



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ I

HERNANDES DELGADO JARA

**PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO
DE ECONOMIA/CELERIDADE PROCESSUAL**

PONTA PORÃ
2014

HERNANDES DELGADO JARA

PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO
DE ECONOMIA/CELERIDADE PROCESSUAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Especialista Fábio Rogério Pinhel.

PONTA PORÃ
2014

HERNANDES DELGADO JARA

PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO
DE ECONOMIA/CELERIDADE PROCESSUAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Especialista Fábio Rogério Pinhel.

Data de aprovação: / / 2015

Local: Faculdades Integradas de Ponta Porã-FIP/Magsul

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Especialista Fábio Rogério Pinhel.
Faculdades Integradas de Ponta Porã-FIP/Magsul

Membro: Titulação do orientador e nome do membro da banca
Instituição à qual pertence

Membro: Titulação do orientador e nome do membro da banca
Instituição à qual pertence

RESUMO

O Trabalho tem por escopo a análise sobre a possibilidade de se reconhecer antecipadamente à ocorrência de prescrição de um ilícito penal. Inicialmente, tem-se como objetivo estudar o instituto da prescrição penal, resgatando o seu surgimento, sua atual conceituação, natureza jurídica, fundamentos e as diversas espécies do instituto, tudo a fim de introduzir o leitor no contexto do trabalho. Posteriormente, a explanação gira em torno das espécies de prescrição penal, trazendo-se exemplos por meio de gráficos de modo a facilitar à compreensão de cada espécie, principalmente, a prescrição penal retroativa que é a base para se entender a prescrição virtual. Finalmente, procura-se analisar a prescrição penal antecipada diante do seu reconhecimento no ordenamento jurídico penal brasileiro a fim de servir como instrumento para desafogar os órgãos de persecução penal e o Poder Judiciário, frente aos princípios basilares do direito processual, como a economia, a celeridade e o interesse de agir, objetivando verificar a possibilidade de sua aplicação em consonância com os princípios que regem nosso ordenamento. E, sendo possível esse ambiente, o Magistrado, analisando as condições jurídicas do indiciado, certificando-se tratar de réu primário, possuidor de bons antecedentes, e que os fatos imputados a este apontam tipo penal livre de qualificadoras ou circunstâncias que poderiam agravar a reprimenda, poderá adotar a pena mínima prevista no tipo penal como sendo a máxima em abstrato, para o caso em concreto, possibilitando o reconhecimento da prescrição antecipada, que evitaria o constrangimento desnecessário ao réu, contribuindo para a celeridade dos feitos que realmente mereçam atenção do Judiciário. A pesquisa, em razão das divergências doutrinárias e judiciais, procura, ainda, analisar o fator necessidade/utilidade, quando se emprega todo o aparato judicial até que se tenha um provimento definitivo, onde, e somente aí, se poderá reconhecer a prescrição já ocorrida, que doutrinariamente se denomina de retroativa.

Palavras chaves: Prescrição-Penal-Princípios-Antecipada-Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A PRESCRIÇÃO PENAL	9
1.1 Origem.....	9
1.2 Evolução Histórica.....	10
1.2.1 Código Penal de 1890	14
1.2.2 Código Penal de 1940	18
1.2.3 Código Penal de 1969	19
1.2.4 Reforma Penal de 1977 e 1984.....	20
1.3 O Direito de Punir do Estado.....	21
1.4 Natureza Jurídica	24
1.5 Os Fundamentos da Prescrição Penal	25
1.6 Conceito	26
2 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL	28
2.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA OU EM ABSTRATO	28
2.1.1 Termo Inicial da Prescrição em Abstrato.....	30
2.1.2 Períodos Prescricionais.....	33
2.2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA.....	36
2.2.1 Contagem do prazo da prescrição retroativa.....	38
2.3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, SUPERVENIENTE OU SUBSEQUENTE ..	39
2.3.1 Contagem do prazo da prescrição Intercorrente	40
2.4 CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO PENAL	42
3 PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA	48
3.1 CONCEITO	48
3.2 A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O INTERESSE DE AGIR	50
3.3 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL	53
3.4 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO FUNDAMNETAL À CELERIDADE PROCESSUAL.....	56
3.5 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	58
3.6 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....	60
3.7 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A <i>MUTATIO LIBELLI</i>	61
3.8 OUTRAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA...	64
3.9 ESTUDO DE CASO	65

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS.....	71
ANEXO A-QUESTIONÁRIO- PESQUISA DE CAMPO- Dr. ELTON	
ANEXO B-QUESTIONÁRIO- PESQUISA DE CAMPO-Dra LUCIANA	
ANEXO C- PLANO DE TRABALHO	
ANEXO D- NOTA TECNICA- Utilidade Eficiência e Efetividade da Persecução Penal.	

1 INTRODUÇÃO

A prescrição penal tem relevância para o direito porque guarda com esta ciência íntima relação de garantia individual e desenvolvimento social, considerada dessa forma, matéria de ordem pública.

Em âmbito do direito penal a matéria é aceita de forma irrestrita, seja para extinguir a punibilidade antes, seja para extinguir após a sentença penal condenatória.

A doutrina e jurisprudência vinham reconhecendo um novo instituto denominado prescrição penal antecipada que tem e continua sendo alvo de várias discussões e discórdias o que justifica seu estudo mais aprofundado, levando em consideração o novo cenário do Poder Judiciário.

A controvérsia do tema envolve questões de grande relevância, especificamente, as questões de ordem pública abordada a fundo no presente trabalho como o direito de ação, o direito de punir do Estado, as condições da ação e os princípios Constitucionais inerentes ao tema, sobretudo o princípio da economia/celeridade processual.

O trabalho desenvolve-se em três partes. O primeiro capítulo destina-se ao instituto da prescrição penal, abordando sua origem, seu contexto histórico, o direito de punir do Estado, a natureza jurídica, os fundamentos e o seu conceito, tendo como finalidade apresentar o instituto da prescrição penal ao leitor, de modo a introduzi-lo ao entendimento do mais genérico ao mais específico.

A segunda parte destina-se especificamente as espécies de prescrição penal existentes no ordenamento jurídico penal, dividindo-se basicamente em duas partes, quais sejam, a prescrição penal da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, sendo que a primeira é subdividida em várias modalidades. Para fins de ilustração e facilitação, apresenta-se cada espécie por meio de exemplos gráficos, chamando a atenção para a prescrição penal retroativa que é a base para se entender a prescrição penal antecipada, estudada no capítulo a seguir.

O terceiro capítulo visa analisar a fundo o instituto da prescrição penal antecipada, tendo por escopo verificar se esta modalidade de prescrição, não reconhecida no ordenamento jurídico penal, pode vir a servir como instrumento de economia/celeridade processual, diante da realidade concreta de que tanto os

órgãos de persecução penal como o Poder Judiciário encontram-se assoberbado de inúmeros processos fadados à inutilidade. Analisa-se o instituto, levando-se em consideração seu conceito, os princípios gerais de direito, expondo os argumentos favoráveis e contrários a sua aplicação, e apresentando as posições antagônicas.

Durante a pesquisa, utilizamos o estudo comparado da bibliografia, abrangendo obras doutrinárias e de pesquisa, teses, artigos e entendimentos jurisprudenciais. Destarte, o método utilizado foi o de compilação, trazendo a colação o pensamento dos principais autores que investigam o tema, de modo dialético.

Ao final, baseado nas pesquisas realizadas e nos questionários respondidos, embora já esteja pacificada pela súmula 438 do STJ a proibição de aplicação da prescrição penal antecipada, verificar-se-á se tal instituto deve ser abandonado definitivamente ou, ainda, reclama-se o seu reconhecimento diante do cenário atual do Poder Judiciário. Com essa finalidade, expõem-se as razões de convencimento ou não.

1. PRESCRIÇÃO PENAL

O presente capítulo tem por finalidade realizar uma abordagem histórica quanto à origem e à evolução da prescrição penal, levando-se em consideração as influências dos ordenamentos jurídicos de outros países no ordenamento jurídico brasileiro. Analisa-se, ainda, o direito de punir do Estado, a sua natureza jurídica, o fundamento da prescrição, elementos fundamentais que servem como base para a construção de um conceito sólido de prescrição penal.

1.1 Origem

*Praescriptio*¹ é um termo originário em latim, entendido como um escrito posto antes, significando meio de defesa expedido antes da demonstração de algo, alertando o juiz que não era mais possível examinar o mérito.

Quanto à origem da prescrição há divergência entre os pesquisadores. Uns afirmam ter sido na Grécia o berço do instituto, pois no direito ateniense, conforme entende Antônio Lopes Baltazar (2003, p.19), estabeleceu-se que o tempo deveria ter eficácia extintiva sobre a ação penal por tornar-se difícil e perigosa a veracidade da prova dos crimes, exceto para alguns delitos graves que seriam imprescritíveis.

No Direito Romano, no período da República e na primeira fase do Império, somente em alguns casos isolados delimitava-se o tempo para o Estado punir o autor do crime. (Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.19).

Para outros, o conceito de prescrição formou-se graças às imposições romanas de ordem processual. Dessa maneira, os romanos, para evitar acusações prolixas e ineficazes, criaram prazos máximos para a conclusão do processo, sendo que esse prazo, inicialmente, era de um ano, o qual, posteriormente, foi publicado, fixando-se em dois anos.

Parece, segundo afirmava Jawsnicker (2012, p.43) que [...] a razão genética da prescrição da ação penal tenha sido a ideia de castigar a negligência ou a malícia do acusador, o que, dando-se a índole do processo e a Constituição do Estado romano, explica-se facilmente.

¹ Prescrição

Mas, foi em Roma que foi descoberto o texto legal mais antigo tratando da prescrição do procedimento criminal, a *Lex Julia de Adulteriis*, do ano de 18 a. C.

Essa lei estabelecia, conforme afirma Antônio Lopes Baltazar (2003, p.20), que o procedimento criminal, para os crimes de adultério, lenocínio, estupro e incesto deveriam ser realizados em cinco anos, no qual decorrido esse tempo ninguém mais poderia ser acusado ou punido.

Esse prazo quinquenal foi escolhido em razão das festas lustrais que se realizavam a cada cinco anos. Nessas festas havia a purificação do homem, pois entendiam os romanos que o tempo isentava os indivíduos de punição e, assim, bastava para a expiação do criminoso, pois suas culpas religiosas eram lavadas nessas comemorações.

Assim, a maioria das civilizações aceitou a prescrição do procedimento criminal, em razão do decurso do tempo, como verdadeira renúncia do Estado na punição do infrator.

Por sua vez, a prescrição da pretensão executória é bem mais recente. Essa teve origem na França, na Revolução Francesa, sendo introduzido pelo Código Penal Francês de 1791. Contudo, alguns países até hoje ainda repelem essa espécie de prescrição como, por exemplo, a Inglaterra.

1.2 Evolução Histórica

Inicialmente, a prescrição foi fixada em cinco anos para os crimes de ação pública. Posteriormente, fixou-se em um ano para os delitos de ação privada. Esses prazos, no entanto, foram sendo alterados nas diversas civilizações e, mesmo em Roma, à época de Diocleciano e Maximiliano (284-305 a. C.), com a *Lex Cornelia de Injuriis* o prazo prescricional passou para vinte anos no que se refere aos crimes de ação pública, exceto aos delitos carnais e o peculato, cujo prazo continuou a ser de cinco anos.

No final do Império Romano, alguns delitos considerados gravíssimos, como a *parricidium*², a *suppositio partus* e a *apostasia*, eram considerados imprescritíveis. O primeiro por considerar a família uma instituição sagrada; portanto a morte do chefe

² Parricídio- homicídio praticado pelo filho contra o pai.

da família pelo filho não podia ficar sem punição pelo decurso do tempo; o segundo, por influência do Cristianismo, que se tornou religião oficial, que para evitar a perda dos seus seguidores, ameaçava com a punição eterna da imprescritibilidade do estado das pessoas. Posteriormente, ganhou força o princípio de que os crimes estavam sujeitos à prescrição.

Na Idade Média, os prazos prescricionais sofreram redução, fato que provocou uma intensa e acirrada crítica ao instituto, que previa o seu desaparecimento. Para contornar a situação, novamente foram ampliados os prazos prescricionais, porém, de maneira indiscriminada, fixando-se um período de dez anos para vários delitos diferentes, sem se fazer qualquer distinção sobre a gravidade de cada um. E, por outro lado, também se fixou a imprescritibilidade a um número maior de delitos.

Nessa época, repercutiram em quase toda civilização novas ideias das práticas italianas acerca da prescrição. Afirmavam que, se o condenado tivesse bom comportamento e não praticasse novos delitos durante o prazo prescricional, seria beneficiado com a diminuição da pena, sendo que também o prazo prescricional iria diminuindo com o passar dos anos. A *emendatio*, como ficou conhecida, visava à emenda do delinquente para justificar o instituto da prescrição.

Assim, como resultado dessas novas ideias, foi fixado o prazo prescricional de vinte anos para os delitos, exceto para aqueles previstos na *Lex Julia de Adulteriis*, em que o prazo foi estabelecido em cinco anos. A prescrição tratada era apenas a da pretensão punitiva, não se discutindo acerca da prescrição da pretensão executória.

No Direito francês, em 1791, foi ampliado o instituto da prescrição, abolindo as restrições das práticas italianas e introduzindo a prescrição da pena.

A prescrição da pretensão executória, explica Jawsnicker (2012, p.43), no Direito francês, era de trinta anos, aplicada à *actio judicati*³.

³ Ação que tem por fundamento coisa julgada.

Nesse sentido, ensina Carvalho Filho (*apud* Jawsnicker, Ob.cit., p.190-191) que,

[...] o antigo direito francês adotara como regra, o prazo de vinte anos, dos romanos, assim como o princípio da não prescrição de alguns crimes. Ressalta Garroun como a prescrição da pena se veio insinuando na prática, até sua consagração na legislação, por via do critério de que as condenações deveriam ser executadas dentro de trinta anos, porque do contrário estariam prescritas.

Em que pese o desenvolvimento da prescrição se dar na Itália, nem todos os juristas daquele país concordavam com a maneira como se apregoava. A tese de que nos crimes atrozes não deveria existir prescrição, pois se tornava um incentivo aos criminosos, um prêmio à impunidade. Já para os crimes menores, sem muita importância, poderia se aplicar o instituto a fim de evitar que o cidadão não perigoso ficasse à mercê do Estado por muito tempo, tendo como defensor Beccaria (*apud* Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.22).

Por outro lado, Carrara entendia que na prescrição da pena, considerada na sua verdadeira essência jurídica, e segundo as exatas ideias dos romanos, tratava-se de prescrição da *actio iudicati*. A nomenclatura moderna substituiu, nessa distinção, uma hipérbole à exatidão. Do delito nasce ação para provocar a condenação de um delinquente; da sentença de condenação nasce a ação para se obter a execução da condenação. Assim, em Roma, a prescrição da pena vinha incluída na prescrição geral da *actio ex iudicato*⁴, que se consumava em trinta anos. (*apud* Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.22).

A prescrição da ação foi acolhida até no Direito Eclesiástico. O Decreto de Gregório IX estabelecia o prazo de vinte anos. Entretanto, não se admitia a prescrição da condenação.

Na Alemanha, a Carolina não cuidava da prescrição. E o Código Penal Bávaro repeliu expressamente o instituto, seguindo os pensamentos de Feuerbach: se o maior obstáculo à eficiência da lei penal é a esperança da impunidade, não devia o Estado acoroçoá-la ainda mais com o favor da prescrição, sendo somente introduzida no país no transcurso do tempo dos séculos XVI e XVII. A prescrição era considerada aquisitiva, pois entendiam que se o seu fundamento jurídico era a

⁴ Exceção de coisa Julgada.

emenda presumida do delinquente, não deveria ter fugido do país, nem cometido novo delito, e nem ter tirado proveito do crime.

No Brasil, a prescrição não foi mencionada no Livro V das Ordenações Filipinas por razões naturais, de acordo com os doutrinadores, porque se tratava de um texto extremamente severo; por isso, não cuidou de um instituto de índole indisfarçadamente humanista.

O Código Criminal do Império, de 1830, referiu-se apenas à prescrição da pretensão executória, contudo, para negar a sua aplicação. Quanto à prescrição da pretensão punitiva, nem mesmo fez menção.

Somente em 1832 é que a prescrição ingressou no Direito brasileiro, com o Código de Processo Criminal, apesar do instituto, de acordo com a maioria da doutrina, pertencer ao direito material.

O Código de Processo Criminal de 1832, em seu Título II, capítulo I, trazia a seguinte redação:

Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres 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 admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.

Art. 57. A prescripção não se estende á indemnização, que poderá ser demandada em todo o tempo.

O que se nota nesse texto legal, ao tratar da prescrição, que ele somente cuidou da prescrição da pretensão punitiva, estabelecendo prazos prescricionais diferentes para três categorias de delitos, que variavam entre um e dez anos.

Para os delitos e contravenções apreciados pelos juízes de Paz, os prazos de prescrição eram de um ano para o culpado presente, sendo de três, para o ausente, em lugar sabido; para os delitos afiançáveis, o prazo era de seis anos estando o criminoso presente; de dez anos, se ausente, em lugar conhecido dentro do Império; para os delitos inafiançáveis, o prazo também era de dez anos quando o acusado estivesse no lugar da culpa. (Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.24).

A pretensão executória permanecia imprescritível. Quanto à indenização, o Código expressamente declarava a imprescritibilidade, afirmando: a prescrição não se estende à indenização, que pode ser demandada em todo tempo. (Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.24).

Em 1890, foi inserida, na legislação brasileira, a prescrição da pretensão executória, pelo Decreto nº 774, de 20 de setembro do mesmo ano, estabelecendo em seu art. 4º, diferentes prazos prescricionais. (Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.24).

1.2.1 Código Penal de 1890

O Código Penal da República, de 11 de outubro de 1890, no Título VI (arts. 71 a 86), cuidou das duas formas de prescrição, sendo que os critérios, no tocante aos prazos, seguiram os mesmos do Decreto nº 774/1890, de vigência até então recente⁵.

⁵ **Art. 71.** A acção penal extingue-se:
1º Pela morte do criminoso;
2º Por amnistia do Congresso;
3º Pelo perdão do offendido;
4º Pela prescrição.

Art. 72. A condennação extingue-se por estas mesmas causas, e mais:
1º Pelo cumprimento da sentença;
2º Por indulto do poder competente;
3º Pela rehabilitação.

Art. 73. A condennação suspende-se:
a) Pelo livramento condicional;
b) Pela fiança (art. 401).

Art. 74. As incapacidades pronunciadas pela condennação cessam em consequencia do indulto de graça.

Art. 75. A amnistia extingue todos os efeitos da pena e põe perpetuo silencio ao processo.

Art. 76. A amnistia e a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indemnização do damno.

Art. 77. Nos crimes pelos quaes não póde proceder sinão por queixa da parte, o perdão do offendido extingue a acção penal, mas não faz cessar a execução da sentença, si o condemnado recusar acceital-o.

Art. 78. A prescrição da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condennação.

Art. 79. A prescrição da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia.

Art. 80. A prescrição da condennação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que foi interrompido, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado. Paragrapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescrição começará a correr novamente do dia da evasão.

Art. 81. A prescrição da acção e da condennação interrompe-se pela reincidencia.

Constata-se do texto acima, que tanto as prescrições da ação como a prescrição da condenação obedeciam aos mesmos prazos prescricionais. Nesse jaez, a prescrição da ação, salvo os casos de queixa privada, cujo prazo de prescrição era de seis meses (art. 275), e nos casos de crime de lenocínio e adultério, em que os prazos eram de três meses (arts. 277 a 281), era subordinada aos mesmos prazos que a da condenação.

Os artigos excepcionados do prazo uniforme referiam-se: ao direito de queixa privada, que prescrevia em seis meses, a contar da data do crime (art. 275); no caso de lenocínio praticado pelo marido, em que só a esposa podia oferecer queixa, essa prescrevia em três meses, a contar da data do crime (art.281). Em verdade, esses prazos são de decadência e o Código os tratou como sendo de prescrição.

Os prazos prescricionais, previstos no art. 85, eram de um ano, no mínimo; para as restritivas de liberdade, até seis meses, sendo de vinte anos para as condenações de doze anos. A pena pecuniária prescrevia em um ano, a contar da data do crime (art. 83).

No caso de concurso de crimes, a prescrição era verificada pelo crime mais grave.

Art. 82. A prescrição, embora não allegada, deve ser pronunciada ex-officio.

Art. 83. A acção criminal e a condemnação, nos crimes a que a lei infligir exclusivamente pena pecuniaria, prescreverão em um anno a contar da data do crime ou da condemnação.

Art. 84. A condemnação a mais de uma pena prescreve no prazo estabelecido para a mais grave.
Parapho unico. A mesma regra se observará com relação á prescrição da acção.

Art. 85. Prescrevem:

Em um anno, a condemnação que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis mezes;
Em quatro annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de dous annos;
Em oito annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de quatro annos;
Em doze annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de oito annos;
Em dezeseis annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de doze annos;
Em vinte annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.

Art. 86. A rehabilitação consiste na reintegração do condemnado em todos os direitos que houver perdido pela condemnação, quando for declarado innocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequencia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria.

§ 1º A rehabilitação resulta immediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2º A sentença de rehabilitação reconhecerá o direito do rehabilitado a uma justa indemnização, que será liquidada em execução, por todos os prejuizos soffridos com a condemnação.

O prazo inicial da prescrição da pretensão executória era o dia em que a sentença passasse em julgado ou quando interrompida, por qualquer modo, a execução já começava. A prisão do condenado e a sua evasão do cárcere eram causas interruptivas da prescrição da condenação.

Por sua vez, o termo inicial da prescrição da ação era o dia do cometimento do crime e tinha como causa interruptiva a pronúncia.

A reincidência, diferentemente de hoje, em que após o trânsito em julgado somente interrompe a prescrição da pretensão executória, interrompia o prazo tanto da prescrição da ação, como da condenação (art. 81).

Esse Código não admitiu crimes imprescritíveis, tratando sobre o prazo máximo de trinta anos para cumprimento das penas prevendo a detração penal. (Antônio Lopes Baltazar, 2003, p.25).

O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, alterou disposições do Código Penal, inclusive, atingindo a prescrição, quais sejam: (a) estabeleceu-se a imprescritibilidade; (b) a prescrição da ação foi regulada pela pena abstrata, pedida no libelo ou imposta na sentença; e (c) foi regulada a prescrição às penas acessórias e criaram-se novas causas interruptivas.

No Código Penal de 1890, todos os crimes eram prescritíveis, todavia o Decreto estipulou uma exceção à prescritibilidade para um único delito, o de moeda falsa.

Como se vê, instituiu-se a imprescritibilidade a um único delito, condicionada à permanência do réu ao estrangeiro. Até, então, nenhum crime previsto no Código Penal era imprescritível.

O art. 35 determinava: [...] a prescrição da ação penal regulasse pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei, ou pela que for pedida no libelo, ou, finalmente, pela que for imposta na sentença de que somente o réu houver recorrido.

A prescrição da ação era regulada no Código Penal pela pena concretizada na sentença. Começava a ser contada da data do crime até o trânsito em julgado e havia, como única causa interruptiva, a pronúncia. Com o Decreto, passou a ser

regulada, pela primeira vez no Brasil, pelo máximo da pena prevista no Código (como acontece atualmente), sendo que foram acrescentadas mais duas causas interruptivas, ou seja, o despacho confirmatório da pronúncia e a sentença condenatória recorrível.

Nesse texto, foi instituída a prescrição da pretensão punitiva intercorrente quando o artigo mencionado deixa claro haver um hiato entre a sentença e o trânsito em julgado, como sendo ainda pretensão punitiva e, nesse caso, o prazo de prescrição é regulado pela pena imposta na sentença.

Assim, os prazos prescricionais passaram a ser regulados pela pena abstrata e pela pena concreta.

Foram estabelecidos prazos de prescrição às penas acessórias de interdição, suspensão e perda do emprego.

Esses prazos só começavam a correr, dizia o art. 36: depois de cumprida a pena restritiva da liberdade pessoal, a que forem adjetas ou de que forem de efeitos aquelas penas.

Como o Decreto, em seu art. 35, possibilitou a prescrição pela pena imposta na sentença e antes do trânsito em julgado, ou seja, a prescrição da ação, regulada pela pena concreta, desde que somente o réu tivesse recorrido veio à tona o debate sobre a possibilidade de se contar o prazo prescricional relativo ao tempo decorrido antes da prolação da sentença. O argumento era de que, não havendo recurso da acusação, a pena não seria modificada, em virtude da *reformatio in pejus*, portanto, aquela pena seria *ab initio* a que o Estado teria o direito de aplicar ao réu, sendo assim, equivalente à pena abstrata. Desse modo, se entre a última causa interruptiva e a sentença já tivesse decorrido lapso de tempo suficiente, com base na pena imposta, a sentença condenatória não seria causa interruptiva, uma vez que não se interrompe o que já estava extinto.

O Supremo Tribunal Federal concedeu uma ordem de *Habeas Corpus*, reconhecendo a prescrição retroativa na vigência do Decreto.

O assunto sobre a prescrição retroativa será tratado de maneira detalhada no item específico sobre o tema. Porém, deve ficar registrado que o instituto não se originou na reforma penal de 1984, como muitos apregoam.

Posteriormente, veio a Consolidação das Leis Penais, Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, com o objetivo de unificar a legislação criminal da década de 30 em um único diploma. Entretanto, não se alterou o regime prescricional.

1.2.2 Código Penal de 1940

Em meio a muitas alterações, o novo Código Penal Brasileiro instituiu, por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o instituto da prescrição, sofrendo, também, modificações.

O novo Código Penal de 1940, diferentemente do Código Penal de 1890, o qual cuidava da prescrição como sendo causa de extinção da ação penal e da condenação, passou a tratar do instituto da prescrição como causa de extinção da punibilidade. Alteração, afirma Baltazar (2003, p. 28), que somente foi justificada na exposição de motivos nº 35, com o seguinte teor:

[...] Da extinção da punibilidade, preferiu-se esta rubrica à tradicional de extinção da ação penal e da condenação, que corresponde a conceitos reconhecidamente errôneos. Foi igualmente enfeitada à epígrafe adotada pelo Código Italiano, isto é, extinção do crime e da pena.

Apesar da sustentação de Masari (apud Baltazar, 2003, p. 28), tal frase tem numerosos adversários, o que extingue, antes de tudo, os casos enumerados no art. 180 do projeto, que é o próprio direito de punir do Estado. Dá-se, como diz Maggiore (apud Baltazar, 2003, p. 28), uma renúncia, uma abdicação, uma derrelicção do direito de punir do Estado. Vê-se, portanto, o que cessa é a punibilidade do fato em razões de certas contingências ou por motivos vários de convivência ou oportunidade política.

Os prazos prescricionais foram majorados em relação à legislação anterior, sendo a prescrição máxima de vinte anos para delitos apenados acima de doze anos, e o prazo mínimo, de dois anos, aos crimes com pena inferior a um ano (art. 109).

No caso de réu reincidente, o prazo da prescrição da pretensão executória aumentou em um terço. Se o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos e maior de 70 anos, os prazos prescricionais eram reduzidos da metade.

Enquanto que a disciplina da prescrição da pena de multa, quando era única a ser aplicada ou a que restava a cumprir, era de dois anos.

Ainda, ficou expresso que, uma vez interrompida a prescrição, o prazo começava a correr integro do dia da interrupção, sendo a pena mais leve absorvida pela mais grave para fins de prescrição.

Na legislação anterior, eram três as causas interruptivas de prescrição: a pronúncia, o despacho confirmatório da pronúncia e a sentença condenatória recorrível. O novo Código trouxe mais duas causas interruptivas, quais sejam: (a) pelo recebimento da denúncia ou queixa; e (b) pelo início ou continuação do cumprimento da pena.

O art. 110 do Código cuidou da prescrição da pretensão punitiva executória. O em seu parágrafo único tratou da prescrição da pretensão punitiva intercorrente e retroativa, que era e continuou sendo objeto de calorosos debates, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

1.2.3 Código Penal de 1969

Depois de dez anos de *vacatio legis*⁶, o Código de Penal de 1969, por meio do Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969, foi revogado sem nunca ter entrado em vigência. Contudo, não se deve esquecer o instituto da prescrição, que sofreria mudanças naquele diploma: (a) a reincidência deixaria de ser causa interruptiva de prescrição; (b) as penas acessórias seriam imprescritíveis; (c) seria alterada a denominação de prescrição da pretensão punitiva para prescrição da ação, conforme o Código Penal de 1890; e (d) eliminaria a prescrição retroativa, colocando um ponto final sobre toda discussão acerca do tema.

⁶ Vacância da lei/ A Lei Vaga- designa o período que decorre entre o dia da publicação de uma lei e o dia em que ela entra em vigor, ou seja, tem seu cumprimento obrigatório.

1.2.4 Reforma Penal de 1977 e 1948

Com a revogação do Código Penal de 1969 e a necessidade de alterações na legislação penal, promulgou-se a lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, promovendo alterações na parte geral do Código Penal de 1940, dentre as quais, a prescrição.

Nesse sentido, Antônio Lopes Baltazar (2003, p.30) menciona a seguinte mensagem do Congresso Nacional, nº 37, de 1977:

[...] disciplinou-se o prazo prescricional 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.

Ademais, acrescentou-se um parágrafo no art. 110, a fim de proibir a contagem retroativa do prazo de prescrição em data anterior ao do recebimento da denúncia.

Também se estabeleceu que a prescrição atingisse tão somente a pena principal, subsistindo os demais efeitos da sentença condenatória.

O parágrafo único, que passou a ser o § 1º, teve a redação alterada para explicitar que para a prescrição regulada pela pena *in concreto* bastava o trânsito em julgado para a acusação, pois havia entendimento, calcado na redação anterior, da necessidade de recurso da defesa.

Por sua vez, a Parte Geral do Código Penal de 1940, alterada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, teve nova redação. Alterou-se às disposições no tocante à prescrição e, ainda, no que se refere à prescrição retroativa por ser objeto de muitas controvérsias.

Alterado, mais uma vez, o § 1º do art. 110, venho explicitar que a prescrição pela pena aplicada na sentença deve ser verificada com o trânsito em julgado para a acusação ou depois de não provido o seu recurso.

Sobre a alteração, a exposição de motivos:

[...] ainda que a norma pareça desnecessária, preferiu-se explicitá-lo no texto, para dirimir de vez a dúvida alusiva à prescrição pela pena aplicada, não obstante o recurso da acusação, se este não for provido. A ausência de tal norma tem estimulado a interposição de recursos destinados a evitar tão somente a prescrição.

Assim, o recurso, hoje, que impede a prescrição retroativa é somente aquele interposto para aumentar a pena aplicada. Se a acusação recorrer por qualquer outro motivo que seja, não impedirá a contagem retroativa da prescrição.

Acresça-se que no § 2º do mesmo artigo, procedeu-se a alteração para permitir a contagem do prazo retroativo à data anterior ao do recebimento da denúncia. Na redação anterior, introduzida pela Lei nº 6.416/1977, era proibido à contagem retroativa desse prazo.

Até então, a prescrição no Direito Brasileiro, era aquela prevista no Código Penal de 1940, com as alterações introduzidas pela reforma de 1984, vindo, com a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, a sofrer novas alterações.

1.3 O Direito de Punir do Estado

Para Jawsnicker (2012, p. 33), ao falarmos a respeito da prescrição penal, estar-se-á falando diretamente no direito de punir do Estado. A questão é óbvia, pois a prescrição penal incide sobre o direito de punir do Estado.

Com a evolução histórica, mostrou-se que o Direito Penal evoluiu da vingança privada para a assunção do Estado no monopólio da justiça punitiva. O Estado exerce esse monopólio em diversos momentos e de diversos modos. Daí porque se falar em direito de punir abstrato e direito de punir concreto.

O direito de punir abstrato vem a ser o direito que tem o Estado para punir quais violações à ordem jurídica devem ser consideradas infrações penais, por afrontarem os bens jurídicos mais caros à sociedade. Ou seja, o Estado, além de definir violações, estabelece as sanções aplicáveis aos que forem por elas responsáveis.

Por sua vez, o direito de punir concreto, nas palavras de José Julio Lozano (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 34) é o direito que tem o Estado de punir aquele que praticou uma conduta descrita como criminosa na lei penal anteriormente criada.

Com efeito, duas fases são identificadas no exercício do direito de punir concreto. Na primeira, se define a culpa e se fixa a sanção aplicável ao infrator: é a fase da ação penal de conhecimento. Na segunda, a sanção penal é executada: é a fase da execução penal.

Tanto o direito de punir abstrato quanto o direito de punir concreto estão sujeitos a limites. O Estado não pode ser arbitrário na criação dos tipos penais, como não pode ser arbitrário na aplicação e na execução das penas, sujeitando-se aos princípios que regem o Direito Penal.

Destarte, a prescrição penal, deve observar, exclusivamente, o direito de punir concreto nas suas duas fases – na ação penal de conhecimento e execução penal. Disso decorrem as duas espécies prescricionais: da pretensão punitiva e da pretensão executória, a serem observados mais adiante.

Há que destacar, em consequência do poder de punir do Estado, que não é possível falar em prescrição penal sem que se faça referência à punibilidade. Afinal, aquela é uma das causas de extinção desta.

Jawsnicker (2012, p. 34) conceitua punibilidade como [...] a aplicabilidade da pena, ou seja, a possibilidade jurídica de se impor sanção ao autor do ilícito penal.

Noronha (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 35) explica que a punibilidade [...] é uma consequência do crime e não pode, portanto, considerar-se como seu elemento.

Nesse sentido, Damásio de Jesus (2012, p. 19) afirma que a punibilidade não faz parte do crime, sendo um fato típico e antijurídico. Assim, a punibilidade é consequência jurídica da prática do delito, por tratar-se de efeito jurídico e não de elemento ou requisito do crime, sua essência, salvo exceções da anistia e da *abolitio criminis*, que não apagam a infração penal.

Em que pese à punibilidade nascer com a prática do crime, porque este tem como consequência necessária a punição, é preciso observar que a ocorrência do crime nem sempre é suficiente para determinar a punibilidade respectiva. Às vezes, a aplicação depende da existência de outros pressupostos ou circunstâncias, conhecidos como condições objetivas de punibilidade e fundamentos excludentes da pena.

Na definição de Juarez Cirino dos Santos (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 35), condições objetivas de punibilidade consistem em determinados requisitos ou certos resultados cuja existência objetiva condiciona a punibilidade da ação típica, antijurídica e culpável.

Ainda, segundo Juarez Cirino dos Santos, os fundamentos excludentes de pena constituem circunstâncias cuja presença exclui a punibilidade já caracterizada de ações típicas, antijurídicas e culpáveis.

Cirino, ainda, traz, como exemplo, a imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (CF, art. 53), a relação de parentesco no favorecimento pessoal, (CP, art. 348, § 2º) e a relação de casamento, ascendência ou descendência natural ou civil, em face de crimes contra o patrimônio (CP, art. 181), entre outros.

Não obstante, existem ocorrências que determinam a extinção da punibilidade antes que o Estado tenha a oportunidade de exercer o direito de punir concreto. Tais ocorrências são denominadas causas de extinção da punibilidade, previstas no art. 107 do Código Penal.

Finalmente, é preciso registrar que o art. 107 do Código Penal não exaure as causas de extinção da punibilidade do Direito Penal brasileiro, pois existem outras que não estão previstas nesse dispositivo. No próprio Código Penal podem ser mencionados os seguintes exemplos: (a) o cumprimento do período de prova no *sursis* (art. 82) e no livramento condicional (art. 90); (b) a desistência voluntária e o arrependimento eficaz quanto à punição da tentativa (art. 15); e (c) o ressarcimento do dano no peculato culposo (art. 312, § 3º). Ainda, na legislação penal extravagante, o cumprimento do período de prova na suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89, § 5º) é exemplo de causa de extinção da punibilidade.

1.4 Natureza Jurídica

Considerando que a prescrição penal se encontra vinculado à ação penal, tem-se discutido doutrinariamente se o instituto pertence ao direito penal, ao processual penal ou a ambos.

Segundo Jawsnicker (2012, p. 38), essa definição tem importância prática. Se as normas de que regulam a prescrição são processuais, então a lei nova que amplia o prazo prescricional tem aplicação imediata, por força do art. 2º do Código Processo Penal. Por outro lado, se são normas de direito substantivo, segue-se que a lei nova mais gravosa não pode se aplicada, em obediência ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, inc. XXXIX: CP, art. 1º).

Para os irmãos Antônio Mossin e César Mossin (2010, p. 29), não existe nenhuma dificuldade em se estabelecer que a prescrição seja instituto precipuamente vinculado ao direito penal.

Evidentemente, ocorrendo à prescrição se extingue a persecução criminal em juízo (processo de conhecimento) ou desaparece também o direito de o Estado fazer com que a sanção da lei seja efetivamente cumprida (processo de execução).

As normas que servem de conteúdo ao processo, como instrumento utilizado para a composição do litígio, não ostentam, em seu bojo, diretrizes ligadas à perda do *ius puniendi*⁷ estatal.

Vale ressaltar, que a função primária do processo é tornar uma realidade o direito penal, uma vez que somente por intermédio dele é que a sanção pode ser imposta (*ius puniendi in concreto*). Assim, seu caráter é precipuamente instrumental, em nada interferindo no direito de punir em concreto do Estado.

Com isso, é forçoso convir que o instituto da prescrição não pertença ao campo do direito processual, nem de forma insulina nem de maneira mista.

⁷ Direito de punir

1.5 Os Fundamentos da Prescrição

A prescrição penal, explica Damásio (2012, p. 34), em face de nossa legislação, têm três fundamentos, quais sejam: (a) o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato); (b) a correção do condenado; e (c) a negligência da autoridade.

Próximos aos fundamentos de Damásio estão às teorias de Jawsnicker (2012, p. 40), os quais buscam definir o efeito da passagem do tempo sobre a pena, considerada em abstrato ou em concreto, dentre as quais se destacam:

A *teoria da prova* sustenta que com o passar do tempo ocorre à perda de substância da prova. Assim, sendo incerta a apuração dos fatos, torna-se precária a defesa do acusado e desaparece a possibilidade de uma sentença justa. Vale ressaltar que esse fundamento somente é aplicável à prescrição da pretensão punitiva, porquanto a prescrição da pretensão executória pressupõe uma sentença condenatória irrecorrível, ou seja, a prova já fora produzida.

A *teoria da readaptação social*, ou *da correção*, ou ainda, *da emenda*, considera desnecessária a punição, presumindo a emenda do infrator que não tenha cometido outro crime, durante um tempo mais ou menos longo.

A *teoria da expiação moral* também se baseia na presunção de que o autor do crime, no correr do tempo, tenha expiado a sua culpa, tendo em vista o sofrimento moral decorrente do remorso provocado pelo cometimento do crime.

Por sua vez, a *teoria do esquecimento*, para a sociedade, com o passar do tempo, esquece os crimes, inclusive os mais graves. Ou seja, com o esquecimento a pena não teria mais objetivo.

Aliado a *teoria do esquecimento*, situa-se a *teoria do interesse diminuído*, segundo a qual a prescrição tem como pressuposto o interesse de punir, que desaparece com o tempo, por meio do qual a pena perde seu sentido.

Ainda, para a *teoria psicológica*, o tempo elimina o nexo psicológico entre o fato e o agente, por meio da qual a punição perde seu valor e seu objetivo, porquanto deve ser aplicada quando o crime ainda estiver presente no espírito do réu e da sociedade, sob pena de não ter efeito algum.

E, por fim, a *teoria da extinção dos efeitos jurídicos*, o direito penal existe para reprimir o crime, visto como fato de efeitos antijurídicos, tanto materiais quanto morais. Assim, como o tempo faz desaparecer os efeitos antijurídicos do crime, também desaparece a necessidade de punição.

Vale destacar a observação feita por Zaffaroni e Pierangeli (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 42), segundo a qual, o fundamento da prescrição distingue-se de acordo com o posicionamento que assumir o autor quanto à teoria da pena, ou seja, sobre seu conceito de direito penal.

Com isso, verifica-se, que a inconstância das teorias que tentam explicar os fundamentos da prescrição penal, faz-nos concluir que ela, antes de ser pautada por razões de técnica judiciária, consiste em verdadeira construção de Política Criminal derivada de um sentimento de justiça relacionado à consciência de que o tempo, com sua ação modificadora de todos os acontecimentos humanos, se não os cancela, enfraquecem-nos enormemente.

1.6 Conceito

A Prescrição pode ser vista sob diversos prismas. Esses diferentes enfoques determinam a existência de diferentes conceitos de prescrição. Ou seja, o alcance de sua definição sempre foi um ponto muito discutido na doutrina, se a prescrição seria a renúncia do direito de punir ou seria a perda do direito de punir.

Basileu Garcia (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 36) ensina que [...] a prescrição é a renúncia ao direito do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo.

Nesse sentido, Jawsnicker (2012, p. 37) entende [...] que a prescrição representa a renúncia do Estado ao efetivo poder de punir. Ainda, observa que essa renúncia só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não no plano de sua aplicação após estar promulgada.

Por outro lado, Damásio de Jesus (2012, p. 33) entende tratar-se da perda do direito de punir

[...] a prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo. Ela se diferencia da decadência e da preempção, que também constituem causas extintivas da punibilidade, por atingir primeiramente o direito de punir do Estado e, em consequência, extingue o direito de ação.

Luis Regis Prado (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 37), nesse mesmo sentido, leciona que [...] a prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado.

Acrescente que há os que, ao conceituar a prescrição, enfatizam o efeito extintivo da punibilidade. Aníbal Bruno (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 37), por exemplo, afirma que [...] a prescrição no Direito Penal é esta ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime.

Em sentido mais completo, Jawsnicker (2012, p. 37) conceitua prescrição penal como

[...] um instituto de direito material que se constitui em causa extintiva da punibilidade, constituindo-se em um impedimento ao exercício do *ius puniendi* estatal pela inércia do *ius perseguendi in iudicio* ou do *ius executations*, por não ter exercido a pretensão punitiva ou a pretensão executória em tempo determinado, em virtude da ausência de interesse na apuração do fato punível, ou pela emenda do condenado pela via da ausência de reiteração delitiva.

Assim, do total de conceitos acima transcritos, aponta-se como elementos essenciais para conceituação de prescrição penal o seguinte: (a) o decurso do tempo, pelo lapso temporal previamente fixado; e (b) a inércia do Estado em exercer o Direito de Punir, por meio do qual se registra que a inércia não precisa ser completa, ou seja, pode acontecer que o Estado aja, mas de forma ineficaz e lenta, dando azo à ocorrência da prescrição.

2 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL

O segundo capítulo tem como objetivo abordar as espécies de prescrição penal, dividindo-se em Prescrição da Pretensão Punitiva e Prescrição da Pretensão Executória, analisando os efeitos dessas espécies no ordenamento jurídico.

Cezar Roberto Bitencourt (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 50) ensina que da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitonis* decorre a classificação da prescrição penal em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. São duas, portanto, as espécies de prescrição penal.

A primeira é a prescrição da pretensão punitiva, a qual se subdivide em prescrição abstrata, intercorrente e retroativa. Há, ainda, a prescrição antecipada, a qual não encontra amparo legal, porém, pode ser vista como modalidade de prescrição da pretensão punitiva.

A segunda é a prescrição da pretensão executória. Essa modalidade prescricional acarreta a perda do direito do Estado-Administração de executar a pena materializada na sentença penal irrecorrível.

2.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA OU EM ABSTRATO

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

Damásio de Jesus (2012, p. 39), demarcando seu limite conceitual exorta que

[...] na prescrição da punitiva, impropriamente denominada “prescrição da ação”, a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo.

A prescrição da pretensão punitiva encontra seu conteúdo normativo inserido no art.109 do Código Penal, lastreada na pena máxima abstratamente

cominada ao delito, verificada antes de transitar em julgado a sentença final do processo.

Sobre o tema Romeu de Almeida (*apud* Antônio Mossin, 2010, p. 42) observa que

[...] a lei determina que a prescrição da ação seja calculada com base no máximo da pena cominada ao delito, pena esta privativa de liberdade, segundo a regra do art. 109. É a chamada pena *in abstracto*. Essa pena é aplicada à tabela contida no próprio art. 109, encontra-se, dessa forma, o tempo que tem o Estado para promover as medidas necessárias para a apuração dos fatos até a sentença condenatória definitiva contra agente.

Demonstração gráfica⁸:



C= CRIME

SF= SENTENÇA FINAL

PPP= PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Com a demonstração gráfica acima, observa-se que, com a prática do crime (C), surge para o Estado a pretensão punitiva, entretanto, não tem o direito de exercer indefinidamente essa pretensão, devendo fazê-lo até a sentença final (SF). Significa que o Poder Judiciário tem um tempo fixado para apreciar a lide, não o fazendo, dentro do prazo estabelecido no art. 109 do Código penal, perde a pretensão punitiva.

O Art. 109 do Código Penal indica os prazos exigidos para a prescrição abstrata, como segue:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\)](#).

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;

⁸ Demonstração gráfica retirado da obra do autor Damásio de Jesus, Prescrição Penal, 2012, p. 201.

- 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.~~
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\).](#)

Como se denota, tais prazos foram regulados proporcionalmente de forma piramidal, para que assim, com os delitos com pena mais grave, fosse dado ao Estado um lapso temporal maior para o efetivo exercício do poder-dever de punir.

Celso Delmanto (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 52) observa que é [...] da própria natureza da prescrição que deve ela ser proporcional ao crime, de maneira que os mais leves prescrevem em menor lapso e os mais graves em maior espaço de tempo.

Com base nisso, o legislador instituiu o art. 118 do Código Penal, determinando que [...] as penas mais leves prescrevem com as mais graves.

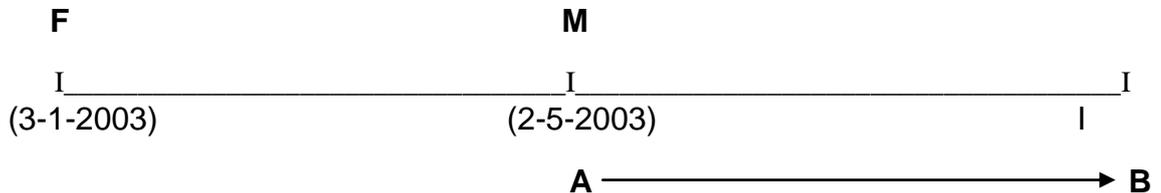
2.1.1 Termo Inicial da Prescrição em Abstrato

A prescrição da pretensão punitiva, de acordo com o art. 111 do Código Penal, começa a ser contado:

- a) do dia em que o crime se consumou;
- b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- d) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

O primeiro termo inicial estabelece que o prazo prescricional comece a correr da data em que o crime se consumou. Assim, nos crimes materiais, seja comissivos ou omissivos impróprios, o prazo prescricional tem início na data da produção do resultado, ainda que outro tenha sido realizado a conduta.

Nesse sentido Damásio de Jesus (2012, p. 67) traz alguns exemplos gráficos para melhor ilustração do conteúdo, além das explicações de outros termos iniciais:



F= FATO

M= MORTE DA VÍTIMA

PPP= PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A→ B= SENTIDO DO PERCURSO DA PPP

Assim, o sujeito, no dia 3-1-2003, com intenção de matar, desfira golpes de punhal na vítima, que só vem a morrer em 2-5-2003. A prescrição não começa a correr em 3 de janeiro, mas em 2 de maio.

Nos delitos comissivos a consumação ocorre na data da conduta negativa, momento em que começa a correr o prazo prescricional. Nos de mera conduta, como a violação de domicílio (art. 150), a prescrição tem seu termo *a quo* na data do comportamento. Nesse caso, na data da entrada ou permanência ilícita.

No delito culposos de resultado⁹, a prescrição tem início no dia de sua produção. Nos culposos de mera conduta, sejam omissivos ou comissivos, na data do comportamento.

Nos delitos preterdolosos¹⁰, na data de produção do resultado. Na tentativa, no dia de realização do último ato executório (art. 111, II). No delito permanente a prescrição somente tem início na data da cessação do comportamento delituoso

⁹ O **delito culposos** consiste numa conduta voluntária que realiza um fato ilícito não querido pelo agente, mas que foi por ele previsto (*culpa consciente*) ou lhe era previsível (*culpa inconsciente*) e que podia ser evitado se o agente atuasse com o devido cuidado.

¹⁰ O **delito preterdoloso** caracteriza-se quando o agente pratica uma conduta dolosa, menos grave, porém obtém um resultado danoso mais grave do que o pretendido, na forma culposa. Explicando, um sujeito pretendia praticar um assalto, porém, por erro ao manusear a arma, acaba atirando e matando a vítima. Nesse caso o agente agiu com a intenção de roubar (conduta dolosa) e por imprudência acaba matando a vítima (conduta culposa), respondendo ele por ambos, desde que se caracterize pelos menos a culpa no resultado.

(CP, art. 111, III)¹¹. Todavia, se persistir após o início da persecução criminal, o prazo prescricional não começa a correr.

No crime habitual o prazo tem início na data do último ato delituoso. No delito continuado, a prescrição tem início na data da realização de cada crime, considerado isoladamente (CP, Art. 119).

Exemplo:



TIPPP= termos iniciais da prescrição da pretensão punitiva
A, B etc.= datas das práticas dos diversos furtos

Do gráfico, suponha-se que o sujeito, em dias seguidos, dentro de pequeno lapso temporal, subtraia bens da mesma vítima, havendo entre os fatos os requisitos da continuação (CP, art. 71, *caput*).

A prescrição nesse caso deve ser regulada em relação a cada delito parcelar, considerado isoladamente. Assim, cada crime tem sua pena regulada pelo seu respectivo prazo prescricional, desprezando-se o acréscimo de um sexto a dois terços, de maneira que, no exemplo acima, cada um dos cinco furtos tem seu termo inicial de prescrição nos pontos A, B, C, D e E.

Os crimes de bigamia (CP, art. 235) e de falsificação ou alteração de assentamento no registro civil (CP, art. 299, par. Único) recebem tratamento especial, no que tange à data de início do prazo prescricional. Segundo preceitua o inc. IV do art. 111, o prazo prescricional de tais crimes se inicia quando “o fato se tornou conhecido”.

¹¹ O STF entende que o crime de quadrilha ou bando, de natureza permanente, o prazo prescricional tem início na data da prática do primeiro delito e não na data de sua organização (RTJ, 116:5515) e que a data do recebimento da denúncia constitui o termo inicial (HC 71.368, 1ª turma, RT, 718:512).

Jawsnicker (2012, p. 60) observa que essa expressão [...] não significa que o fato seja conhecido pela autoridade pública, mas sim que tenha conhecimento presumido do uso ostensivo da certidão falsa.

Para José Júlio Lozano Jr. (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 60), invocando a lição de Basileu Garcia, [...] o prazo só corre quando o fato se torna conhecido da autoridade pública que possa iniciar as providências repressivas, com a ressalva de que a autoridade não pode alegar ignorância quando o crime é notório, sendo nesses casos, presumido o conhecimento.

Vale frisar que no caso de incerteza quanto o termo inicial do prazo prescricional, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*. Nesse sentido, a lição de Vincenzo Manzini (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 60-61), [...] a dúvida em relação ao dia da consumação ou da tentativa do crime deve resolver-se no sentido mais favorável à liberdade. Portanto, recaindo a dúvida entre um dia mais distante e um mais próximo no momento presente, será de escolher-se o primeiro.

Todavia, no caso de absoluta incerteza quanto à data do crime, Antônio Rodrigues Porto (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 61) defende que [...] o prazo prescricional deve ser contado a partir do dia anterior àquele em que se teve notícia do delito, embora eventualmente o acusado possa ser prejudicado com isso, pois maior culpa lhe cabe por não oferecer elementos que permitam retroceder o termo inicial.

2.1.2 Períodos Prescricionais

Os prazos prescricionais da pretensão punitiva podem ser alegados nos seguintes períodos¹²:

1º) entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou queixa;

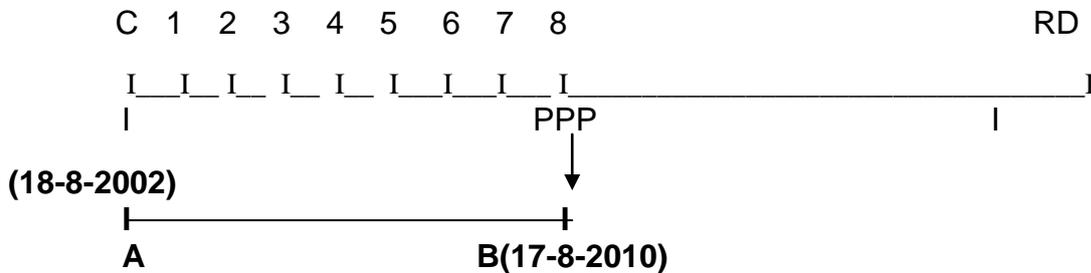
2º) entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a da publicação da sentença final;

3º) a partir da publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis (Lei n. 11.596/2007).

¹² Esses prazos e exemplos foram retirados da obra Prescrição Penal, do autor Damásio de Jesus, 2012, p. 51.

A prescrição penal da pretensão punitiva entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia:

Demonstração gráfica:



C= Crime de apropriação indébita simples, descrito no art. 168, *caput*, do CP: pena privativa de liberdade, reclusão, de um a quatro anos.

RD= Recebimento da denúncia

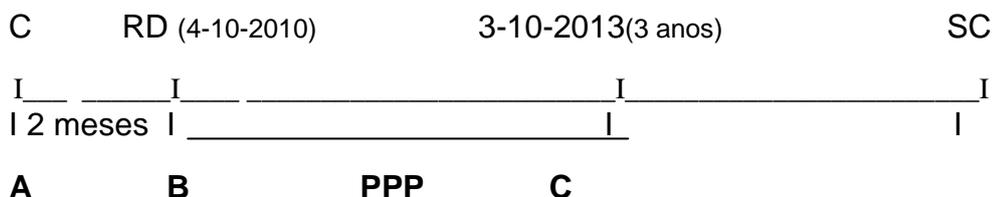
PPP= Prescrição da pretensão punitiva

A---B= Período prescricional

Do exemplo acima, o sujeito, no dia 18-8-2002, comete o crime de apropriação indébita simples, definido no art. 168, *caput*, do CP, o qual tem pena de reclusão de 01 a 04 anos. Neste caso, o prazo prescricional da pretensão punitiva é de oito anos, nos termos do art. 109, IV, do mesmo estatuto. De modo que no ponto B, em 17-8-2010, às 24 horas, decorre o prazo prescricional da pretensão punitiva (PPP), extinguindo-se a punibilidade. Posteriormente a essa data não pode ser instaurado o inquérito policial nem recebida eventual denúncia. Se oferecida, deve ser rejeitada.

Por sua vez, a prescrição da pretensão punitiva com decurso do prazo se dará a partir da data do recebimento da denúncia ou queixa:

Demonstração gráfica:



C= Crime de ameaça, descrito no art. 147 do CP. Pena: detenção, de um a seis meses.

RD= Recebimento da denúncia

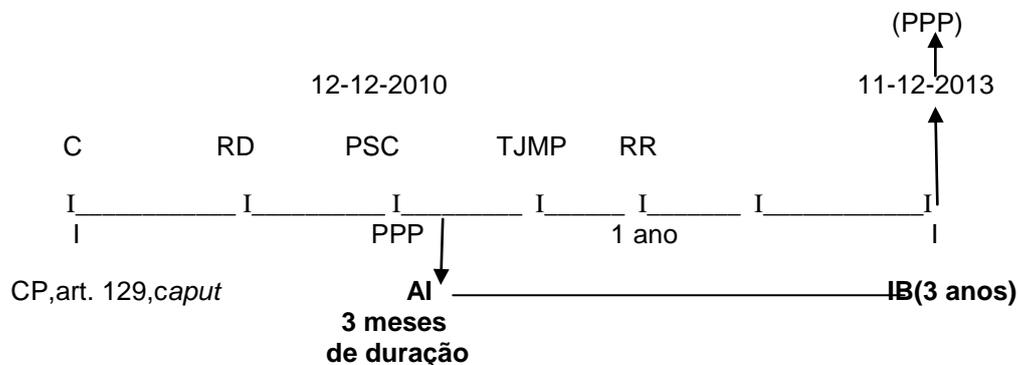
SC= eventual Sentença condenatória

PPP= Prescrição da pretensão punitiva

B---C= período prescricional

Suponha-se que o sujeito seja processado por crime da ameaça, definido no art. 147 do CP, cuja pena máxima é de seis meses de detenção. O prazo prescricional, neste caso, é de três anos (CP, art. 109, VI). Recebida a denúncia no dia 4-10-2010(RD), a prescrição da pretensão punitiva ocorre no dia 3-10-2013, entre os pontos B e C. De modo que a partir dessa data, fica extinta a punibilidade, deve ser encerrado o processo sem julgamento do mérito da imputação.

Exemplo de prescrição da pretensão punitiva superveniente à sentença condenatória:



C= Crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*)

RD= Recebimento da denúncia

PSC= Publicação da Sentença ou acórdão condenatório recorrível.

TJMP= Trânsito em Julgado para o Ministério Público

RR= Recurso do Réu

PPP= Prescrição da pretensão punitiva

A---B= Prazo prescricional da pretensão punitiva (PPP)

Processado pelo crime de lesão corporal leve, o réu vem a ser condenado a três meses de detenção, com publicação da sentença em 12-12-2010 (PSC). Transitado em julgado a decisão para o MP (TJMP) ou sendo desprovido a sua apelação e apelando o réu (RR), deve ser aplicado o disposto no art. 110, § 1º, do CP: o prazo prescricional, a partir da publicação da sentença, é regulado pela pena imposta. Como esta é inferior a um ano (o lapso temporal é três anos), o Estado vê extinta a pretensão punitiva no ponto B, em 11-12-2013. Significa que a partir do ponto B o Estado não pode mais julgar, agora em grau de apelação, o mérito da

imputação. Em consequência, sem entrar no mérito, o Tribunal deve declarar a extinção da punibilidade.

2.2 DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Levando-se em consideração o que restou pela Lei n.º 12.234, 5 de maio de 2010, que alterou as redações dos arts. 109 e 110, do Código Penal, torna-se necessária, para uma análise mais adequada, a reprodução desses textos legais, em sua forma primitiva e na alterada.

O antigo art. 109 do Estatuto de regência continha a seguinte redação [...] 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 (...).

Com a nova redação, o dispositivo passou a ter a seguinte redação: [...] A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade (...).

O que se nota, fazendo uma comparação entre os dispositivos citados acima, é que o texto legal exclui a incidência do § 2º do art. 110, do Código Penal, o qual tinha a seguinte redação: [...] A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

Para que não reste dúvida, foi acrescido na parte final do § 1, do art. 110, que cuida da prescrição superveniente, o seguinte conteúdo normativo: [...] não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Dessa forma, a nova legislação não permite mais que ocorra a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, no período que medeia entre a data em que se consumou o crime e a do recebimento da denúncia, que funciona como causa interruptiva do espaço que irá prescrever. Cuidava-se, assim, da modalidade prescricional retroativa ocorrida na etapa de investigação criminal.

Agora, como será considerada posteriormente, a prescrição retroativa terá incidência única e exclusivamente quando a mesma se verificar entre a data do

recebimento da denúncia até a prolação da sentença condenatória. Assim, essa espécie extintiva da punibilidade só tem aplicação se ocorrer na instrução processual, ou seja, na fase judicial.

Vale frisar que, em comparação com as legislações de outros países, verifica-se que em nenhum deles existe a prescrição retroativa levando-se em consideração a data em que o crime se consumou até a data do recebimento da denúncia ou queixa.

Na realidade, diz Júlio César Mossin (2010, p. 51)

[...] essa forma anormal e injustificável de prescrição adveio de equivocada construção jurisprudencial, fazendo com que a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação (preclusão das vias recursais), ou em relação à qual somente o acusado tivesse recorrido, se projetasse para tempo anterior ao marco interruptivo previsto no art. 117, inciso I, do Código Penal. *In casu*, têm-se em consideração prazos anteriores à própria sentença.

A prática forense está a demonstrar, principalmente em se cuidando de infração penal de porte médio, que aquela forma de prescrição retroativa, agora banida da legislação nacional, somente concorria para um aumento maior e crescente da impunidade.

Adotar regra legal, ou em sentido contrário, é o mesmo que retirar por completo a função da causa interruptiva da prescrição prevista no art. 117, inciso I, do CP. (Antônio Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 52)

Nesse sentido, Nelson Hungria (*apud*. Antônio Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 52) aduz que [...] querer utilizar o tempo anterior à última causa interruptiva, vale o mesmo que pretender ressuscitar um defunto ou extrair substância do vácuo.

Assim, com a reforma do instituto da prescrição, o legislador não só nivelou a legislação nacional a outras também progressistas, como também acabou por desfazer os equívocos patrocinados por posicionamentos pretorianos não recomendáveis, gerando como consequência a correção de anomalia legislativa, fundamentadamente ilógica, que sempre conduziu à impunidade de autores que praticam crimes de gravidade média.

2.2.1 Contagem do Prazo da Prescrição Retroativa

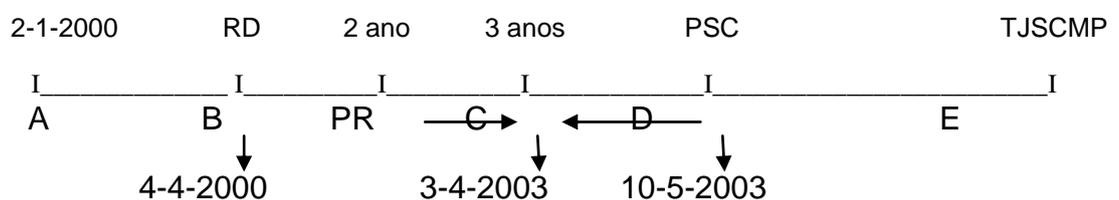
A contagem do prazo prescricional¹³ se dá com o trânsito em julgado para a acusação ou quando improvido o seu recurso, verificando-se o *quantum* da pena imposta na sentença condenatória. Após, ajusta-se tal prazo num dos incisos do art. 109 do CP, onde encontrado o seu respectivo prazo prescricional, procura-se enquadrá-lo entre dois polos: a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível. Assim, se o prazo prescricional couber, contado retroativamente, entre a data em que a sentença condenatória foi publicada e a em que houve o recebimento da denúncia, caberá a extinção da punibilidade.

Para melhor compreender a contagem do prazo da prescrição retroativa, vale acrescentar a demonstração gráfica de Damásio de Jesus (2012, p. 148).

Exemplo:

Processado por lesão corporal leve (CP, art.129, *caput*), o sujeito vem afinal a ser condenado ao mínimo legal, três meses de detenção. A sentença condenatória transita em julgado para a acusação. Apelando ou não o réu, pode ser averiguado se ocorreu a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Suponha-se que a denúncia tenha sido recebida em 4-4-2000, vindo a ser publicada a sentença em 10-5-2002.

Demonstração Gráfica:



A= data do crime de lesão corporal leve (2-1-2000)

RD= data do recebimento da denúncia

PSC= data da publicação da sentença condenatória

¹³ Damásio de Jesus, 2012, p. 147.

TJSCMP= data do trânsito em julgado da sentença condenatória para o MP
PR= prescrição penal

A partir da data da ocorrência do crime estava correndo o prazo prescricional da pretensão punitiva. Como esta é de um ano de detenção, regulado pelo máximo da pena, tal prazo era de quatro anos (CP, art. 109, V). Passado três meses da data do fato, a denúncia foi recebida (4-4-2000), interrompendo-se o prazo prescricional de quatro anos (CP, art. 117, I). E, a partir da data em que a denúncia foi recebida, outro prazo de quatro anos começou a correr (CP, Art. 117, § 2º). Pouco mais de três anos, porém, contados do recebimento da denúncia, foi publicada a sentença condenatória (10-5-2002). Houve nova interrupção do prazo prescricional de quatro anos. No momento em que transitou em julgado a sentença condenatória para o MP, ou improvido o seu recurso, surgiu a possibilidade de ser verificada a ocorrência da prescrição retroativa. E ela realmente ocorreu. Condenado o réu a três meses de detenção, o prazo prescricional de três de anos, decorreu o triênio entre a data do recebimento da denúncia (4-4-2000) e a da publicação da sentença condenatória (10-5-2003). Significa que a extinção da punibilidade ocorreu no dia 3-4-2003, três anos do recebimento da denúncia.

2.3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, SUPERVENIENTE OU SUBSEQUENTE

A prescrição penal superveniente tem amparo legal no § 1º, do art. 110, do Código Penal, *in verbis*: [...] A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada (...).

Diz-se superveniente porquanto seu lapso temporal é contado para frente, progressivamente, a partir da sentença do juiz que deu acolhimento à pretensão punitiva.

Nesse sentido, Heráclito Mossin e Júlio Mossin (2010, p. 90),

[...] a prescrição intercorrente também leva em consideração a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória. As prescrições retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa se volta para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, de regra, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível.

Não diferente do ocorre com a prescrição retroativa, trata-se de modalidade de prescrição que incide na prescrição da pretensão punitiva ou da ação, apesar de haver a imposição de forma concreta de sanção penal, tendo em vista que qualquer tipo de prescrição ocorrida antes do trânsito da sentença condenatória incide sobre a pretensão punitiva do Estado ou da ação.

Celso Delmanto (*apud* Heráclito Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 90) destaca bem a característica dessa modalidade de prescrição:

[...] Neste § 1º está inscrita outra forma de prescrição, denominada subsequente à sentença condenatória. Por expressa ressalva e remissão do precedente art. 109 do CP, trata-se, ainda aqui, da espécie prescrição pretensão punitiva (ou da ação). Isto porque a referida forma prescricional ocorre ainda antes de transitar em julgado a sentença final. Embora a sentença seja condenatória, ela não chegou a se tornar definitivo, pois lhe cabe recurso, isto é, ela ainda não passou em julgado para acusação de defesa.

Conclui-se, dessa maneira, que para efeito do cômputo do prazo prescricional não se leva em conta a sanção penal máxima abstratamente cominada, e sim o *quantum* proferido na prestação jurisdicional.

2.3.1 Contagem do Prazo da Prescrição Superveniente

Para o fim de contagem do lapso temporal, leva em consideração o aplicado no disposto do art. 109 do Código Penal, que é regra de contabilização da prescrição antes de transitar em julgado a sentença.

Luis Regis Prado (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 56) exemplifica: [...] se o réu for condenado a seis meses de detenção- transitada em julgado a sentença para a acusação- e o tribunal vier a ser julgar a sua apelação após dois anos da publicação da decisão condenatória, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva superveniente.

Verifica-se, pelo normatizado no § 1º do regramento legal abordado, que o prazo prescricional superveniente começa a correr a partir da sentença condenatória, até seu trânsito em julgado para a acusação e para a defesa. Todavia, e vale ressaltar, que o marco inicial para a contagem do lapso prescricional, deve ser entendido a expressão “a partir da data da publicação decisão”, conforme o art. 389

do Código de Processo Penal, *in verbis*: [...] a sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro próprio.

Por outro lado, há que se ter cuidado com a redação do art. 110 do Código Penal, em razão da não possibilidade de levar em conta o adicional de um terço no caso do réu ser reincidente, porquanto este só se aplica na hipótese da prescrição da pretensão executória.

Nesse entendimento, Celso Delmanto (*apud* Heráclito Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 92) afirma que,

[...] nos casos de prescrição subsequente à sentença condenatória (ou superveniente à condenação) e de prescrição retroativa (§ 1º do art. 110), a reincidência em nada interfere, pois tais formas prescricionais pertencem à espécie da pretensão punitiva.

Ainda, o art. 110 do Código Penal regula a prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória, o que, efetivamente, não acontece nem com a prescrição retroativa muito menos com a superveniente.

Nesse entendimento, Heráclito Mossin e Júlio Mossin (2010, p. 93) explica é isso que se impõe de maneira inexorável, porquanto não se pode, por extensão, aplicar regra penal que venha prejudicar o beneficiário pela extinção da punibilidade, matéria de ordem pública, que não admite, em qualquer circunstância, a provocação de gravame.

Não obstante, há posição doutrinária contrária. Mirabete (*apud* Heráclito Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 93), por exemplo, defende que,

[...] no caso da prescrição da pretensão punitiva com base na pena em concreto, entendia-se que, mesmo sendo o réu reincidente, o prazo não era aumentado um terço, aumento esse que incidia apenas no prazo da prescrição apenas no prazo da prescrição previsto no art. 110, *caput*. Entretanto, em recentes julgados, tem-se adotado melhor orientação, no sentido de que tal aumento refere-se também à prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou retroativa. Isso porque, embora se tratando de prescrição da pretensão punitiva, essas espécies estão disciplinadas nos §§ 1º e 2º do art. 110, que, em seu *caput*, prevê o aumento do prazo da prescrição para o reincidente, não se podendo dissociar os parágrafos do artigo correspondente.¹⁴

¹⁴ Embora o § 2º do art. 110 tenha sido revogado, isso não afasta o acerto da doutrina.

Acertada ou não o entendimento contrário de Mirabete, o balizamento correto encontra-se inserido na Súmula 200 do Superior Tribunal de Justiça, cujo conteúdo está consolidado nos seguintes termos: [...] A reincidência não flui no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Verifica-se, assim, que o entendimento mais lógico e correto é que a prescrição retroativa e a superveniente dizem respeito à prescrição da pretensão punitiva, afastando o entendimento de que essa majorante não pode incidir na contagem do prazo prescrite a elas relativo, mas somente e exclusivamente na prescrição da pretensão punitiva.

2.4 CAUSAS SUSPENSIVAS e INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO PENAL

Nas causas suspensivas o prazo prescricional não tem curso durante certo período, como se tivesse um intervalo, recomeçando a correr quando de seu término. Caracteriza-se pela circunstância de, cessada a causa suspensiva, recomeçar a ter curso o prazo prescricional aproveitando o lapso anteriormente decorrido¹⁵.

Encontram-se previstas no Código Penal em seu art. 116, *in verbis*:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

A primeira causa impeditiva dispõe que a prescrição não corre enquanto não for resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. Ou seja, havendo questão prejudicial, obrigatório ou facultativo, suspende-se o curso da ação penal até que a controvérsia seja dirimida pelo juízo cível (art. 92 a 94).

¹⁵ Damásio de Jesus, 2012, p. 85.

Heleno Cláudio (*apud* Jawsnicker, 2010, p. 90) exemplifica: [...] no crime de bigamia, se o acusado se defende alegando a nulidade do casamento anterior, o juiz suspende o andamento da ação penal até que se decida no cível sobre a validade do casamento, pois dela depende a existência do crime.

O inc.II, por sua vez, cuida do cumprimento de pena no estrangeiro, circunstância que impede o curso do prazo prescricional. De acordo com Cezar Roberto Bittencourt (*apud* Jawsnicker, 2010, p. 67) [...] o fundamento político-jurídico dessa causa suspensiva é que durante o cumprimento da pena no estrangeiro não se consegue a extradição do delinquente. E a pena em execução pode ser tão ou mais longa que o próprio lapso prescricional do crime cometido.

Vale registrar que a enumeração legal é taxativa, não admitindo ampliação, salvo diante de outra disposição legal em sentido expresso, a seguir exposto¹⁶:

a) Durante o período de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n.º9099/95. Nos crime cuja pena mínima não seja superior a um ano, o Ministério Público propõe ao acusado a suspensão condicional do processo, observados alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva, e por determinado período de tempo. Superado este período sem que o imputado dê causa a sua revogação é extinta sua punibilidade, caso contrário, o processo retomará seu curso. É justamente durante este período, onde se analisará a revogação ou não do benefício e o descumprimento das condições impostas ao réu que o curso da prescrição fica suspenso.

b) Acusado citado por edital, não comparece, nem constitui advogado, consoante o artigo 366 do Código de Processo Penal. A redação deste artigo foi dada pela lei n.º9.271/96 que visa dar maior ênfase ao princípio da verdade real, da ampla defesa e do contraditório. Todavia, notou-se que sua aplicação irrestrita e literal tornava qualquer crime imprescritível, contrariando assim, a Constituição Federal.

¹⁶ Prescrição Penal Antecipada, disponível em: www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx. Acessado em 29 de agosto de 2014.

Nesse sentido, a solução apresentada por Damásio e majoritária no STJ, resolve perfeitamente a questão, respeitando a Constituição Federal, vejamos:

[...] O prazo de suspensão da prescrição não pode ser eterno. Caso contrário, estaríamos criando uma causa de imprescritibilidade. As hipóteses que não admitem a prescrição então enumerada na CF (art. 5º, XLIV), não podendo ser alargadas pela lei ordinária. Ora, permitindo-se a suspensão da prescrição sem limite temporal, esta, não comparecendo o réu em juízo, jamais ocorreria, encerrando-se o processo somente com sua morte, causa extinta da punibilidade (CP, art. 107, I). Se, em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que, diante da revelia, pudesse exercê-la indefinidamente. Por isso, entendemos que o limite da suspensão do curso prescricional corresponde aos prazos do art. 109 CP, considerando-se o máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente. Assim, p.ex., suspensa ação penal por crime de lesão corporal leve, o impedimento do curso prescricional tem o termo máximo de quatro anos (CP, art. 109, V), i. é., o prazo prescricional da pretensão punitiva só pode ficar suspenso por quatro anos. Nesse limite, recomeça a ser contado o lapso extinto, que é de quatro anos, considerada a pena máxima abstrata, computando-se o tempo anterior à suspensão. Cremos constituir um critério justo. Se, para permitir a perda da punibilidade pela prescrição o legislador entendeu adequados os prazos do art. 109, da mesma forma devem ser apreciados como justos na disciplina da suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva.¹⁷

c) Acusado que se encontra no estrangeiro, em lugar sabido, e é citado por rogatória tem o prazo da prescrição suspenso até o cumprimento da carta (artigo 368 do Código de Processo Penal).

d) Enquanto o acusado cumpre pena por outro crime, conforme estatui o artigo 116, parágrafo único, do Código Penal. Impende advertir que a instauração de insanidade mental suspende o processo, mas não o prazo da prescrição.

Por sua vez, diferentemente das causas suspensivas, nas causas interruptivas o prazo decorrido anteriormente é considerado sem efeito, retornando a contagem novamente a partir da data ensejador da interrupção.

Nesse entendimento, Celso Delmanto (*apud* Heráclito Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 119) deixa claro que [...] é característica das causas interruptivas da prescrição que, cada uma delas, recomeça por inteiro a contagem do prazo prescricional, perdendo-se o tempo decorrido antes dela.

Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete (*apud* Heráclito Mossin e Júlio Mossin, 2010, p. 120) traz a preciosa lição, quando ressalta que,

¹⁷ Damásio de Jesus, 2012, p. 90-91.

[...] estando em curso o prazo da prescrição, pode ela vir a ser obstada pela superveniência de determinadas causas, prevista no art. 117, e, ocorrendo uma delas, o prazo anteriormente transcorrido – salvo a hipótese de prescrição intercorrente ou retroativa – perde sua eficácia. Começa a fluir, portanto, novo e independente prazo prescricional, não se podendo ignorar essas causas de interrupção. As causas interruptivas existem porque são atos que a lei selecionou como demonstração de um exercício do poder punitivo, incompatíveis com uma demonstração de renúncia do Estado ao *jus puniendi*.

Essas causas interruptivas estão previstas no art. 117 do Código Penal, *ipsis litteris*:

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 condenatório recorrível;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

A primeira causa interruptiva do espaço temporal é a publicação do despacho do recebimento da denúncia ou queixa, por meio da qual se formaliza a interrupção da prescrição.

O recebimento da preambular, por intermédio de decisão interlocutória mista, marca o exato momento em que a ação é ajuizada. Para que isso ocorra, é indispensável que estejam presentes os seus pressupostos processuais, suas condições (art. 43 CPP) e seus requisitos (art. 41 CPP), bem como que haja justa causa para a persecução criminal em juízo, o que ocorre quando há comprovação da prática delitiva, normalmente indicada pela constatação material do delito e por indícios suficientes da autoria, ou seja, que haja probabilidade de a pessoa apontada ser o sujeito ativo do fato punível¹⁸.

Vale ressaltar que, em regra, o recebimento do aditamento da peça inicial acusatória não interrompe novamente a prescrição. Todavia, se incluir ou versar sobre um novo delito a interrupção só ocorrerá com relação a este novo crime.

Outrossim, se o recebimento da petição inaugural da ação penal se der em juízo incompetente, não há que se falar em interrupção da prescrição, uma vez que se trata de ato ineficaz, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal.

¹⁸ Heráclito Mossin e Júlio Mossin, Prescrição Penal em matéria criminal, 2010, p. 121.

O inciso II prevê a interrupção da prescrição pela pronúncia. Esta é a decisão que decide que o réu deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, aplicando-se, portanto aos crimes dolosos contra a vida e conexos.

Nesse sentido, a súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça [...] a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

Ademais, a decisão que desclassifica, ou impronuncia ou absolve sumariamente o réu não interrompe a prescrição.

A sentença processual de pronúncia pode ser atacada por intermédio de recurso em sentido estrito (art. 581, inciso IV, CPP).

Improvido o recurso em sentido estrito, ajuizada pela defesa, o acórdão confirmatório da pronúncia também tem efeito de interromper o lapso prescricional. Neste caso, na data em que houve a sessão de julgamento, quando então a decisão se torna pública, houve nova causa de interrupção do lapso prescricional.

Destarte, na data posterior à interrupção da prescrição se inaugura um novo espaço temporal, que fluirá até o julgamento do recurso em sentido estrito, oportunidade em que esse prazo cessará, impondo-se uma nova contagem que irá até a sentença condenatória recorrível¹⁹.

Ainda, ocorrerá a interrupção na data da publicação da sentença ou no acórdão condenatório recorrível (inciso IV, com a redação da Lei 11.596/07).

De outro lado, o inciso V apresenta a interrupção da prescrição pelo início ou continuação do cumprimento da pena, relacionando-se esta causa de cessação com a prescrição da pretensão executória. Verifica-se quando o sujeito vai iniciar o cumprimento de uma pena que lhe fora imposta por sentença penal condenatória ou quando reinicia seu cumprimento.

Acrescente-se que no caso de evasão ou fuga o prazo considerado será o tempo restante da pena, nos termos do artigo 113 do Código Penal.

Finalmente, preceitua o inciso VI que a prescrição interrompe-se pela reincidência. Cumpre salientar que a reincidência deve ocorrer depois da condenação, uma vez que no caso em que a reincidência ocorrer antes da

¹⁹ Heráclito Mossin e Júlio Mossin, Prescrição Penal em matéria criminal, 2010, p. 131.

condenação, será aplicado o disposto no artigo 110 do Código Penal e ocorrerá somente um aumento do prazo prescricional.

3 PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA

No terceiro e último capítulo será abordado o tema principal do trabalho em análise, que versa sobre o instituto da prescrição penal antecipada. Com essa espécie de prescrição penal da pretensão punitiva verificar-se-á a possibilidade de ser aceito no ordenamento jurídico brasileiro para fins de economia/celeridade processual, analisando-se o seu conceito, argumentos favoráveis e contrários, além da pesquisa de campo realizada no Ministério Público Federal, como componente do estudo de caso.

3.1 CONCEITO

A Mitologia Grega nos ensina que Sísifo, por haver traído Zeus, denunciando-o como raptor de Egina, filha de Asopo, deus-rio, foi pelo senhor dos deuses precipitado nos infernos, onde se lhe impôs o castigo de rolar eternamente uma enorme pedra na subida de uma vertente, mal a pedra atingia o pico, voltava a cair mercê do seu próprio peso e o trabalho tinha de recomeçar.

Afigura-se Sísifo, como exemplo de labor infrutífero, operário de trabalho em vão, agente de esforços inúteis.

Baseado nesta passagem da Mitologia Grega, José Osterno Campos de Araújo²⁰ defende que o reconhecimento da prescrição antecipada é acima de tudo uma forma de se evitar trabalho inútil e fadado ao insucesso na seara jurídica.

Conhecida como prescrição em perspectiva, projetada ou virtual, a prescrição antecipada não está prevista na legislação brasileira, haja vista tratar-se de construção recente da doutrina e da jurisprudência pátria.

José Julio Lozano Jr. (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 89) conceitua desta forma:

[...] a prescrição antecipada consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido.

No entendimento de Antonio Lopes Baltazar²¹, a prescrição antecipada é o [...] reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração

²⁰ **Revista Intellectus Ano IX N°. 24-** Prescrição Penal Antecipada, disponível em: www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx. Acessado em 01 de dezembro de 2014.

²¹ LOPES, Antônio Baltazar, Prescrição Penal, 2003, p. 107.

de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade.

Oswaldo Palotti Júnior (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 89), por sua vez, entende que a prescrição antecipada [...] constitui o reconhecimento da prescrição retroativa, tomando-se por base a pena que possível ou provavelmente seria imposta ao réu no caso da condenação.

Para ilustrar o entendimento, Jawsnicker exemplifica²² a questão, *in verbis*: **A** foi denunciado por desacato (CP, art. 331), crime que prescreve em 4 (quatro) anos, uma vez que o grau máximo da pena privativa de liberdade cominada é 2 (dois) anos (CP, art. 109, inc.V). Ao analisar o processo, o juiz constata que **A** é primário e tem bons antecedentes e que não existem agravantes ou causas de aumento da pena. Além disso, constata que já se passaram mais de 2 (dois) anos desde a data da consumação do crime. Com base nessas constatações, o juiz conclui que, ainda que **A** fosse condenado, a sua pena não ultrapassaria o mínimo legal, ou seja, 6 (seis) meses. Como uma pena de 6 (seis) meses prescreve em 2 (dois) anos (CP, art. 109, inc.V), o juiz deixa de receber a denúncia, reconhecendo antecipadamente a prescrição retroativa.

Nota-se acima que o juiz reconheceu a prescrição antes mesmo de receber a denúncia, porém outras situações podem ocorrer. O Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia e requerer o arquivamento do feito em face do reconhecimento antecipado da prescrição. Ainda pode se reconhecer à prescrição antecipadamente no curso do processo, a pedido do representante do *Parquet*, da defesa ou de ofício pelo próprio magistrado.

Rubens de Paula (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 89) observa que o principal efeito da prescrição antecipada é a extinção da punibilidade, o que impede o julgamento do mérito como ocorre na prescrição punitiva pela pena em abstrato e consequentemente inexistirá pena e todos os efeitos dela decorrentes.

Em que pese timidamente reconhecido no direito pátrio, a prescrição penal antecipada ainda causa divergência entre os juristas brasileiros, mas baseado nas informações aqui dispostas, chegaremos a uma conclusão lógica e fundamentada sobre o tema, conquanto a verificar se tal instituto serve de instrumento para a economia/celeridade processual.

²² Prescrição penal antecipada, p. 89.

3.2 A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O INTERESSE DE AGIR

No plano da teoria geral do processo, existem três condições essenciais do direito de ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse processual ou interesse de agir.

A prescrição antecipada encontra seu principal argumento na falta de interesse processual ou interesse de agir, que acarreta a carência da ação por ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal.

José Frederico Marques Paula (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 94) assevera que [...] existe interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível a situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza a formulação adequada à satisfação do interesse adequado, não atendido ou tornado incerto. O interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável.

Nesta mesma seara manifestam-se, Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho²³

[...] O primeiro requisito do interesse de agir é a *necessidade* ou *utilidade* do uso das vias jurisdicionais; o segundo é a *adequação* do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei.

E acrescentam²⁴

[...] pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a ideia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir).

Ainda, na visão de Humberto Teodoro Junior (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 94), verifica-se o interesse processual [...] não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma

²³ **Revista Intellectus Ano IX N°. 24-** Prescrição Penal Antecipada, disponível em: www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx. Acessado em 04 de dezembro de 2014.

²⁴ A necessidade de reconhecimento da prescrição penal pela pena em perspectiva, disponível em: www.cazadvogados.com/publicacoes/prescricao.pdf, acessado em 10/12/2014.

necessidade. Vale dizer, o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica.

Igualmente, cumpre-nos transcrever a lição de Enrico Tullio Liebman Paula (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 94) sobre o assunto:

[...] o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido porque não admitido pela lei.

Considerando os conceitos acima, Maurício Antonio Ribeiro Lopes Paula (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 95), em seu exaustivo estudo sobre a questão, afirma que [...] os processualistas penais são unânimes ao relatar as condições da ação, tal como postas pela doutrina processual-civilística, tem integral aplicação no espectro do direito processual penal, apenas acrescentando que, às condições gerais, devem ser somadas as condições especiais, notadamente as de procedibilidade.

Nesse sentido, Fernando da costa Tourinho filho (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 95) destaca que as condições da ação do processo civil são extensivas ao processo penal. Essas condições são requisitos legais para o exercício do direito de ação e devem coexistir, para que Magistrado possa decidir se o que o autor pretende é fundado, útil ou procedente ou improcedente.

José Frederico Marques (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 95) assevera que processo, instrumento da atividade jurisdicional do Estado, não sofre mutações substâncias quando passa pelo campo da justiça civil para aquele da justiça penal, acrescentando que,

[...] entre o processo civil e o processo penal, a diferença é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do direito processual em civil e penal, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum.

No âmbito processual penal, o interesse de agir, ganha força como justa causa para persecução penal nos termos do artigo 648, inciso I, do Código de processo penal, em que se admite expressamente ser passível de habeas corpus, a

coação provinda de algum instrumento de persecução penal ilegal, derivados da persecução penal, investigatória ou instrutória, sem justa causa.

Nesse sentido Eugenio Pacelli de Oliveira²⁵:

[...] desloca-se para o interesse de agir também a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de situação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer, sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve se mostrar, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil.

Tem-se como útil, o resultado possível de ser extraído da atividade persecutória, apta a produzir o efeito eficaz. A máquina estatal, ao ser movimentado, deve ter a finalidade de atingir um objetivo concreto e útil.

O Desembargador da quarta câmara criminal do extinto Tribunal de Alçada Criminal do estado de São Paulo, Walter Teodósio, relator do recurso em sentido estrito 589.413-0 compartilhava do mesmo entendimento, *in verbis*²⁶:

[...] seria inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se à ausência do interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca um objetivo concreto, útil, afastada a ideia de seu uso em mera atmosfera abstrata. O mundo do direito não pode postar-se em tom fenomênico, inteiramente dissociado do mundo concreto.

Imperioso, para melhor elucidação do tema, trazer à colação outra decisão da mesma E. Câmara, que *ex officio* veio a conceder ordem de habeas corpus²⁷:

[...] de nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de habeas corpus para trancar a ação penal.

Vale ressaltar que a prescrição antecipada poderá ser reconhecida no curso da ação penal, aplicando-se por analogia o art. 462 do Código de Processo Civil, qua prescreve [...] 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

²⁵ **Revista Intellectus Ano IX N°. 24-** Prescrição Penal Antecipada, disponível em: www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx. Acessado em 05 de dezembro de 2014.

²⁶ Prescrição penal antecipada, Francisco Afonso Jawsnicker, 2012, p. 98-100.

²⁷ **Revista Intellectus Ano IX N°. 24-** Prescrição Penal Antecipada, disponível em: www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx. Acessado em 05 de dezembro de 2014.

sentença. Verificado algum fato que extinga o fundamento do pedido, o juiz deve de conhecer dele.

Assevera Nelson Nery Júnior (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 101) que as condições da ação

[...] devem vir preenchidas quando do ajuizamento da ação e devem subsistir até o momento da prolação da sentença. Presentes quando da propositura, mas eventualmente ausentes no momento da prolação da sentença, é vedado ao juiz pronunciar-se sobre o mérito, já que o autor não tem mais direito de ver a lide decidida. Da mesma maneira, se ausentes quando da propositura da ação, mas preenchidas no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito.

Na lição de José Rogério Cruz e Tucci (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 102), na ocorrência de fato superveniente de fato extintivo,

[...] a experiência demonstra que o fato superveniente constitutivo faz nascer, para o autor, o interesse de agir, enquanto o fato extintivo o fulmina, impondo ao juiz, consoante o art. 267, VI, do CPC, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Dessa forma, a verificação, de acordo com Rubens de Paula (*apud* Jawsnicker, 2012, p.102), no curso da ação penal, do reconhecimento da prescrição retroativa antecipada, em face de pena a ser concretizada na futura sentença, acarreta [...] superveniente carência da ação penal, decorrente do desaparecimento do interesse de agir do Estado, tornando viável, por expressa disposição constante do art. 3º do Código de Processo Penal, a aplicação analógica do art. 267, VI, do CPC, possibilitando-se, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Portanto, quando o provimento jurisdicional invocado for adequado, necessário e útil, atendendo aos requisitos da adequação, necessidade e utilidade, haverá interesse de agir.

3.3 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

A prescrição penal antecipada ampara-se, também, no princípio da economia processual²⁸, porquanto questionasse a movimentação inútil do aparato

²⁸ Antes de adentrar na matéria é importante tecer algumas diferenças entre o princípio da razoável duração do processo e o princípio da economia processual. Embora muitas vezes intimamente ligados, o princípio da razoável duração do processo e o princípio da economia processual não são a mesma coisa. A economia processual pode ser explicada como a tentativa de poupar qualquer desperdício, na condução do processo bem como nos atos processuais, de trabalho, tempo e demais despesas, que possam travar o curso do processo. Já

estatal com um processo onde já se sabe de antemão que, após a prolação de uma sentença condenatória, será impossível a imposição da reprimenda penal, em face do reconhecimento da prescrição.

Antonio Lopes Baltazar²⁹ observa que o princípio da economia processual dispõe que, entre duas alternativas, deve ser escolhida aquela que for menos onerosa à parte e ao Estado. Segundo ele, o que preocupa com a efetivação desse princípio é [...] o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais e, conseqüentemente, de despesas, sem, contudo, suprimir atos previstos no rito processual em prejuízo às partes.

Para Baltazar, a prescrição antecipada [...] outra coisa não é senão uma economia processual extraordinária, que beneficia o réu e o Estado.

Nesse ponto de vista, Edison Aparecido Martins (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 104), menciona como exemplo os delitos de lesão corporal culposa, nos quais a prescrição ocorrerá em dois anos, salvo na hipótese de ser aplicada a pena máxima de um ano, quando então ocorrerá em quatro anos. Observa que praticamente na totalidade dos processos, em que o réu seja primário e tenha agido com culpa leve, será impossível a aplicação da pena máxima, levando a conclusão lógica de que certa será a ocorrência da prescrição retroativa.

Concluí-se, que é absolutamente inútil dar prosseguimento ao feito, porque gera dispêndio de esforços inúteis, em prejuízo de outros processos, que por tal fato, também se defrontarão com a prescrição.

Luiz Sérgio Fernandes de Souza³⁰ corrobora do mesmo entendimento:

[...] o tempo e os recursos despendidos em processos sabidamente inúteis tem um custo que a sociedade não pode mais suportar. De duas uma: ou o legislador reformula a ideia de prescrição retroativa ou o aplicador da norma terá que ceder às evidências, impedindo que as pretensões natimortas, ocupem espaço da produção socialmente útil.

o princípio da celeridade processual consiste em uma rápida solução do litígio, devendo o Estado prestar uma solução rápida e eficiente às partes ou à sociedade.

²⁹ LOPES, Antônio Baltazar, *Prescrição Penal*, 2003, p. 111.

³⁰ *Prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional*, artigo publicado na Revista dos tribunais, (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 104), n. 648, p. 437-438 (junho-1992).

Em apoio a esse entendimento, destacam-se os seguintes excertos³¹:

[...] constitui verdadeira inocuidade jurídica aguardar-se o decurso do período prescricional previsto para a pena máxima, se de antemão se confere a certeza que ela em hipótese alguma será aplicada e já fluiu o lapso prescricional em relação à sanção menor. Nessas situações, a pena menor prevista, tendo em vista as condições jurídicas do réu, primário e de bons antecedentes, bem como as normais circunstâncias e consequências do ilícito, deve ser considerada como a máxima em abstrato e reconhecida antecipadamente. Esse novo tipo de prescrição, atenderá à melhor política criminal e de dinâmica processual, vez que evitará o prosseguimento inútil dos feitos, atenderá plenamente ao princípio da economia processual, livrará os réus das consequências negativas de um processo já fulminado pela inutilidade e contribuirá significativamente para o desafogo e celeridade da justiça criminal.

Nessa esteira e visceralmente ligado ao conteúdo da condição da ação penal - interesse de agir-, a ligação foi sintetizada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho³²

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

Ademais, como consequência do princípio da economia processual, outra razoável orientação que se levanta em favor da prescrição em perspectiva refere-se ao princípio do direito administrativo voltado para a boa administração do dinheiro público. Tal princípio destaca-se em virtude de que recursos de ordem material (gastos com salário de magistrados, promotores, servidores, energia elétrica, fita de impressora, papel, gasolina, diárias de oficiais de justiça, telefone etc.) e intelectual serão gastos numa ação natimorta.

³¹ Prescrição penal em perspectiva, disponível no site: <http://jus.com.br/artigos/6781/prescricao-em-perspectiva#ixzz3LPrX5INp>. Acessado em 09-12-2014.

³² Prescrição penal em perspectiva, disponível no site: <http://jus.com.br/artigos/6781/prescricao-em-perspectiva#ixzz3LPrX5INp>. Acessado em 09-12-2014.

Sobre o tema, é do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul³³:

[...] Princípio do direito administrativo, voltado para a boa aplicação do dinheiro público, também recomenda que não seja instaurada a ação penal por falta de interesse, quando, em razão da provável pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo juiz, a partir das considerações do art. 59 do CP, for possível perceber que a sentença condenatória não se revestirá de força executória, em face das regras que regulam a prescrição.

Por outro lado, Oswaldo Palotti Júnior (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 105), embora defenda a necessidade de se evitar o desperdício de tempo, defende este resultado mediante métodos adequados, mas não inclui a prescrição antecipada.

Assim, a prescrição penal antecipada, sob o argumento econômico, não se limita somente na economia processual, mas atende também ao princípio da eficiência e, principalmente, da moralidade administrativa, com o fim de evitar os desperdícios dos recursos públicos.

3.4 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À CELERIDADE PROCESSUAL

É fato que um dos principais fundamentos quanto à necessidade de reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva, é o cenário atual do Poder Judiciário assoberbado de processos.

Nessa lição, Edison Aparecido Brandão (*apud* Ney Fayet Junior, 2007, p. 171) nos faz refletir sobre a aceitação desse instituto da seguinte forma

[...] Fácil de ver que praticamente na totalidade dos processos, com culpa leve de réus primários, será impossível a aplicação da pena máxima, levando o magistrado a conclusão de que inescapável a ocorrência futura da prescrição retroativa. Absolutamente inútil daí o continuar do feito, sujeitando o réu a constrangimento ilegal, e o que é pior, despendendo de esforços inúteis, em prejuízo de outros processos, que por tal fato, também se defrontarão com a prescrição.

Ney Fayet Junior³⁴ destaca que o reconhecimento da prescrição antecipada traz, além dos efeitos intraprocessuais – a extinção da punibilidade, a rejeição da

³³ Prescrição penal em perspectiva, disponível no site: <http://jus.com.br/artigos/6781/prescricao-em-perspectiva#ixzz3LPrX5INp>. Acessado em 09-12-2014.

³⁴ JUNIOR, Ney Fayet. Prescrição Penal, Livraria do advogado, 2007, p. 171.

denúncia, a extinção do feito e o possível arquivamento do inquérito policial -, efeitos extraprocessuais.

Assevera que se atinge a marcha processual de outros efeitos, ao permitir que a atividade judiciária concentre seus esforços naqueles processos em que a pretensão punitiva poderá deveras concretizar-se em pretensão executória, evita que se perca valioso tempo num feito sem condição de possibilidade jurídica.

A justiça como tal, não pode ser tardia. Assim, tal argumento sustenta-se, não diferentemente, no fundamento legal da emenda à Constituição de n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual prescreve que [...] a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF/1988).

Em verdade, para dar vazão à celeridade processual – que se pretende assegurar às partes – será necessário o uso de mecanismos inovadores que se ponham em funcionamento para um novo rumo do Direito Processual como um todo. Nesse ponto, existem no ordenamento jurídico algumas estratégias já implementadas como, por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, as Leis nº 9.756/98 e 10.358/01, que trouxe ao Código Processual reformas em busca da celeridade e agilização do procedimento, em outras medidas³⁵.

Nesse ponto, afirma Ney Fayet Junior, é que se pretende destacar a prescrição penal antecipada e demonstrar a possibilidade de um fundamento constitucional, ainda que reflexo, para decretá-la. Assevera que esta modalidade prescricional é um instrumento que possibilitará o contorno de acúmulos de processos no Judiciário, porquanto ao reconhecê-la, estar-se-á priorizando processos que tenham viabilidade, desprezando-se aqueles que se apresentem desprovido de efetividade. Assim, a prescrição antecipada permite àqueles que laboram em torno do processo, despenderem seu tempo em outro feito, que não predestinado à inutilidade.

Ademais, as normas constitucionais devem regular todas as atividades estatais, não apenas a legislativa, de modo que na atividade jurisdicional, deve-se,

³⁵ Exemplos colacionados nos comentários de Juary C. Silva, *apud* Ney Fayet Junior, 2007, p. 172.

primeiramente, tornar efetivos os comandos que emanam da Constituição Federal. Tais comandos consagram, claramente, a necessidade da celeridade processual, cabendo a todos os operadores do direito o seu atingimento, pois, ainda que se utilizem de instrumentos ainda não agasalhados pela legislação, não se pode censurar o comportamento, na medida em que se encontram respaldados na lei suprema³⁶.

Humberto Theodoro Junior (*apud* Ney Fayet Junior, 2007, p. 173), em resenhas sobre reflexos processuais da EC 45/2004, sobre a necessidade de se efetivar o escopo da celeridade processual:

[...] a inovação da Emenda Constitucional nº 45 de nossa Carta tem exatamente o mesmo propósito da reforma operada na Constituição Italiana, qual seja, proclamar, como direito fundamental, a garantia de um processo célere, impondo à justiça proporcionar a completa tramitação dos processos num prazo que seja razoável no contexto social em que o litígio eclodiu.

Compartilhando esse entendimento, José Carlos Barbosa Moreira (*apud* Ney Fayet Junior, 2007, p. 173) explica que se assim começar a proceder a jurisprudência, decretando a prescrição precalculada, teremos um judiciário aberto e disposto a cumprir os mandamentos constitucionais de forma efetiva, sem que necessite uma lei que disponha sobre a matéria especificamente, uma vez que tais digressões são necessárias e fundamentais para a busca da justiça e a melhor aplicação do direito.

Portanto, a extinção do processo em face da prescrição penal retroativa antecipada, amparada no direito fundamenta da celeridade processual, explícita no texto constitucional, é um instrumento importante pelos quais o Judiciário poderá optar para começar a se desfazer de processos inúteis e focalizar o seu esforço naqueles outros que são relevantes juridicamente, emprestando-lhe a devida celeridade.

3.5 A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Um dos argumentos mais relevantes contra a prescrição penal antecipada é o princípio da legalidade, tendo em vista que, como princípio basilar do direito penal,

³⁶ Comentários de Juary C. Silva, *apud* Ney Fayet Junior, 2007, p. 173.

tem o objetivo de assegurar maior segurança jurídica à população, consoante art. 5º, inc. II, da CF/88.

Nesse entendimento, Antônio Lopes Baltazar³⁷ informa que o próprio art. 110, § 1º e 2º do código penal corrobora esse argumento, ao determinar que

[...] a prescrição retroativa somente poderá ser reconhecida depois de sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso. De acordo com a letra da lei, a prescrição, antes de sentença condenatória, só pode ser regulada pela pena em abstrato.

Baseados nesse raciocínio, os que são contra a prescrição penal antecipada sustentam que o reconhecimento desta é uma afronta ao texto legal e conseqüentemente ao princípio da legalidade.

Conforme entendimento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes³⁸ [...] a primeira corrente que tomou corpo da jurisprudência para impedir o emprego da técnica do reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva orientou-se num sentido estritamente legalista, citando alguns julgados nesse sentido.³⁹

Tal argumento, todavia, segundo Ricardo Pieri Nunes (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 114), não pode ser aceito à míngua de previsão legal para o não reconhecimento da prescrição em perspectiva, pois

[...] dentro do atual contexto da evolução da evolução 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.

Além disso, relevante que se faça referência à tese de que a prescrição virtual é uma causa extintiva da punibilidade, não violando, dessa forma, o princípio da legalidade. Nesse sentido, Ney Fayet Junior⁴⁰ transcreve o seguir acórdão, como uma das respostas à alegação de falta de fundamentação legal:

[...] O princípio da legalidade não está sendo violado, neste caso, até porque a prescrição em perspectiva está aplicada dentro do parâmetro previsto em lei, ou seja, caso tramitasse o processo com seus atos normais, se chegaria a uma condenação, em tese, mas esta condenação não alcançaria sua efetividade, já que se encontra extinta a punibilidade pela prescrição retroativa.

³⁷ LOPES, Antônio Baltazar, *Prescrição Penal*, 2003, p. 108.

³⁸ *Apud*, Jawsnicker, 2012, p. 113.

³⁹ Habeas corpus. STF-1ª T- RHC 66.913/DF-Rel. Min. Sidney Sanches-Acórdão de 25.101988-RT 639/389. STJ – 6ª T. – RHC 2.032-9/SP – Rel. Min. Anselmo Santiago – Acórdão de 09.03.1993 – RT 703/ 349.

⁴⁰ JUNIOR, Ney Fayet. *Prescrição Penal*, Livraria do advogado, 2007, p. 175

René de Ô Souza (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 115) refuta essa ausência de previsão legal, ao explicar que não é falta de previsão legal expressa que vai afastar a constatação e existência da prescrição antecipada, senão da confusão ou desconhecimento acerca do fundamento da prescrição antecipada, que é a falta de interesse de agir ou da justa causa

[...] não se pode alegar falta de amparo legal para o seu prestígio, pois qua o art. 43, inc. III, do Código de Processo Penal reza que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Deste modo, ausente o interesse de agir, saliente-se, fundamento da prescrição virtual, a peça acusatória inicial deverá ser rejeitada, eis que inexistem as condições da para o exercício da ação. Soma-se a isso a previsão textual da mesma lei adjetiva que prevê em seu art. 3º a admissibilidade de interpretação extensiva e analógica da lei processual penal. Ora, o Código de Processo Civil prevê de forma expressa a carência da ação por falta de interesse de agir. Como é cabível a analogia e a interpretação extensiva à lei processual penal, então é possível a carência da ação penal pelo mesmo fundamento ali esposado.

René de Ô Souza, ainda, afirma a questão ao asseverar que [...] a prescrição penal antecipada não é contemplada por nossa legislação é o mesmo que não permitir aos operadores do direito uma real e verdadeira busca pela justiça. Seria o mesmo que afirmar que o promotor, o juiz e o advogado estão engessados pelas normas escritas, retirando-lhes o caráter humano e social a que se presta o direito.

Vê-se, portanto, que o fato de não existir previsão legal, não é capaz de impedir o reconhecimento da prescrição em perspectiva, uma vez que se trata de argumento próprio de quem confunde a lei com o direito e supõe um sistema jurídico hermético e sem lacunas, de modo que não impede que se reconheça por analogia tal possibilidade, mas desde que compatível com as garantias inerentes ao direito e processo penal.⁴¹

3.6 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

O princípio da obrigatoriedade também é um argumento contrário ao reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa.

⁴¹ Paulo Queiroz, *apud* Ney Fayet Junior, 2007, p. 176.

O argumento, segundo Antonio Lopes Baltazar⁴²,

[...] não tem o juiz poderes discricionários para analisar se instaura ou não ação penal. Os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos até o final da decisão. Por isso, a autoridade policial, deve instaurar o Inquérito Policial; o Promotor de Justiça deve oferecer a denúncia; o Juiz deve presidir a instrução do processo e decidir.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, já decidiu no mesmo sentido, senão vejamos:

[...] Vigorando entre nós no que diz respeito à ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade e não da oportunidade, é manifesto o interesse do Estado em exigir uma prestação jurisdicional ainda que fadada ao reconhecimento posterior da prescrição, sempre que haja notícia da ocorrência em tese de um delito.

Contra este argumento, a constatação que, embora o princípio da obrigatoriedade esteja em pleno vigor, o dever de ajuizar ação penal pública, surge apenas diante da presença das condições da ação. Destarte, se faltar uma das condições da ação, como o interesse processual, tanto o Ministério Público quanto o Juiz estão obrigados a arquivar o feito, por ausência de justa causa.

Nesse mesmo sentido, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes⁴³ afirma que [...] o juiz é, sim o fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública, todavia, antes de ser fiscal do princípio da obrigatoriedade, é fiscal das condições da ação e dos pressupostos processuais.

3.7 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A *MUTATIO LIBELLI*⁴⁴

Existe também, como causa impeditiva à prescrição antecipada, o reconhecimento da ocorrência da *mutatio libelli* prevista no artigo 384, parágrafo único. Isto é, pode ocorrer nova definição jurídica do delito, quando do momento da sentença com a possibilidade da pena ser agravada, o que mudaria o seu *quantum* e conseqüentemente, o prazo prescricional⁴⁵.

⁴² LOPES, Antônio Baltazar, Prescrição Penal, 2003, p. 110.

⁴³ Apud, Jawsnicker, 2012, p. 119.

⁴⁴ Verifica-se a *mutatio libelli*, quando o juiz concluir que o fato narrado na inicial não corresponde aos fatos provados na instrução processual; nesse caso, deve o juiz remeter o processo ao Ministério Público que deverá aditar a peça inaugural. Os fatos provados são distintos dos fatos narrados.

⁴⁵ Rogério Felipeto, *apud* Ney Fayet Júnior, 2007, p. 181.

Em outras palavras, não se poderia fazer prognose da pena e da prescrição retroativa, já que o enquadramento típico do fato pode mudar e alterar os parâmetros da reprimenda penal, conforme preceitua o dispositivo supra, *in verbis*:

[...] Art. 384. (...) Parágrafo único - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Deste modo, a denúncia, pode descrever como fato delituoso um furto. Todavia, durante a instrução, pode-se revelar que a subtração ocorrera mediante ameaça, transmudando assim o crime de furto para o de roubo, cuja pena é maior que a reprimenda daquele⁴⁶.

Renee de Ó. Souza (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 135) rebate essa situação considerando duas hipóteses distintas. Observa que se a prescrição antecipada é constatada antes de iniciada a ação penal, ou seja, ainda na fase inquisitiva, a questão levantada mostra-se menos tortuosa porque o arquivamento de inquérito policial deve, por cautela, possuir a ressalva do artigo 18 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

[...] Art. 18 - Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, à autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Acrescenta o autor, que tal dispositivo legal permite o prosseguimento de novas pesquisas pela autoridade policial, se de outras provas tiver notícias. Essa providência praticamente elimina qualquer óbice à prescrição virtual, haja vista que qualquer nova prova que altere a capitulação do delito e conseqüentemente a sua pena servirá de base para uma nova análise e apreciação do caso resultando em novo arquivamento do inquérito policial ou no oferecimento de denúncia.

Sobre outra ótica, a mesma solução, não se mostra tão clara com relação à ocorrência da prescrição antecipada durante a ação penal. O artigo 18 do *codex* processual refere-se a inquérito policial e a autoridade policial, sendo inaplicável para a ação penal.

⁴⁶ Francisco Afonso Jawsnicker. Prescrição Penal Antecipada, 2012, p. 134-135.

Com efeito, o mesmo autor busca amparo no Código de Processo Civil, nos termos do artigo 3º da lei processual penal: Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Assim, durante o curso da ação penal, a ação é extinta sem julgamento do mérito por ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, de modo que haveria a possibilidade de nova propositura da ação, conforme demonstrado por Renee, senão vejamos:

[...] A carência da ação enseja uma sentença processual que possui uma decisão que não resolve a lide (sentença terminativa), sendo admissível à renovação ou repetição da ação, desde que partes corrijam o defeito que ensejou aquela extinção. Isto acontece porque estas decisões são desprovidas dos efeitos da coisa julgada material.

Ney Fayet Junior⁴⁷ refuta também essa causa impeditiva, mas sob outro argumento, e explica que [...] não se pode tomar como argumento impeditivo a possibilidade de *mutatio libelli*, pois até mesmo a prescrição abstrata seria atingida por esse instituto processual. Vale dizer, quando se decreta a prescrição da pretensão punitiva, levando-se em consideração o máximo da pena também se corre o risco da ocorrência da *mutatio*, mas nem por isso se impede de calcular a prescrição pela pena abstratamente cominada e decretá-la.

Verifica-se que a ação extinta sem julgamento do mérito pode ser proposta novamente desde que o direito de ação esteja íntegro. Assim, corrigida a carência, pode ser a ação renovada. Neste caso, de sentença terminativa, a extinção não impede a que ao autor intente novamente a ação.

Portanto, se o direito de ação não está definitivamente eliminado, aquela ação extinta sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir que reconheceu a prescrição virtual pode ser novamente intentada a qualquer tempo, desde que presente àquela condição da ação antes afastada⁴⁸.

⁴⁷ JUNIOR, Ney Fayet. Prescrição Penal, Livraria do advogado, 2007, p. 181.

⁴⁸ Prescrição penal em perspectiva, disponível no site: <http://jus.com.br/artigos/6781/prescricao-em-perspectiva#ixzz3LPrX5INp>. Acessado em 12-12-2014.

3.8 OUTRAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

Os contrários à legalização do instituto da prescrição penal antecipada, afirmam que esta constitui violação ao princípio do devido processo legal, consagrado na nossa carta magna uma vez que antecipa o status de condenado antes de sentença constituída através do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ricardo Pieri Nunes⁴⁹ refuta esta informação ao afirmar que

[...] Pelo simples fato de que a prescrição retroativa, mesmo quando reconhecida após a preclusão da faculdade recursal da acusação ou o desprovimento do seu recurso, afasta a condenação inicialmente imposta ao réu. Logo, se reconhecida antecipadamente, não haverá condenação sem processo, pois a condenação, de toda sorte, jamais chega a se consumir. Verifica-se, tão somente que a constatação preliminar da ocorrência da extinção da punibilidade, ato que dispensa a formação da relação processual e que, por demais óbvios, não traz nenhum prejuízo para o suposto agente.

Francisco Afonso Jawsnicker⁵⁰, quanto à possibilidade de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, informa que tais princípios nascem a partir do direito de ação, no caso da prescrição penal antecipada, o direito de ação inexistente em função da falta de justa causa, assim, não haverá lugar para ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, Renee Ó de Souza⁵¹ afirma que a prescrição antecipada não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório [...] porque não houve também ação penal intentada, e como se sabe, esses princípios só vigoram na ação propriamente dita.

Vale ressaltar que Renee usa esse argumento para observar que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, pois não há condenação neste reconhecimento e sim a constatação de ausência de uma das condições da ação.

Outrossim, os efeitos civis da sentença penal também é argumento favorável para não aceitar a prescrição penal virtual. *In casu*, Ricardo Pieri Nunes (*apud* Ney Fayet Junior, 2007, 177) explica que a prescrição antecipada [...] impediria a perfectibilização de título executivo de ressarcimento de danos causados, e outros,

⁴⁹ Apud Jawsnicker, 2012, p. 121.

⁵⁰ Francisco Afonso Jawsnicker. Prescrição Penal Antecipada, 2012, p. 123.

⁵¹ Apud Jawsnicker, 2012, p. 123.

que a prognose prescricional, por considerar a suposta condenação, com ela o réu sofreria todos os seus efeitos secundários, dentre eles a reparação civil.

Luis Sérgio Fernandes de Souza⁵² analisa esse argumento impeditivo e ainda rebate

[...] Argumentam seus opositores com a existência de outros efeitos da sentença condenatória; com a inviabilização da ação civil *ex delicto* e, por último, com o direito que teria o suspeito ou acusado em se ver absolvido. Nenhum dos argumentos colhe. A partir da posição adotada pelo legislador, reconhecida a prescrição retroativa, não há que se falar em efeitos principais e acessórios da ação ou da condenação. Quanto ao malogro da ação de indenização, observe-se que tanto o arquivamento do inquérito como a rejeição da denúncia não explicam exame de mérito. É certo que a sentença penal serve como título executivo. Porém, em termos práticos, isto pouco representa, visto que, de qualquer forma, o ofendido, seus representantes ou herdeiros terão de prover a liquidação da no juízo cível. Ora, sendo assim, em nada lhes prejudica o exercício do processo de conhecimento, com o qual já se poderá obter sentença líquida, se o pedido for formulado nestes termos.

Neste mesmo entendimento, Claudia Ferreira Pacheco contesta a objeção ao não se reconhecer o instituto, [...] estariam sendo colocados de lado os efeitos secundários (civis e penais) de eventual sentença condenatória, já que, com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, eventual sentença não seria capaz de produzir qualquer efeito, figurando mesmo como se nunca tivesse existido.

Assim, não haverá nenhum óbice ao questionamento no juízo cível de qualquer questão relacionada ao fato, pois, cuidando-se de causa extintiva da punibilidade, nenhum efeito concreto produzirá, quer no juízo penal, quer no juízo cível, conforme entendimento explica Rubens de Paula.⁵³

3.9 ESTUDO DE CASO

O presente trabalho de conclusão de curso teve como referência os inúmeros processos que tramitavam no Ministério Público Federal de Ponta Porã/MS. Nesse órgão, verificou-se a aplicação do instituto da prescrição penal antecipada em diversos processos, diminuindo de maneira significativa os processos.

⁵² Apud Ney Fayet Junior, 2007, 178.

⁵³ Apud Jawsnicker, 2012, p. 130.

Desse interessantíssimo processo de aplicação da prescrição em perspectiva, surge a curiosidade de pesquisar a fundo tal espécie de prescrição da pretensão punitiva. Com efeito, surge a ideia de verificar se a aplicação dessa modalidade poderia servir de instrumento para a economia/celeridade processual, de modo que o titular exclusivo da ação penal pública concentre todo esforço em processos que realmente tenham relevância jurídica, atendendo, dessa forma, as condições da ação penal, principalmente em sua vertente necessidade/utilidade.

Assim, a pesquisa de campo limitar-se-á na Procuradoria da República de Mato Grosso do Sul-Ministério Público Federal em Ponta Porã, onde será elaborado um questionário para o fim de aferir se o titular da ação penal pública pode vir a reconhecer e aplicar a prescrição penal antecipada, servindo como instrumento para desafogar o Judiciário.

Vale ressaltar, que apesar de estar pacificada a proibição do reconhecimento da prescrição virtual, ela ainda é aplicada por esse órgão conforme pesquisas nos bancos de dados do MPF. Diante disso, o tema escolhido talvez já não tenha tanta relevância ou controvérsia para o mundo jurídico, mas diante de um Judiciário assoberbado de processos, seu reconhecimento, atualmente, pode ser repensado, uma vez que não fora abandonado definitivamente, como será demonstrado por meio de um anteprojeto que tramita no Conselho Superior do Ministério Público Federal.

Nesse jaez, em relação ao reconhecimento da prescrição em perspectiva como instrumento da economia/celeridade processual, os membros do MPF entendem possível o reconhecimento da prescrição virtual, haja vista que da ação penal fadada a manifesta imprestabilidade, o único resultado passível de ser extraído de seu manejo será o assoberbamento do Poder judiciário. Entendem, ainda, que dessa imprestabilidade os órgãos de persecução penal não conseguem a eficiência necessária para investigações de grande complexidade, seja pela falta de pessoal, seja pelo grande volume de trabalho que derivam dos processos que não trarão utilidade para as partes. Noutra banda, fazem ressalvas no sentido de que mudança de entendimento deve ser acompanhada de critérios objetivos, uma vez que a sobrecarga de trabalho não pode, por si só, justificar medidas que violem nosso ordenamento jurídico, deixando de tutelar bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Outrossim, quanto ao fundamento jurídico, asseveraram que a aplicação da prescrição em perspectiva encontra seu principal fundamento na ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, seja sob o amparo no art. 43 do CPP, seja no art. 395, inc. II, do CPP, rejeitando a denúncia ou a queixa.

Por fim, e para demonstrar que a ideia quanto à aplicação desse instituto não fora abandonada definitivamente, o Conselho Superior do Ministério Público Federal vem se debruçando sobre o anteprojeto denominado “seletividade da persecução penal”, o qual tem por escopo tornar a persecução penal mais efetiva, com maior celeridade e, assim, obter resultados concretos.

Nesse ponto, verifica-se que, embora a Súmula 438 do STJ proíba a aplicação prescrição penal antecipada, o anteprojeto traz no artigo 1º, inc. V, a essência da prescrição em perspectiva, resurgindo a ideia de que, diante das limitações de recursos humanos e materiais, além dos inúmeros processos que tramitam tanto no MPF como no Poder Judiciário, a persecução penal acaba tornando-se ineficaz em casos complexos ou de maior lesividade.

Sobre esse anteprojeto, os Procuradores da República rejeitam a proposta desse anteprojeto, mas não para afastar a prescrição penal antecipada, pois sua aplicação, como já ressaltado, encontra seu fundamento jurídico em uma das condições da ação “interesse de agir”. Ressaltam que eventual mudança no entendimento jurisprudencial deveria vir acompanhada de critérios objetivos, para se evitar discussões sobre a atuação discricionária dos órgãos de investigação criminal. Acrescentam, por fim, que caso aprovado esse anteprojeto, não há que falar em desvirtuamento dos órgãos de persecução penal quanto possíveis privilégios, pois o exercício da função ministerial submete-se à fiscalização da respectiva Corregedoria e, também, do Conselho Nacional do Ministério Público, de forma que, a princípio, não se vislumbra potencialidade de abusos. Aliás, ressaltaram que toda competência em tese discricionária exige, quando do seu exercício, adequada fundamentação, sendo um dos escopos de tal exigência justamente subsidiar a atuação ação de órgãos de controle na hipótese.

Verifica-se, portanto, que a ideia de reconhecimento da prescrição penal antecipada não fora abandonada definitivamente. Ao contrário, esse anteprojeto, além da pesquisa realizada com o questionário, faz ressurgir a controvérsia existente

na possibilidade de aplicação desse instituto, diante da realidade atual do Poder Judiciário, assoberbado de processos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prescrição penal antecipada, amparada na teoria geral do processo, vinculada-se a três requisitos na prestação jurisdicional: legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual. Ausentes quaisquer dos requisitos, teremos inevitavelmente a carência da ação.

O interesse de agir, principal fundamento favorável ao reconhecimento prescrição penal em perspectiva, como vimos é constituído de dois requisitos, a necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais e adequação do provimento, e do procedimento.

Nesse sentido, extinguir o processo pelo reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa não significa extinguir a punibilidade do agente, mas sim, reconhecer a prescrição penal antecipada na carência da ação consubstanciada na falta de interesse de agir uma vez que não há utilidade alguma em se movimentar o aparato estatal para um processo fadado ao insucesso, afogando os órgãos jurisdicionais de inúmeros processos.

Ressalte-se que a falta de interesse de agir é matéria de ordem pública e pode ser arguida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, podendo, ainda, ser reconhecido de ofício pelo juiz.

Com efeito, não se pode negar também, que o prosseguimento de uma ação penal fadada ao insucesso, sem utilidade alguma, constitui além de afronta direta aos princípios da economia e celeridade processual, constrangimento ilegal por ausência de justa causa para a ação penal, ocasião em que a lei expressamente autoriza a concessão de habeas corpus, nos termos do artigo 648, I do Código de Processo Penal.

Além disso, o reconhecimento antecipado da prescrição, está em conformidade com os princípios da economia processual, da celeridade processual além da moralidade administrativa, evitando-se gasto inútil de tempo e dinheiro público.

Os respeitáveis argumentos contrários à aplicação do instituto, por outro lado, não vem amoldando-se com a realidade atual do Poder do judiciário, apesar de estar pacificada a proibição da aplicação da prescrição penal antecipada pela súmula 438 do STJ.

Principal argumento para afastar a prescrição virtual, o princípio da legalidade não é tese suficiente para se reconhecer tal instituto, pois o mesmo encontra-se amparado no art. 43 do código de processo penal, de modo a permite a rejeição da denúncia quando faltar condição legal para o exercício da ação penal. Ademais, o artigo 3º do mesmo diploma legal ainda admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como os princípios gerais de direito.

Além disso, cabe destacar que a própria prescrição retroativa foi uma construção jurisprudencial, que durante décadas causou extrema controvérsia só resolvida com a edição da súmula 146 do STF.

E, nesse ponto, a realidade atual tanto dos órgãos de persecução penal como do Poder Judiciário veem-se na necessidade de repensar a aplicação da prescrição penal virtual, seja pela falta de pessoal e material, seja pela falta de eficiente da prestação jurisdicional. Aliás, o instituto nunca fora abandonado definitivamente, pois, apesar de não ser modalidade típica da prescrição penal, encontra amparo nos fundamentos supracitados.

Outrossim, o Conselho Superior do Ministério Público Federal, com o intuito de aperfeiçoar os mecanismos de apuração dos crimes e diante das limitações de recursos matérias e humanos dos órgãos de persecução penal, reaviva o instituto da prescrição antecipada retroativa, por meio de seu Anteprojeto de Resolução nº 64, de 29 de abril de 2014, que se propõe a dispor sobre critérios para a “*seletividade da persecução penal*”, mediante o seguinte teor, *in verbis*:

ANTEPROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 64, DE 29 DE ABRIL DE 2014.
Dispõe sobre a seletividade da persecução penal. O CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, no exercício da competência prevista no artigo 57, inciso I, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e considerando o disposto no art. 129, I, da Constituição da República, resolve editar a seguinte Resolução:

Art. 1º O órgão do Ministério Público Federal, de ofício ou acolhendo sugestão da autoridade policial ou da defesa, poderá fundamentadamente decidir pela não apuração criminal do fato ou deixar de propor a ação penal, quando:

(...)

V – não houver interesse de agir, em razão da pena considerada pelo órgão do Ministério Público Federal suficiente e adequada à prevenção e repressão do crime, no caso concreto, não puder mais ser executada pelo decurso do prazo de prescrição;

(...)

Vê-se, que a realidade dos inúmeros processos que afogam esse órgão, reaviva grupos de estudo para selecionar processos que tragam utilidade para a persecução penal e, em um de seus incisos, encontra-se a essência da prescrição em perspectiva, amparada no interesse de agir.

De mais a mais, para demonstrar que a aplicação da prescrição antecipada não fora abandonada definitivamente, uma vez que o assoberbamento do Poder Judiciário reclama tal reconhecimento, citam-se alguns inquéritos policiais e processos judiciais em que fora reconhecido a prescrição penal antecipada: IPL-516/2013, IPL-525/2013; Autos nº 0003470-95.201.403.2005, Autos nº 000438-58.2005.403.6005, Autos nº 0004684-08.2004.403.6002, Autos nº 0000992-06.2008.403.6005 e Autos nº 001558-05.2005.403.6005.

Não se pode olvidar que o processo existe para atingir um determinado fim que seja útil no mundo concreto. Afastado esse fim, o processo perde a razão de ser. Assim, pergunta-se: qual utilidade pode ter uma sentença condenatória, se a pena nela imposta for atingida pelo reconhecimento da prescrição retroativa?

Vele ressaltar, ainda, que o reconhecimento antecipado da prescrição não pressupõe uma condenação, senão apenas extingue o processo por ausência de uma das condições da ação, ficando afastados todos os efeitos civis e penais que uma condenação imputa ao condenado, assim, não se pode cogitar que haja violação aos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório.

Destarte, conforme as pesquisas e os questionários respondidos pelos membros da Procuradoria da República, verifica-se que a prescrição penal antecipada serviu, serve e continua servindo como instrumento de economia/celeridade processual para o fim de desafogar os órgãos de persecução penal e o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR, Antônio Lopes. **Prescrição Penal**. Bauru-SP: Edipro, 2003.

DE JESUS, Damásio Evangelista. **Prescrição Penal**. Saraiva, 2011.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**. Curitiba: Editor Juruá, 2012.

JÚNIOR, Ney Fayet. **Prescrição Penal- Temas atuais e Controvertidos**. Livraria Do Advogado, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Prescrição em Matéria Criminal**. Mizuno, 2010.

Revista Intellectus Ano IX N°. 24- Prescrição Penal Antecipada, disponível em: www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx. Acessado em 01 de dezembro de 2014.

A necessidade de reconhecimento da prescrição penal pela pena em perspectiva, disponível em: www.cazadvogados.com/publicacoes/prescricao.pdf, acessado em 10/12/2014.

Prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional, artigo publicado na Revista dos tribunais, (*apud* Jawsnicker, 2012, p. 104), n. 648, p. 437-438 (junho-1992).

Prescrição penal em perspectiva, disponível no site: <http://jus.com.br/artigos/6781/prescricao-em-perspectiva#ixzz3LPrX5INp>. Acessado em 09-12-2014.