja declarada a sua inocência.

Em síntese, o processo penal é instrumento de garantia das liberdades individuais, com a finalidade de aplicar uma sanção e não de declarar a inocência ou as virtudes do acusado.

Enfim, são esses os argumentos favoráveis e aptos a justificar a adoção da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro.

Carla Rahal Benedetti, apesar de contrária ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, resume as idéias aqui apresentadas da seguinte forma:

Todos os argumentos de defesa da prescrição antecipada levam à conclusão de que qualquer ação se mostra desnecessária e inútil porque a visada sanção jamais será efetivamente aplicada ou porque este fim não poderá mais ser materialmente realizado, uma vez que, ao ser sentenciada e aplicada concretamente a reprimenda, o direito de punir pulverizar-se-á no tempo, carece de interesse de agir o titular da ação penal, porque está execrada a não produzir nada. Logo, deve esta ação ser extinta sem julgamento do mérito por ser carecedora de condição fundamental da ação.<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> Recurso especial nº 508.207, julgado em 28/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 375.

<sup>213</sup> Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro?, p. 143.

Pelo já explanado, resta evidente a necessidade de aplicação da tese aqui apresentada, evitando-se a tramitação de processos inúteis, sem qualquer finalidade-utilidade, causadores de lentidão e desperdícios de recursos públicos e utilizados apenas como forma de punição e martírio ao acusado, um verdadeiro constrangimento ilegal.

### **5.3 Argumentos contrários à prescrição virtual**

Se o tema prescrição é polêmico e cheio de controvérsias, prescrição virtual é, dentre todas as espécies, o mais rodeado de opositores.

A tese defendida neste trabalho encontra muita resistência doutrinária e jurisprudencial, sendo apresentados inúmeros argumentos para justificar a impossibilidade de reconhecimento antecipado da prescrição retroativa por ausência de interesse de agir.

Alegam seus opositores que não existe previsão legal para esta forma de extinção da punibilidade, o que atingiria o princípio da legalidade; que reconhecer antecipadamente a prescrição com fundamento numa pena ideal fere o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal; que, diante do princípio da obrigatoriedade da ação penal, juízes e promotores não têm discricionariedade para decidir sobre a conveniência da tramitação da ação penal; que tal procedimento ignora a possibilidade de emenda da inicial e prejudica a condição da vítima no processo, que poderia executar a sentença condenatória no juízo civil.

Não resta dúvida de que o rol de fundamentos da corrente contrária é vasto, razão pela qual, para uma análise individualizada de cada um deles, foi aqui separado em itens independentes.

### 5.3.1 Princípio da legalidade

O mais recorrente e, *data venia*, superficial argumento apresentado para rebater a prescrição virtual é a ausência de previsão legal.

Ao analisar o disposto no artigo 110, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal, verifica-se que a norma prevê o reconhecimento da prescrição retroativa após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, *verbis*:

Art. 110 – (...)

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

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

A lei, expressamente, estabelece o momento para verificação da prescrição retroativa (após a sentença com trânsito em julgado para a acusação). Antes desse momento, o prazo prescricional deve ser contado pelo máximo da pena abstratamente cominada, consoante disposto no *caput* do artigo 109, do Código Penal: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...)”.

Diante de tais dispositivos, sustenta-se a inadmissibilidade do reconhecimento antecipado da prescrição, vez que falta previsão legal a amparar tal raciocínio.

Porém, não há ofensa ao princípio da legalidade quando se aplica a tese aqui apresentada.

De plano, insta ressaltar que o princípio da legalidade surge como uma garantia do cidadão contra a arbitrariedade do Estado, não podendo, portanto, ser interpretado de maneira prejudicial ao acusado.

Além disso, uma exegese estritamente legalista não tem lugar no Direito Penal Moderno, que busca uma sistematização do Direito amparado em princípios e critérios mais abrangentes, especialmente o da razoabilidade.

Ricardo Pieri Nunes refuta a violação ao princípio da legalidade, *ipsis litteris*:

Isto porque, dentro do atual contexto de evolução da ciência jurídica, identifica-se um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com o início de uma fase onde desponta a normatização de postulados. Nesta incipiente era, os operadores do Direito extraem princípios do ordenamento jurídico enquanto todo harmônico, imputando-lhes densidade normativa, a fim de aplicá-los no deslinde de questões desprovidas de uma solução justa diante da legislação em vigor.<sup>214</sup>

De outra banda, não se pode alegar falta de previsão legal para a rejeição da denúncia pela ausência de condições da ação. Portanto, quando a denúncia for rejeitada pela inexistência de interesse de agir, o fundamento

---

<sup>214</sup> Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.10, n.119, out./2002, p. 9.

legal será o inciso II, do artigo 395, do Código de Processo Penal, com a redação modificada pela Lei 11.719/08.<sup>215</sup>

Amparar-se na legalidade estrita, ignorando os demais elementos da aplicação do Direito, e especialmente diante da ausência de interesse de agir, é excesso de formalismo e apego exagerado ao texto de lei, ignorando a teleologia jurídica.

### **5.3.2 Princípio da presunção de inocência**

Outro argumento utilizado em oposição à prescrição virtual é a pretensa violação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, por meio do qual ninguém pode ser considerado culpado sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado.

Esse princípio está umbilicalmente ligado a outros princípios constitucionais, especialmente, ao do contraditório, ao da ampla defesa e ao do devido processo legal. Assim, muito embora o título do presente tópico indique somente o princípio da presunção de inocência, aqui, também, caberão comentários sobre os demais princípios constitucionais.

Para que alguém seja considerado culpado há de haver uma sentença transitada em julgado e, para se chegar a ela, mister se faz um processo previsto em lei que garanta a ampla defesa e a realização do contraditório.

---

<sup>215</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Para o reconhecimento da prescrição virtual, é indispensável um raciocínio hipotético sobre a possível pena a ser aplicada ao acusado. Ocorre que esse expediente<sup>216</sup> é realizado logo no início do processo, ou antes mesmo de iniciado o processo, levando em consideração as provas colhidas no inquérito policial.

Por isso, entendem os opositores da prescrição virtual ser prematura e prejudicial a projeção de uma pena hipotética antes da completa instrução do processo.

Aceitar uma eventual condenação antes do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa atingiria diretamente o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência.

Sustentando ofensa aos referidos preceitos constitucionais, assim se manifesta Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *verbis*:

(...) a aplicação da chamada “prescrição antecipada”, não contemplada pelo ordenamento processual, parte de previsões e suposições que conduzem à adoção de juízo antecipado de culpa, antes mesmo de ter sido instaurada a ação penal. Isso configura, a nosso ver, desrespeito ao devido processo legal e violação ao chamado “princípio da não-consideração prévia da culpabilidade”, consagrados pela Constituição Federal.<sup>217</sup>

Corroborando esse entendimento, Carla Rahal Benedetti preleciona:

Em tal hipótese, há a presunção da condenação do denunciado sem qualquer exame de provas, sem a presença do contraditório para que se possibilite a defesa e, principalmente, sem a apreciação do mérito do caso. Há, conforme afirmam, total desprezo da garantia constitucional arduamente conquistada, vez que, ainda que hipoteticamente, como

---

<sup>216</sup> Utilizado com o sentido de: meio que se põe em prática para remover dificuldades, conforme Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

<sup>217</sup> **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**, p. 213-214.

argumentam seus defensores, admitiu-se a culpa sem examinar as provas e sem um édito condenatório.<sup>218</sup>

Na mesma linha de pensamento, isto é, entendendo existir violação ao princípio da presunção de inocência, são as palavras de Maurício Zanóide de Moraes:

Isto porque, conquanto seu raciocínio seja lógico e tecnicamente justificável, não podemos concordar com a primeira premissa da qual parte a *prescrição antecipada*, ou seja, a perspectiva de *eventual* condenação do suspeito. Tal comportamento é frontalmente contrário à determinação constitucional da presunção de *não culpabilidade* e do cânone internacional de presunção de inocência.<sup>219</sup>

Em que pese a relevância dos fundamentos e o respeito pelos autores supracitados, tais argumentos não merecem prosperar, conforme, a seguir, se buscará comprovar.

Inicialmente, insta esclarecer que o resultado objetivo do reconhecimento da prescrição virtual é semelhante ao da sentença absolutória, como já demonstrado no item 5.2.5, vez que não traz nenhum prejuízo ou consequência penal ao acusado.

Além disso, todo processo deve perseguir uma finalidade, não podendo tramitar apenas por mero capricho ou por apego ao formalismo. Se desde o início já se sabe que todo o trâmite processual será inútil, sua imediata paralisação parece ser, sem dúvida, a medida mais justa.

Ademais, para a aferição da prescrição antecipada não há necessidade de presumir a culpa, mas sim, de verificar a possibilidade de condenação, pois, se essa não existir, a ação penal não poderá sequer ser iniciada.

---

<sup>218</sup> Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro?, p. 150.

<sup>219</sup> Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas, p. 94.

O raciocínio hipotético sobre a possibilidade de condenação ou absolvição é feito a todo momento pelos envolvidos na persecução penal (delegado de polícia, promotor de justiça e magistrado). Se assim não fosse, não haveria justificativa para a existência do inquérito policial, e, muito menos, para o processo penal, pois faltaria interesse de agir.

### 5.3.3 Obrigatoriedade da ação penal

Diante do poder-dever do Estado de promover a persecução penal, o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal pública, não podendo dispor desse dever/direito discricionariamente, conforme artigo 42, do Código de Processo Penal.<sup>220</sup>

Klaus Tiedemann, ressalta a importância da obrigatoriedade da ação penal para a uniformização da aplicação do Direito, adotando denominação sinônima (princípio da legalidade), *in verbis*:

A obrigação de intervir decorre tanto da função do Direito Penal de assegurar a proteção de bens jurídicos, quanto do objetivo do processo penal de garantir a paz jurídica e de efetivar o Direito Penal. (...) Assim, sendo, o princípio da legalidade assegura a uniformidade da aplicação do Direito – todo fato deve ser investigado e julgado com imparcialidade – e garante, dessa forma, a igualdade de todos perante a lei, no sentido do artigo 3º, §1º, da Lei Fundamental.<sup>221</sup>

Isso significa que não cabe ao Ministério Público deixar de promover a ação penal por conveniência ou oportunidade, salvo nos casos expressamente previstos em lei.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>221</sup> **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p 194.

<sup>222</sup> O presente estudo não comporta uma digressão sobre a aplicação do princípio da oportunidade no processo penal brasileiro, muito menos sobre a consagração do referido princípio, em exceção à obrigatoriedade, pela Lei 9.099/95.

Como explana Afrânio Silva Jardim:

Desta maneira, não se justificaria que, como regra geral, pudessem os funcionários investidos no órgão público afastar a aplicação do Direito Penal, legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos. É princípio assente no Direito que a ninguém é dado dispor do que não lhe pertence, mormente em se tratando de valores sociais absolutamente relevantes.<sup>223</sup>

Esse princípio tem sido utilizado para combater a prescrição antecipada, na medida em que os agentes da persecução penal têm o dever de atuar até final decisão. Assim, o delegado teria que instaurar o inquérito policial, o promotor de justiça deveria ingressar com a ação e o juiz, determinar seu processamento.

Tal entendimento tampouco merece guarida, na medida em que o ajuizamento de uma demanda depende do preenchimento das condições da ação.

Eugênio Pacelli de Oliveira, esclarece a questão da seguinte maneira:

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, **e desde que satisfeitas as condições da ação penal.**<sup>224</sup> (Grifou-se)

Trabalhando especificamente na tese aqui defendida, Maurício Antonio Ribeiro Lopes afasta qualquer ofensa ao princípio da obrigatoriedade para ajuizamento da ação penal, sustentando sua posição da seguinte forma:

Conquanto esteja em pleno vigor o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não se pode olvidar que o dever de exercitar a ação penal pública

---

<sup>223</sup> **Direito Processual Penal**, p 155.

<sup>224</sup> **Curso de Processo Penal**, p. 103.

somente surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo próprio legislador. A ação penal, como direito constitucional de invocar a tutela jurisdicional do estado em face de uma pretensão especificada, como qualquer outro direito que se pretenda ver exercido, está condicionada pelo ordenamento jurídico. Quer dizer, para que o exercício da ação penal se apresente regular se faz necessário preencher aquelas condições mínimas previstas no sistema processual.<sup>225</sup>

Ratificando o acima exposto, Cláudio José Pereira observa:

Apesar da indisponibilidade da pretensão punitiva, em razão da exclusividade do Estado em sua aplicação, é evidente que o princípio da legalidade não exclui da esfera de atuação do Ministério Público a verificação do preenchimento dos requisitos processuais necessários ao exercício da ação penal, quando da análise individualizada do fato.<sup>226</sup>

O apego desmedido ao princípio da obrigatoriedade, sem a observação da utilidade social do processo, é criticado por Jader Marques, *in verbis*:

Só uma concepção errônea do processo pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que ela levará ao nada jurídico, ao zero social, e a custa de desperdício de tempo e de recursos materiais do Estado.<sup>227</sup>

A obrigatoriedade da ação penal pública só é exigível quando presentes todas as condições da ação, logo, se ausente o interesse de agir (utilidade) não há que se falar em obrigatoriedade de ajuizamento da ação por parte do Ministério Público, muito pelo contrário, ao *parquet* cabe o zelo pelos recursos públicos e da probidade administrativa.

---

<sup>225</sup> O Reconhecimento Antecipado da Prescrição: O Interesse de Agir no Processo Penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 1, nº 3, jul./set./1993, p. 138.

<sup>226</sup> **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 11.

<sup>227</sup> Ação Penal – Pena Projetada – Hipótese de Condenação – Prescrição Antecipada – Possibilidade: Jurisprudência Comentada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano IV, nº 22, out./nov./2003, p. 73.

### 5.3.4 A possibilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*)

O artigo 384, do Código de Processo Penal, com a redação modificada pela Lei 11.719/08, prevê a possibilidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público quando, após a instrução, for constatada a existência de prova de alguma circunstância ou elemento do crime que não estava contido na denúncia, *verbis*:

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

Exemplo clássico para elucidar esse dispositivo refere-se à denúncia pelo crime de furto, que é aditada e modificada para o crime de roubo, quando, no curso da instrução, apura-se que houve uma violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Com fundamento no instituto da *mutatio libelli*, surge mais um argumento contrário à prescrição pela pena ideal, no sentido de que a rejeição da denúncia retira a possibilidade de aditamento caso novas provas ou elementos sejam carreados aos autos.

Diante da possibilidade de aditamento e modificação da quantidade de pena prevista para o crime, não seria correta a rejeição da denúncia de plano, pois a pena prevista no momento da rejeição pode vir a ser modificada. Assim, haveria necessidade de se aguardar o encerramento da instrução probatória para uma capitulação jurídica mais precisa.

O argumento não prospera, vez que a decisão de rejeição da denúncia baseada na ausência de condições da ação não tem força de promover a coisa julgada material<sup>228</sup>. Logo, se surgirem novas provas o processo poderá ser retomado com quantidade de pena diferente, desde que apto a gerar um resultado.

No mesmo sentido, se ocorrer o arquivamento de um inquérito policial com base na prescrição virtual, tal ato será sempre condicionado ao não surgimento de novas provas. Se elas surgirem, aplicar-se-á o disposto no artigo 18, do Código de Processo Penal.<sup>229</sup>

Enfim, o reconhecimento da ausência de interesse de agir diante da prescrição virtual não afeta ou nega a existência da possibilidade de aditamento da denúncia.

Acrescente-se que a utilização de tal argumento não merece, *data venia*, maior atenção, pois sua ocorrência é reduzidíssima, sem qualquer relevância apta a afastar a adoção do raciocínio defendido no trabalho.

---

<sup>228</sup> Segundo José Frederico Marques: “A coisa julgada material é a qualidade tão-só dos efeitos de julgamentos que decidem a lide, pois aqueles que declaram inadmissível a tutela jurisdicional, por não resolverem o mérito, não se revestem da imutabilidade fora da relação processual, que promana da *res iudicata* material – tudo, aliás, como estatui o art. 268 do Código de Processo Civil.” **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª ed. Campinas: Millennium, 1998, Vol. III, p. 327.

<sup>229</sup> Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

### 5.3.5 Efeitos civis da sentença penal e a condição da vítima

Ao tratar dos efeitos civis da sentença penal, os opositores da prescrição em perspectiva alegam que o provimento jurisdicional penal é de interesse do acusado e do ofendido.

Interesse do acusado, na medida em que a absolvição, no âmbito penal, com fundamento nos incisos I, IV e VI, do artigo 386, do Código de Processo Penal<sup>230</sup>, pode afastar a responsabilidade civil por eventual indenização.

O artigo 935, do Código Civil esclarece que a responsabilidade civil é independente da penal. Porém, a decisão do juízo criminal não pode ser questionada se reconheceu a inexistência do crime ou afastou a autoria, *verbis*: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Assim, o acusado teria interesse no prosseguimento do processo penal, de modo a evitar qualquer discussão na esfera civil.

Por outro lado, no tocante ao interesse do ofendido, a sentença penal condenatória é interessante, na medida em que evita uma nova fase de conhecimento para constituição do título executivo.

---

<sup>230</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação.

A extinção da ação penal não pode ser entendida como prejudicial nesse sentido, pois, em primeiro lugar, já foi visto<sup>231</sup> que o acusado não tem direito a uma decisão de mérito e, em relação ao ofendido, o juízo cível é o mais adequado para a discussão sobre a indenização.

Sempre que pretender a reparação dos danos, o ofendido deverá buscar o juízo cível, sendo que o reconhecimento da prescrição virtual em nada modifica essa exigência, apenas retira da esfera penal a discussão sobre responsabilidade, que será conduzida na esfera civil, asseguradas as mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Nesse diapasão, Luiz Sérgio Fernandes de Souza ensina que:

É certo que a sentença penal condenatória serve como título executivo. Porém, em termos práticos, isto pouco representa, visto que, de qualquer forma o ofendido, seus representantes ou herdeiros terão de promover a liquidação no juízo cível. Ora, sendo assim, em nada lhe prejudica o exercício do processo de conhecimento, com o qual já poderá obter sentença líquida, se o pedido for formulado nestes termos.<sup>232</sup>

Nesse ponto, poder-se-ia dizer que não há economia processual, mas apenas transferência de discussão da esfera penal para a civil. Todavia, é justamente isso que deve ocorrer, uma vez que o processo penal não pode ser utilizado com a única finalidade de constituição de título executivo para efeito de indenização. O título executivo penal compreende uma sanção (pena ou medida de segurança) e não simplesmente o reconhecimento de materialidade e autoria, visando à cobrança de indenizações.

---

<sup>231</sup> Tema abordado no item 5.2.5.

<sup>232</sup> A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional, p 436.

Esse posicionamento já foi apresentado no capítulo 5.2.5, onde se afirma que tal decisão na esfera penal não impede a propositura da ação civil, nos termos do artigo 67, do Código de Processo Penal.<sup>233</sup>

Diante do exposto, não há que se falar em prejuízo ao ofendido, na medida em que o juízo civil é a esfera mais apropriada para a tutela de seus direitos.

---

<sup>233</sup> Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

## CONCLUSÃO

O estudo da evolução histórica do *ius puniendi*, desde os tempos primitivos de vingança privada até o surgimento da figura do Estado - como detentor da jurisdição e do poder-dever de tutelar os bens jurídicos relevantes para a sociedade, em busca do interesse comum e paz social -, revelou que, contemporaneamente, o Estado exerce o direito de punir por meio de seus três Poderes. O Poder Legislativo atua criando leis, que cominam sanções; o Poder Judiciário, aplica as reprimendas cominadas pela norma; e, finalmente, o Executivo, as executa (*ius executionis*).

O instituto revelador desse direito Estatal é a pena, que, nos dias atuais, tem duas funções: uma, retributiva, para demonstrar a vigência do Direito e recompor a fissura no ordenamento, causada pela ofensa ao bem jurídico tutelado; outra, preventiva, visando impedir a prática de novas infrações pelo próprio delinquente e por seus pares, que temerão a reprimenda.

Assim, a pena não é apenas vingança pública pelo ilícito praticado, mas um sinal de reprovação apto a motivar o cumprimento dos deveres sociais e, também, uma oportunidade para a reinserção social do infrator. Essa posição eclética foi adotada por nosso sistema punitivo, conforme artigo 59 do Código Penal.

Em busca da satisfação do direito de punir, durante todo o trâmite processual, poderão surgir algumas circunstâncias aptas a modificar a

pretensão estatal, por ser mais relevante e socialmente aceitável a ausência de punição do que a aplicação da pena.

Dentre essas circunstâncias, a que merece maior atenção é a prescrição, arrolada no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

A prescrição penal pode ser definida como a perda do direito de punir, decorrente do decurso do tempo. O Estado tem espaço delimitado de tempo para exercer a pretensão de punir o infrator, sob pena de perder seu direito, extinguindo-se a punibilidade.

Apesar de ainda criticada, a perda do direito de punir pelo decurso do tempo resiste até hoje, e seus diversos fundamentos garantem sua existência nos Estados de Direito.

Diante de tantas teorias e fundamentos sobre a matéria, restou consignado que não é apenas uma teoria ou um fundamento isolado que sustentou e continua sustentando a existência da prescrição num determinado ordenamento jurídico. É um conjunto de posições, denominada doutrina eclética, que garante sua existência e aceitação, e que melhor representa e justifica a prescrição.

Dentre esses fundamentos destaca-se o princípio da humanidade, disposto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição da República, que proíbe a criação de sanções de caráter perpétuo. Além de prisão com caráter perpétuo, a vedação constitucional recai sobre a imprescritibilidade na medida em que a ameaça de imposição de uma sanção, também, não pode perdurar indefinidamente no tempo.

São duas as espécies de prescrição: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. A primeira envolve o direito de constituir uma sanção, por meio de ação, ou seja, o Poder Público tem prazo para iniciar e encerrar o processo penal que decidirá sobre a culpa ou inocência do acusado. Com o decurso desse prazo, o Estado perderá o direito de processar o infrator.

A segunda refere-se à pretensão estatal de executar a pena imposta após todo o trâmite processual e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com a constituição do direito de punir em concreto, surge o direito de executar a punição, também sujeito a limites temporais.

Para obter essa decisão do Judiciário o Estado tem um determinado espaço de tempo, ou seja, o exercício de sua pretensão punitiva, materializado pela investigação e instrução processual, deve ocorrer durante um período limitado, pois, se assim não for, a prescrição da pretensão punitiva fulminará o direito estatal de punir.

A prescrição da pretensão punitiva pode ser classificada em espécies. Se ocorrida antes da sentença condenatória, é chamada de prescrição pela pena em abstrato, vez que é calculada pelo máximo de pena cominado no preceito secundário do tipo penal, conforme regra do caput do artigo 109, do Código Penal. Portanto, antes da sentença transitar em julgado, o prazo prescricional é calculado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada.

A prescrição intercorrente e a prescrição retroativa, por outra banda, surgem após a sentença condenatória.

Essas duas espécies de prescrição (pela pena em concreto) partem do princípio da pena justa, individualizada no caso concreto, pois a pena máxima prevista abstratamente no preceito secundário era por demais exacerbada, não representando um juízo de culpabilidade adequado frente ao caso real.

Se a pena fixada na sentença não for atacada pela acusação, diante da impossibilidade legal da *reformatio in pejus*, a quantidade prevista em concreto passará a ser a maior das sanções possíveis ao caso, sendo injusta a manutenção do cálculo prescricional pelo máximo de pena prevista em abstrato.

A prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente é uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva, que considera a pena aplicada na sentença transitada em julgado para a acusação como parâmetro para a aferição do prazo prescricional, contado da data da publicação da sentença e de seu efetivo trânsito em julgado.

Literalmente em sentido contrário, ou seja, partindo da data da publicação da sentença para os marcos interruptivos anteriores (recebimento da denúncia, decisão de pronúncia etc.), está a prescrição retroativa.

Criação genuinamente brasileira a prescrição retroativa, modalidade de prescrição da pretensão punitiva, surgiu da prática forense, diante da constatação de que, quando já se sabe a pena máxima a ser imposta ao réu, a aplicação do cálculo do prazo prescricional pela pena máxima cominada gera uma injustiça.

Embora o Estado seja o detentor da jurisdição e do direito de punir, a sanção não pode ser aplicada automaticamente, vez que a satisfação de sua pretensão punitiva deve ser realizada por meio do devido processo penal, iniciado, em regra, pelo Ministério Público (Estado-autor) e encerrado pelo Poder Judiciário (Estado-juiz).

O direito à tutela jurisdicional é autônomo e abstrato. Seu exercício, porém, para que haja uma correta e efetiva prestação da Justiça, depende do preenchimento de determinadas condições instituídas em lei: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes, interesse de agir e justa causa.

Toda pretensão levada a juízo por meio da ação deve ter, ao menos, possibilidade de ser atendida, ou seja, a providência requerida deve ser admitida pelo Direito. Em alguns casos, o próprio legislador retira da parte o direito de demandar em juízo, por considerar que a pretensão veiculada não merece a atenção da máquina estatal. Assim, se o ordenamento jurídico vedar o provimento jurisdicional sobre o que se está pedindo, a ação deve ser rejeitada de plano, pois o autor é dela carecedor, pela impossibilidade jurídica do pedido.

Da mesma forma, aquele que pleiteia em juízo deve ter legitimidade para fazê-lo, e sua pretensão deve ser oposta em face daquele que tem a obrigação de realizar o que foi pedido. Em regra, cabe ao titular do direito material demandar em juízo em face de quem violou ou interferiu em seu direito.

Outra condição para a ação é o interesse de agir, pautado no trinômio necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado.

O interesse-necessidade é intrínseco ao processo penal, pois para o exercício de seu direito de punir o Estado tem que pleitear o reconhecimento ao Poder Judiciário, respeitando o devido processo legal (*nulla poena sine iudicium*).

Além do interesse-necessidade, a movimentação da máquina estatal depende do interesse-adequação e do interesse-utilidade.

Se ausente a possibilidade de reconhecimento e atribuição do direito pleiteado, ou se impossível a pacificação social com o provimento jurisdicional pleiteado, não há que se falar em interesse de agir.

É indispensável o acesso ao Judiciário para a satisfação do direito estatal de punir. Porém, a via processual utilizada deve ser adequada ao que se pede e o provimento jurisdicional pretendido deve ter utilidade, ou seja, deve ser capaz de promover a pacificação social.

Por fim, a última condição para a ação penal é a justa causa, definida como o conjunto probatório apto a justificar a abertura de um processo criminal. Tal condição é de extrema importância para processo penal moderno, pois serve como barreira às demandas infundadas, sem qualquer lastro probatório, cujas únicas “funções” são emperrar a máquina judiciária e abalar a dignidade e o decoro do réu.

O estudo da ação penal e de suas condições é salutar para a compreensão do objeto do trabalho, pois a prescrição virtual nada mais é do que o reconhecimento da ausência de interesse de agir, diante da constatação da possibilidade de decretação da prescrição retroativa, logo no início do

processo, antes mesmo do recebimento da denúncia ou de proferida a sentença, levando em consideração uma pena hipotética aferida pelas circunstâncias apuradas até aquele momento.

A teoria da prescrição virtual visa o afastamento de processos inúteis do Poder Judiciário, ou seja, de todos aqueles em que já se sabe, desde o início, pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado, a quantidade de pena que seria aplicada em caso de condenação, por meio da qual já se pode aferir a prescrição.

A prescrição virtual não é propriamente uma causa extintiva da punibilidade, mas sim, um raciocínio utilizado para aferição de utilidade do processo, que se for negativo (conclusão de que não há utilidade), retira uma das condições da ação penal, o interesse de agir.

Diante das considerações efetuadas, revela-se notória a ausência de interesse-utilidade quando se sabe que, ao final do processo, o réu receberá uma declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Assim, se o representante do Ministério Público verificar que o processo não conseguirá atingir sua finalidade e que não terá utilidade alguma, deverá requerer o arquivamento do feito e deixar de oferecer a denúncia. Porém, se a denúncia for oferecida caberá ao magistrado rejeitá-la, diante da ausência de condição para ação, em espécie, o interesse de agir, nos termos do artigo 395, do Código de Processo Penal, com a redação modificada pela Lei 11.719/08.

Outrossim, mesmo após o recebimento da denúncia, se o magistrado verificar a existência de fatos que aniquilam o interesse processual, como por exemplo a prescrição virtual, deverá extinguir o processo, aplicando analogicamente o disposto nos artigos 267, inciso VI e 462, do Código de Processo Civil.

A prescrição virtual fulmina o interesse-utilidade do processo, na medida em que a ação já nasce condenada ao insucesso, pois, desde o início, pelas circunstâncias do caso concreto, como por exemplo, primariedade do réu, bons antecedentes e boa conduta social, ausência de agravantes e causas de aumento, é possível prever uma possível quantidade de pena e, conseqüentemente, a ocorrência ou não da prescrição retroativa.

O oferecimento da denúncia ou seu recebimento e a continuidade do processo, quando verificada a prescrição virtual, só servirá para martirizar o acusado, desvirtuando o processo penal que deixa de ser uma garantia do cidadão e passa a ser um instrumento de repressão, de suplício, de vingança, sem qualquer finalidade útil ou apta a gerar a pacificação social.

A manutenção de um processo inútil, além de trazer um sofrimento ao acusado, alimenta uma expectativa na sociedade, pois se acredita que a máquina judiciária trabalha em busca de um resultado, uma sanção e não um vazio, um “nada” jurídico. Se assim for, o desprestígio do Poder Judiciário, já taxado de lento e ineficaz, aumentará a cada dia, e os processos que merecerem a atenção do Estado, por sua gravidade e relevância, terão sua tramitação retardada pela existência desnecessária de inúmeros casos inúteis.

A adoção da prescrição antecipada está em completa sintonia com o princípio da celeridade do julgamento, pois seu reconhecimento elimina processos inúteis, liberando as pautas de julgamento e possibilitando maior atenção e eficiência aos casos que realmente merecem a atenção do Poder Judiciário, que poderiam ser julgados com maior celeridade, e dentro de um prazo razoável.

Além disso, o trâmite de processos inúteis configura desperdício de recursos públicos, desrespeito ao Erário e ao dinheiro pago pelos contribuintes, por meio dos tributos. Nessa esfera, o acolhimento da tese aqui apresentada representa economia de recursos públicos e sociais, de ordem material e intelectual, na medida em que evita a utilização da máquina pública em processos sem qualquer utilidade.

Com o olhar sobre o acusado, demonstrou-se que não há, objetivamente, prejuízo algum ao indivíduo que não é absolvido por lhe ter sido reconhecida a prescrição em perspectiva, vez que tal decisão não gera reincidência, maus antecedentes, inclusão de seu nome no rol de culpados, e sequer pode aparecer na sua ficha de antecedentes criminais.

Da mesma forma não se constatou qualquer dano ao ofendido (vítima), pois o reconhecimento da prescrição, ou o arquivamento do feito, não impedem a propositura de ação civil *ex delicto* (artigo 67, do Código de Processo Penal) e, ainda que houvesse uma sentença penal condenatória, a liquidação e execução ocorreriam no juízo cível.

Sempre que pretender a reparação dos danos, o ofendido deverá buscar o juízo cível, e o reconhecimento da prescrição virtual em nada

modifica essa exigência, apenas retira da esfera penal a discussão sobre a responsabilidade, que será decidida na esfera civil, pois o processo penal não pode ser utilizado como ação indenizatória, com a única finalidade de constituição de título executivo para indenização. O título executivo penal compreende uma sanção (pena ou medida de segurança), e não simplesmente o reconhecimento de materialidade e autoria, com o objetivo de possibilitar a cobrança de indenizações.

A extinção da punibilidade pela prescrição afasta qualquer juízo de valor sobre autoria e materialidade, ou seja, com o decurso do prazo prescricional não se pode realizar juízo de valor sobre a culpa ou a inocência do acusado. Por isso, o acusado não tem o direito de ser declarado inocente, ou seja, nosso ordenamento não confere o direito a uma sentença absolutória, pois, se o fizesse, caberia recurso da decisão que reconhece a prescrição pela pena em abstrato, buscando a absolvição. No mesmo sentido, quando ocorre o arquivamento de inquérito policial o investigado ou indiciado não tem o direito de requerer a continuidade das investigações para que seja declarada a sua inocência.

O processo penal é instrumento de garantia das liberdades individuais, com a finalidade de aplicar uma sanção, e não de declarar a inocência ou as virtudes do acusado.

Não há ofensa ao princípio da legalidade quando se aplica a prescrição pela pena ideal. O princípio da legalidade é uma garantia do cidadão contra a arbitrariedade do Estado, não podendo ser interpretado de maneira prejudicial ao acusado. Além disso, a interpretação estritamente legalista não prevalece no Direito Penal Moderno que busca uma

sistematização do Direito amparado em princípios e critérios mais abrangentes, especialmente o da razoabilidade.

Não se justifica, como argumento contrário à aplicação da prescrição virtual, a alegação de falta de previsão legal para a rejeição da denúncia considerando a inexistência de interesse de agir, diante da redação inciso II, do artigo 395, do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 11.719/08.

O amparo na legalidade estrita, ignorando os demais elementos da aplicação do Direito, especialmente diante da ausência de interesse de agir, é excesso de formalismo e apego exagerado ao texto de lei.

Para o reconhecimento da prescrição virtual, é indispensável um raciocínio hipotético sobre a possível pena a ser aplicada ao acusado. Esse expediente é realizado logo no início do processo, ou antes mesmo de seu início, levando em consideração as provas colhidas no inquérito policial. Por isso, entendem os opositores do instituto ser prematura e prejudicial a projeção de uma pena hipotética antes da completa instrução do processo. Para tanto, alegam a violação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, por meio do qual ninguém pode ser considerado culpado sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado.

Esse princípio está umbilicalmente ligado a outros princípios constitucionais, especialmente, ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal.

Ora, o resultado objetivo do reconhecimento da prescrição virtual é semelhante ao da sentença absolutória, vez que não traz nenhum prejuízo ou consequência penal ao acusado.

Além disso, todo processo deve perseguir uma finalidade e não pode tramitar apenas por mero capricho ou por apego ao formalismo. Se, desde o início já se sabe que todo o trâmite processual será inútil, sua imediata paralisação é a medida mais justa.

Ademais, para a aferição da prescrição antecipada não há necessidade de presumir a culpa, mas sim, de verificar a possibilidade de condenação, pois se essa não existir a ação penal não poderá sequer ser iniciada. O raciocínio hipotético sobre a possibilidade de condenação ou absolvição é feito a todo momento pelos envolvidos na persecução penal (delegado de polícia, promotor de justiça e magistrado). Se assim não fosse, não haveria inquérito policial, e muito menos processo penal, pois faltaria interesse de agir.

A obrigatoriedade da ação penal só existe quando presentes todas as condições da ação, logo, se ausente o interesse de agir (utilidade), não há que se falar em obrigatoriedade de ajuizamento da ação por parte do Ministério Público; muito pelo contrário, ao *parquet* cabe o zelo pelos recursos públicos e pela probidade administrativa.

O reconhecimento da ausência de interesse de agir diante prescrição virtual não afeta ou nega a existência da possibilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*). A decisão de rejeição da denúncia baseada na ausência de condições da ação não tem força de promover a coisa julgada material, logo, se surgirem novas provas o processo poderá ser retomado com

quantidade de pena diferente, desde que apta a gerar um resultado. No mesmo sentido, se ocorrer o arquivamento de um inquérito policial com base no instituto, tal ato é sempre condicionado ao não surgimento de novas provas.

Enfim, após a apresentação de todos os argumentos favoráveis e afastamento dos contrários, demonstra-se cristalina a possibilidade jurídica da adoção da prescrição virtual no ordenamento pátrio.

Inclusive, é isso que vem sendo feito, principalmente pelos magistrados de primeira instância, que sentem na pele o peso de carregar, por anos a fio, um processo natimorto.

Outrossim, a rejeição da tese pelos tribunais não assusta, vez que a prescrição retroativa, como demonstrado, em tempos pretéritos foi reiteradamente rechaçada pelo Poder Judiciário, até que o legislador acolheu mais essa modalidade de prescrição da pretensão punitiva.

Embora combatida pelos tribunais superiores, a prescrição virtual a cada dia se transforma numa realidade no direito brasileiro.

## BIBLIOGRAFIA

### Livros e periódicos

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo Penal: ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ANDRADE, Christiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Dos Recursos no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, João Vieira de. **Código Penal Interpretado: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. Prescrição antecipada ou trabalho de Sísifo . **Boletim dos Procuradores da República**. São Paulo, v. 03, nº 29, set./2000, p. 17-18.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I.

BANDEIRA, Marcos. Prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional. **IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial**. São Paulo, n.16, ago./2005, p.489-492.

BARBOSA, Marcelo Fortes. A prescrição retroativa com base na súmula 146 e o Novo Código Penal. **Justitia**. São Paulo, ano 34, nº 79, 4º trimestre de 1972, p. 17-22.

BARCELOS, Pedro dos Santos. Prescrição Retroativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 620, jun./1987, p. 265-267.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_ ; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no processo penal. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, ano X, nº 32, mar./2006, p. 116-125.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Antonio Carlos dos Santos. Prescrição (pela pena) ideal. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)**. Rio de Janeiro, v. 08, nº 31, 2005, p. 86-103.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

BRANDÃO, Edison Aparecido. Prescrição em Perspectiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 83, v. 710, dez./1994, p. 391-392

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Racismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 6, nº 21, jan./mar./1998, p. 413-415.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente: Prescrição antecipada. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 44, n. 229, nov./1996, p.143-145.

COELHO FILHO, Mamede José. A personalidade de Tobias Barreto e o Código Criminal de 1830. **Justitia**. São Paulo, ano 42, v. 109, abr./jun./1980, p. 11-18.

COSTA e SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1938.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Objetivo: Comentários atualizados**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CREMONESI, Marisa Levin. Prescrição intercorrente e suspensão da prescrição em sede penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 2, dez./1998, p. 295-315.

CRUSCA, João Francisco. Discriminação. **Arquivos da Polícia Civil**. São Paulo, n° 46, 2001, p. 249-254.

DELMANTO, Celso. Prescrição Penal e Trânsito em Julgado. Separata da **Revista de Ciência Penal**. Editora Convívio, ano III, n° 1, 1976, p. 120-136.

\_\_\_\_\_ et al. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EBERHARDT, Marcos; MORETTO, Rodrigo. Analisando a prescrição criminal na mudança do tempo do deslocamento para o tempo midiático. In: SCHIMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 67-83.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. I.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELIPETO, Rogério. Prescrição antecipada. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.25, jan./1995, p. 06.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Nelson. Da prescrição no sistema penal brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 78, v. 79, jul./ago./set./1982, p. 107-127.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1963.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952, t. II.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 26ª ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes contra o princípio da igualdade. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.11, dez./1993, p. 07.

\_\_\_\_\_; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FULLIN, Carmen Silvia. Direito e Racismo: observações sobre o alcance da legislação penal antidiscriminatória no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, v. 6, t. II, 2000, p. 21-35.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. I, t. II.

GARCIA, Édson Castro. Prescrição: Impossibilidade do reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva. **Justitia**. São Paulo, v. 151, n. 54, jan./mar./1992, p.113-114.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Prescrição Retroativa: Pode ser reconhecida em primeiro grau? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 637, nov./1988, p. 371-372.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v. I.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007, p. 179-199.

\_\_\_\_\_ ; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal anotado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAHN, Túlio. **Ensaio sobre racismo: manifestações modernas do preconceito na sociedade brasileira**. São Paulo: Conjuntura, 1999.

LEMOS, Ricardo Teixeira. **Prescrição Penal Retroativa e Antecipada**. São Paulo: Belo Horizonte, 2003.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, t. I.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **O Reconhecimento Antecipado da Prescrição: O Interesse de Agir no Processo Penal e o Ministério Público**.

**Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 1, nº 3, jul./set/1993, p. 132-150.

\_\_\_\_\_. O belga idiota e a lei imbecil. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, n.57, ago./1997, p. 09.

MACEDO, Raimundo. **Da extinção da punibilidade.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

MACHADO, Luiz Alberto. Das Penas. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 475, maio/1975, p. 225-228.

MARQUES, Jader. Ação Penal – Pena Projetada – Hipótese de Condenação – Prescrição Antecipada – Possibilidade: Jurisprudência Comentada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre, ano IV, nº 22, out./nov./2003, p. 73-77.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** 2ª ed. Campinas: Millennium, 1998, v. III.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v. I.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. **Reforma Processual Penal de 2008.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARREY, Adriano. Lei 7.290, de 1984, e a Prescrição Retroativa. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 595, maio/1985, p. 476-478.

MELLO, Dirceu de. Das Penas no direito penal e sua aplicação- Pena indeterminada: uma infeliz criação do novo Estatuto Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 475, maio/1975, p. 229-234.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. I.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. II.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Antonio Carlos Penteado de. Anotações ao novo sistema penal e processual penal – inteligência da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. *Justitia*. São Paulo, ano 39, v. 99, 4º trimestre/1977, p. 524-526.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NACIF, Mauro Otávio. O advogado criminalista e a prescrição penal. In: OLIVEIRA FILHO, Mário de (Coord.). **Temas Atuais de Advocacia Criminal**. São Paulo: Etna, 1996.

NAVES, Nilson Vital. O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto. *Justitia*, São Paulo, ano 37, nº 88, 1º trimestre/1975, p. 285-293.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Ricardo Pieri. Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.10, n.119, out./2002, p. 9-11.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA DA SILVA, Kátia Elenise. **O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medida; SCHAFFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21.9.90. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 714, abr./1995, p. 329-338.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. Possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de maneira retroativa em 1º grau de jurisdição. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 36, mar./1992, p. 69-76.

PADULA, Antonio F. Scheibel. A prescrição da pretensão punitiva do estado, em função da pena em perspectiva. **Justiça e Democracia**. São Paulo, nº 02, 2º semestre/1996, p. 262-264.

PALOTTI JUNIOR, Osvaldo. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 83, v. 709, nov./1994, p.302-306.

PEIXOTO, Marcos Augusto Ramos. Duração razoável do processo. **Boletim IBCCRIM. Jurisprudência**. São Paulo, v.16, n.193, dez./2008, p. 1217-1219.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. O Início da Codificação Penal Iberoamericana. **Justitia**. São Paulo, ano 42, v. 109, jun./1980, p. 38-51.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. São Paulo: Javoli, 1983.

\_\_\_\_\_. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PONTES, Ribeiro. **Código Penal Brasileiro Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

REIS, Carlos Gustavo Ribeiro. Prescrição antecipada. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 71, abr./jun./2007, p. 409-414.

RIBEIRO, Carlos Antonio da Costa. **Cor e criminalidade: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, nº 21, jan./jun./2008, p. 66-93.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico penal da Lei nº 7.716/89 e aspectos correlatos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. Racismo ou injúria qualificada. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Coord.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 67-83.

SEGURADO, Milton Duarte. **O Direito no Brasil**. São Paulo: Jose Bushatsky, 1973.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Racismo. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.401-418.

SILVA, Marcos Rondon. A garantia da duração razoável do processo no âmbito da execução penal: o regular gerenciamento do processo executivo

como forma de amenizar o passivo social causado pelo excesso na execução. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 16, n. 195, fev./2009, p. 17.

SILVA JÚNIOR, Hédio. Direito Penal em preto e branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 7, nº 27, jul./set./1999, p. 327-338.

\_\_\_\_\_. **Direito e igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual - interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 680, jun./1992, p 435-438.

TARTUCE JÚNIOR, Carlos Gabriel et al.. Prescrição da pretensão punitiva antecipada - em perspectiva, precalculada, prognose prescricional, virtual. **Boletim IBCCRIM. Jurisprudência**. São Paulo, v.3, n.35, nov./1995, p. 113.

TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Campina Grande: Ed. da Universidade Estadual da Paraíba, 1998.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Princípios que regem a aplicação da pena. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal**. Brasília, v. 3, n. 7, jan./abr./1999, p 5-8.

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

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I.

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

VARGAS, Róbson. O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 55, jul./ago./2005, p. 339-363.

VERAS, Ryanna Pala. O racismo à luz do STF. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. III, nº 11, abr./jun./2004, p. 89-104.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de duração razoável do processo. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 24, abr./2004, p. 28-33.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso racista: eficacia de su estructura. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián 11 ext., 259-265, 1997.

ZERBOGLIO, Adolfo. *Prescrizione penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1893.

### **Dissertações e Teses**

ARAÚJO, Amélia de Fátima Aversa. **Aspectos do Genocídio no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro?** Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Prescrição penal e finalidades da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2007.

FLORES, Adréa. **Prescrição da Pretensão Executória**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999.

GARCIA, Carlos Roberto Marcos. **A Prescrição no Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.

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

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal: Instituto de Direito Penal ou de Direito Processual Penal?** Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1998.

PRETTI, João Lucio. **Prescrição Penal e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004.

SANTOS, Christiano Jorge. **A prescrição penal como fator criminógeno: possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

### **Material extraído da Internet**

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Crítica à incriminação do racismo . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8735>>. Acesso em: 04 fev. 2007.

FERNANDES, André Capelazo. A prescrição penal retroativa e o Projeto de Lei nº 1383/03 . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9721>>. Acesso em: 09 abr. 2007.

FREDERICO JÚNIOR, José Luizilo. A reserva de vagas para deficientes em concursos: a lei e a jurisprudência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1160, 4 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8874>>. Acesso em: 05 fev. 2007.

FREITAS, Jayme Walmer de. Lei nº 11.596/07: o legislador e seus equívocos sem fim. Apontamentos sobre a prescrição retroativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1717, 14 mar. 2008. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11047>>. Acesso em: 06 abr. 2008.

JESUS, Damásio E. de. Prescrição retroativa: a favor ou contra? . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1695, 21 fev. 2008. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10931>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

LEITE, Hebert Soares. A hermenêutica constitucional clássica e contemporânea como requisito para a reinterpretação e reconstrução jurídica no Estado Democrático de Direito: uma discussão acerca da aplicação e do conceito de racismo na Constituição brasileira de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 490, 9 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5902>>. Acesso em: 04 fev. 2007.

MARINI, Bruno. Uma análise histórico-jurídica do holocausto . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 721, 26 jun. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6875>>. Acesso em: 04 fev. 2007.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. A prescrição retroativa pela pena em concreto perspectiva. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em: 29.01.2008.

NEVES, Eduardo Viana Portela. Estado: uma lesma reumática prestes a atestar sua condição. Sobre o projeto de lei que extingue a prescrição retroativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9715>>. Acesso em: 09 abr. 2007.

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. A prescrição virtual e a evidente falta de interesse de agir . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2098, 30 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12521>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. A prescrição virtual e a valorização do inquérito policial. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>, 08.05.2007.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n. 15, jun. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=169>>. Acesso em: 05 fev. 2007.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Razoável duração do processo. A celeridade como fator de qualidade na prestação da tutela jurisdicional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12483>>. Acesso em: 18 abr. 2009.

ZART, Ricardo Emilio. A dignidade da pessoa humana e o crime de racismo. Uma visão casuística de hermenêutica constitucional com base em Robert Alexy. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1096, 2 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8591>>. Acesso em: 04 fev. 2007.