

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**FILIPPE ECHAMENDI POSSAMAI**

**A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA  
ESTATAL, NA FORMA ANTECIPADA, EM CONFRONTO COM A  
SÚMULA N.º 438 DO STJ.**

**CRICIÚMA**

**2013**

**FILIPPE ECHAMENDI POSSAMAI**

**A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA  
ESTATAL, NA FORMA ANTECIPADA, EM CONFRONTO COM A  
SÚMULA N.º 438 DO STJ.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado  
para obtenção do grau de Bacharel no curso de  
Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo  
Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Alfredo Engelmann Filho

**CRICIÚMA**

**2013**

**FILIPPE ECHAMENDI POSSAMAI**

**A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA  
ESTATAL, NA FORMA ANTECIPADA, EM CONFRONTO COM A  
SÚMULA N.º 438 DO STJ**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
pela Banca Examinadora para obtenção do  
Grau de Bacharel, no Curso de Ciências  
Jurídicas da Universidade do Extremo Sul  
Catarinense, UNESC.

Criciúma, 26 de junho de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Alfredo Engelmann Filho - (UNESC) - Orientador

Prof. João de Melo - (UNESC)

Prof. Marconi Borges Caldeira - (UNESC)

**Dedico este trabalho aos meus familiares, em especial meus pais Edson Possamai e Marcia Echamendi Possamai, como também minha irmã Natalia Possamai, sem os quais não teria chego a este momento único e inexplicável.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicial e genericamente, o apoio e a compreensão da minha família pelos momentos de irritação, estresse e muitas vezes até impaciência decorrente deste trabalho.

Aos meus pais, Edson Possamai e Marcia Echamendi Possamai, pelo carinho, amor, educação e apoio de sempre, pela confiança que em mim foi depositada, por me ensinarem os valores necessários para a construção do meu caráter e sempre se manterem ao meu lado em todas as situações.

Em especial, agradeço aos meus avós maternos Valdemar Echamendi e Maria Zanin Echamendi, como também aos meus avós paternos Valdir Possamai e Claudete de Oliveira Possamai, todos fontes de minha educação e grandes pilares na minha caminhada por uma vida repleta de felicidade e sucesso.

Aos meus grandes amigos, próximos e distantes, além de todos os meus colegas de trabalho do Fórum da Comarca de Urussanga, em especial aos meus colegas da 2ª Promotoria de Justiça.

Em particular, aos meus amigos e colegas de curso, que fizeram com que esses cinco anos, apesar das dificuldades, fossem os melhores de minha vida, momentos estes que, certamente, deixarão muitas saudades, bem como dividem comigo este momento singular de tanto nervosismo e, ao mesmo tempo, de alívio pelo término e início de uma longa trajetória de conquistas e sucessos.

Faço menção honrosa à minha namorada Mônica Andrade da Silva Borges Moreira que sempre foi complacente comigo durante este período em que fiquei em função desta pesquisa, pelo companheirismo, dedicação, e, principalmente pelo incentivo de em momento algum desistir dos meus sonhos.

Ademais, exprimo agradecimento a todos os professores desta Universidade que contribuíram com o enriquecimento de meus conhecimentos, em especial a meu orientador Alfredo Engelmann Filho, grande educador e amigo, o qual tive o orgulho de ter como orientador. E, por fim, não posso deixar de agradecer ao Professor João de Melo, por quem tenho uma admiração enorme, pela grande pessoa que é, e ao Professor Marconi Borges Caldeira, respeitáveis ensinadores na área processual penal, pela gentileza de terem se disponibilizado a participar desta banca examinadora.

Enfim, a todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram e me

incentivaram para a conquista de meus objetivos, meus sinceros agradecimentos.

**“Tente uma, duas, três vezes, e se possível tente a quarta, a quinta e quantas vezes for necessário. Só não desista nas primeiras tentativas, a persistência é amiga da conquista. Se você quer chegar aonde a maioria não chega, faça aquilo que a maioria não faz.”**

**Bill Gates**

## RESUMO

Este trabalho monográfico consiste em uma abordagem da aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva antecipada, a qual não é propriamente reconhecida como uma modalidade de prescrição, mas reconhecida pela ausência de interesse processual, para reconhecer antecipadamente a prescrição retroativa. Baseia-se na pena que, hipoteticamente, seria aplicada ao agente e, com base na pena que, possivelmente, iria ser aplicada, calcula-se o prazo prescricional. Não é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nem pelo Supremo Tribunal de Justiça, este tendo aprovado a Súmula nº 438, que torna inadmissível a aplicação do instituto na pena hipotética. Em que pese a orientação da Súmula, de não reconhecer a prescrição antecipada, sua aplicabilidade é questionável, gerando diversas críticas, confrontando até mesmo Princípios constitucionais. De antemão percebe-se que nas instâncias inferiores a aplicabilidade da Súmula supracitada é corrente.

**Palavras-chave: Prescrição da Pretensão Punitiva Estatal. Prescrição Antecipada. Aplicabilidade. Súmula nº438 do STJ.**



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

CP - Código Penal

TRF – Tribunal Regional Federal

art. – Artigo

atual. – Atualizada

CF – Constituição Federal

Des. – Desembargador

ed. – Edição

nº – Número

Rel. – Relator

rev. – Revista

v. – Volume

p. - Pagina

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO</b> .....	<b>13</b>
2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS PENAIS.....	13
2.1.1 Princípio.....	13
2.1.2 Diferença entre Princípios e Regras .....	14
2.1.3 Normatividade dos Princípios.....	16
2.2 PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA.....	17
2.2.2 Princípio do Devido Processo Legal .....	21
2.2.4 Princípio da Economia Processual.....	24
2.2.6 Princípio da Efetividade.....	26
2.2 DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.....	27
<b>3 DA PRESCRIÇÃO COMO CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE</b> .....	<b>33</b>
3.1 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE .....	34
3.2 DA PRESCRIÇÃO .....	37
3.2.1. Prescrição da Pretensão Punitiva.....	42
3.2.1.1 Da Prescrição Retroativa .....	43
3.2.1.2 Da Prescrição Abstrata .....	45
3.2.1.2 Intercorrente ou superveniente à sentença condenatória .....	46
3.2.1.4 Prescrição Antecipada.....	48
3.2.2 Prescrição da Pretensão Executória .....	50
<b>4 – DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA À LUZ DA SÚMULA 438 DO STJ</b> .....	<b>52</b>
4.1 DA SÚMULA N. 438 DO STJ E SEUS FUNDAMENTOS.....	53
4.1.1 Críticas Doutrinárias .....	54
4.1.2 Confronto dos Princípios Constitucionais .....	59
4.1.3 Análise Jurisprudencial .....	61
4.2 DA APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA UTILIZADA NOS TRIBUNAIS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.....	62
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	<b>65</b>
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	<b>67</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da prescrição da pretensão punitiva antecipada, que não é propriamente reconhecida como uma modalidade de prescrição, mas reconhecida pela ausência de interesse processual, para que seja reconhecida antecipadamente a prescrição retroativa, pelo qual se extingue a punibilidade do agente, perante a inércia do Estado.

A prescrição, em geral, pode ser entendida como um artifício que retira do Estado o direito de punir o agente pela prática delitiva, uma conduta típica descrita no ordenamento jurídico brasileiro, pelo fato de transcorrer o prazo legal determinado em lei. Assim, a prescrição antecipada, para calcular o prazo prescricional, baseia-se na pena que, hipoteticamente, seria imposta ao réu no caso de uma futura condenação.

No ordenamento jurídico brasileiro o transcurso do tempo reflete em efeitos diretos e permanentes, interferindo no surgimento e na perda de direitos. Isso porque o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida, devendo seu titular exercê-lo dentro de determinado prazo, que está geralmente estabelecido em normas.

Este entendimento se faz importante, haja vista que, no âmbito penal, o decurso do lapso temporal está diretamente ligado ao interesse de agir, fazendo com que a idoneidade do pedido esteja garantida, assim como de toda ação penal. Sendo um assunto relevante, há inúmeras discussões acerca do tema da prescrição, que remontam à pensamentos de antigos juristas e doutrinadores consagrados.

A prescrição baseia-se em duas prerrogativas básicas: a inércia da parte interessada e o decurso do tempo. Através desta modalidade, o próprio Estado limita seu direito de punir a lapsos temporais que acabam por transformar a conduta típica do infrator inoperante.

Neste norte, urge consignar que o instituto da prescrição é mera construção doutrinária, criada pelo ordenamento e fixada pelo legislador, com o escopo de satisfazer os anseios sociais de segurança jurídica na determinação da punibilidade e, conseqüentemente, na aplicação da pena.

Para melhor compreender o tema, o estudo está dividido em três capítulos. O primeiro define o conceito de Princípios e Regras constitucionais penais,

diferenciando-os para que haja um melhor entendimento do tema proposto.

Ademais, visa analisar e descrever a importância dos Princípios referentes ao direito penal de garantia, além de imperioso fazer-se uma abordagem ampla e histórico acerca da titularização do Estado como detentor do direito de punir a outrem pela prática da conduta típica prescrita em lei.

O segundo capítulo tem por escopo descrever, de modo geral, o tema concernente ao objeto da prescrição, qual seja, a punibilidade, bem como uma análise e conceituação do fenômeno da prescrição como modalidade da extinção da punibilidade. Será ressaltada a importância deste instrumento, assim como serão expostas as suas diferentes formas. Posteriormente, a prescrição será examinada de forma abrangente, mas sem a intenção de esgotar o tema, apenas com o intuito de expor o conceito, as espécies e as características gerais desse instituto.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisado o ponto principal do trabalho, tratando-se da prescrição antecipada, que não é reconhecida como uma modalidade de prescrição sob a ótica da Súmula nº 438, do STJ e STF. A edição desta Súmula acarretou diversas discussões acerca do tema, as quais serão debatidos no decorrer deste trabalho, bem como verificar-se-á a possibilidade de sua aplicação, ainda que não haja previsão legal.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

### 2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O direito se expressa por meio de normas. Essas normas servem como parâmetro de validade e vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, estas, mais especificamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, exprimem-se por meio de Regras e Princípios. Sendo assim, passaremos a diferenciá-los.

#### 2.1.1 Princípio

Primeiramente, para podermos conceituar Princípio, necessário compreender seus significados fora do âmbito jurídico, dentro da ciência jurídica e, conseqüentemente, no direito positivo. A partir desse pensamento, verifica-se que a terminologia da palavra “Princípio” é muito utilizada em diversas áreas do saber humano, entre elas a Filosofia, a Teologia, a Sociologia, a Política, a Física e o Direito.

Na linguagem nacional, o termo Princípio possui várias interpretações e, juntas, dão uma síntese do real conceito da referida palavra. Assim, entende-se “Princípio”, como sendo o início, o começo de algo, a base, o fundamento de uma concepção, o ponto de vista e a postura em relação a certa conduta.

Nos ensinamentos de Picazo “a idéia de Princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras”. E, ainda, exalta o jurista que “exatamente por isso são Princípios, ou seja, porque estão ao Princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*” (1983 *apud* BONAVIDES, 2006, p. 255/256).

Destarte, o que se verifica é que Princípio é “a ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo.” (NUCCI, 2009, p. 30).

Salienta Nucci:

Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados princípios constitucionais (explícitos e implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional (2012, p. 85).

Nesse rumo, temos que os Princípios, como fonte basilar de interpretação, juntamente com todos os demais métodos interpretativos ao alcance do hermenêuta, solidificam a possibilidade de subsumir as normas principiológicas a casos concretos, com o fito de proporcionar a todos a aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

### **2.1.2 Diferença entre Princípios e Regras**

Para a compreensão adequada do sistema jurídico, bem como para a hermenêutica jurídica e, especificamente, para a interpretação constitucional, a distinção entre Regras e Princípios possui grande relevância.

Primeiramente, destaca-se a conceituação de Princípio e Regra, segundo Miguel Reale são:

Verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios, certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, com seus pressupostos necessários (apud ROTHENGURG, 1999, p. 14 -15).

Leciona Humberto Ávila que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2009, p. 78).

Em uma análise superficial, Marinoni destaca:

Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e aplicação das regras diante das situações concretas (2006, p.47).

Cristóvam (2006, p. 72) afirma que “a distinção das normas em Regra e Princípios jurídicos pode ser encarada como um dos pilares essenciais do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.

Nesse sentido, vários são os critérios sugeridos por Canotilho (2003, p. 1.160) para diferenciar Princípios de Regras. Importante mencionar que Princípios e Regras se reúnem, de modo geral, em um único conceito, qual seja, ambos são normas, porém normas distintas entre si. O autor sustenta que, quanto ao grau de abstração, os Princípios possuem grau elevado, enquanto as Regras, reduzido. Em relação ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, os Princípios, diferentemente das Regras, não possuem mediações concretizadoras. No que tange ao caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, os Princípios estão na base do ordenamento jurídico, possuindo uma posição privilegiada no sistema das fontes, ou seja, estão acima das Regras. Relativamente à proximidade da ideia de direito, os Princípios são plenamente vinculados a ideia de justiça, já as Regras são normas que se referem mais ao caráter formal. Finalizando, em referência a natureza normogenética, aduz o doutrinador, que os Princípios sustentam as Regras, isto é, é a partir dos Princípios que as Regras são constituídas.

Com base nesses critérios de diferenciação de Princípios e Regras, Alexy (2008, p. 89/90) enumera três teses para tal distinção. A primeira tese sustenta que todo ensaio para distinguir as duas normas seria insuficiente para garantir a diferença. A segunda tese admite que a base da diferença entre Princípios e Regras está no grau de generalidade. E, por fim, a terceira tese, única aceita pelo autor, assevera que os Princípios e as Regras se distinguem não apenas pelo grau de generalidade como, também, por uma diferença qualitativa.

Portanto, o ponto decisivo na distinção entre Princípios e Regras é que os Princípios exigem “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, em contrapartida, “as Regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma Regra vale, então,

deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 90/91).

Silva (2005, p. 51) acrescenta que “no caso das Regras, garante-se direitos (impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos Princípios, são garantidos direitos (ou são impostos direitos)”.

Importante ressaltar que tanto os Princípios quanto as Regras são indispensáveis à composição do sistema jurídico, pois, seria inconcebível um sistema composto somente de Regras baseado somente na letra fria da lei.

### **2.1.3 Normatividade dos Princípios**

No pensamento jurídico contemporâneo é unânime reconhecer os Princípios como normas, que são dotados de qualidade de norma, de norma de direito, de juridicidade; mas, nem sempre foi assim.

Em sua evolução histórica, os Princípios passaram por diversas fases até serem inseridos e consagrados na Constituição. Assim, para se falar sobre a força normativa dos Princípios, importante destacar todo o desenrolar histórico da teoria dos Princípios jurídicos, que é compreendida em três fases distintas.

A primeira mais antiga e tradicional fase é aquela denominada de jusnaturalista, que se refere a uma etapa inteiramente abstrata e metafísica, com uma normatividade praticamente nula, em que o ideal de justiça é inspirado por valores éticos, abrangendo verdades originadas da lei divina e humana. A segunda fase, chamada de juspositivista, assinala que os Princípios derivam das leis, não estando ligados a um ideal de justiça, ou seja, os Princípios estão incluídos na Constituição, nos códigos e nas leis esparsas com o fim de sanar as lacunas existentes no ordenamento jurídico, sendo que continuaram carentes de normatividade, concebidos como meros informadores do direito penal positivo. Por fim, a terceira e última fase é conhecida como a do pós-positivismo em que os Princípios conquistam sua auto-aplicabilidade no sistema jurídico, sendo reconhecidos como pilares que sustentam as outras normas existentes atingindo, assim, seu auge normativo (BONAVIDES, 2006, p. 259/266).

Em suma, Bonavides (2006, p. 294) afirma que:



[...] a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Dessa forma, é notório que os Princípios possuem força normativa, ocupando os espaços vazios que se fazem presentes no ordenamento jurídico, tornando possível resolver os problemas concretos.

Ademais, convém expor o entendimento de Bobbio acerca da normatividade dos Princípios:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas? (*apud* BONAVIDES 2006, p. 263/264).

Logo, o que se verifica é que os Princípios, como normas de direito, são auto-sustentáveis, não sendo apenas limite ao sistema jurídico como também, conteúdo de sustentação para outras normas.

## **2.2 PRINCÍPIOS PENAIIS DE GARANTIA**

Partindo do que foi exposto os Princípios compreendem, então, a base de um sistema de ideias, como causa primária de algo, servindo como guia de orientação para as mais diversas decisões. É, portanto, o pilar do ordenamento jurídico, donde todos os demais pensamentos e ideias se fundamentam (ESPÍNDOLA, 1998, p. 47/48).

Feitoza (2010, p. 123) leciona que “Princípios de direito são normas de caráter geral, que se constituem em diretrizes do ordenamento jurídico”.

Nesse caminho, Clemente (*apud* BONAVIDES, 2006, p. 256) leciona que “Princípio de Direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

Os Princípios Gerais do Direito Penal são regras básicas e fundamentais tidas como alicerce para o desenvolvimento e aplicação da lei penal. Tais preceitos trazem maior segurança para o indivíduo quanto às garantias e direitos fundamentais previstos no art. 5º, da CF (MIRABETE, 2006, p. 89).

Assim, os Princípios penais constituem a essência da matéria penal, objetivando limitar o poder punitivo do Estado e resguardando os direitos fundamentais individuais, oferecendo vastas interpretações e de aplicações da lei penal, ou seja, serve de fundamento e para limitar a responsabilidade penal (PRADO, 2008).

No mesmo sentido, Queiroz destaca:

Princípios exercem essencialmente uma dupla função: constitui um limite à intervenção do Estado (função de garantia) e é um instrumento de justificação dessa intervenção (função legitimadora), motivo pelo qual tanto serve à legitimação quanto à deslegitimação do sistema (2008, p. 38).

Assim, ao lado dos direitos reconhecidos e declarados pela Constituição, existem garantias para sua proteção e efetivação. Como bem demonstra Novelino:

Os direitos são valores escolhidos no plano axiológico e consagrados, expressamente ou implicitamente, no plano normativo. As garantias, apesar de ligadas a um determinado valor, ou a valores indeterminados, possuem um aspecto instrumental. São mecanismos de limitação do poder na esfera dos direitos (2009, p. 435).

Assim, o Direito Penal nada mais é do que um conjunto de normas jurídicas nas quais se manifesta o interesse dos cidadãos, interpretado pelo Estado,

na previsão e definição dos fatos puníveis e respectivas sanções, bem como na aplicação de Princípios e Regras de proteção aos bens jurídicos fundamentais à convivência social (DOTTI, 2010).

É imprescindível, ainda que sintetizadamente, tecer alguns comentários a respeito da distinção entre direito e garantia.

Para Paulo Bonavides, “a garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora esse erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo do outro, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos.” (2006, p. 526).

Para Dóris Ghilardi de Farias (2006, p. 29), “as garantias, portanto, são meios de defesa do direito, visam a assegurar o direito, enquanto estes são enunciados declaratórios”.

Os direitos representam, só por si, certos bens, já as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas; na acepção jusracionalista, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

### **2.2.1 Princípio da Legalidade**

O aludido Princípio está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CF dispondo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Norma fundamental do Estado de Direito, que foi inscrita na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2008, p. 20).

Segundo Batista, (2007, p. 65) o Princípio da legalidade constitui a base de qualquer sistema penal que se pretenda ser justo e racional.

Antes de entendermos o Princípio supracitado, destaca-se, que há outros termos utilizados por doutrinadores para mencionar o referido Princípio, assim como, o Princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal. A grande maioria da doutrina considera o Princípio da legalidade sinônimo do Princípio da reserva legal.

Deste modo orienta-se intensamente no sentido de não haver diferença conceitual entre eles.

Capez (2011, p. 57), dissentindo desse entendimento, pensa que o Princípio da legalidade é gênero, a qual subdivide em duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Destacando que no descrito no art. 5º, inciso XXXIX, da CF e o no art. 1º, do CP (“não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal”) contém dois Princípios distintos: o da reserva legal, reservando as condutas tipificadas como crime e sua correspondente pena, e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal. Em suma, o Princípio da legalidade compreende o Princípio da reserva legal, bem como o da anterioridade da lei.

Capez nos ensina:

O princípio nos contém uma forma – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis (2011, p. 57).

Acrescenta, ainda:

O princípio da legalidade, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem o risco de ter a sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais (CAPEZ, 2011, p. 58).

Posto isso, Novelino leciona sobre o Princípio da legalidade:

O princípio da legalidade tem como objetivo limitar o poder do Estado impedindo sua utilização de forma arbitrária, assim a constituição conferiu ao poder legislativo a função de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas em conformidade com os preceitos constitucionais (2009, p. 435).

No mesmo sentido, Bitencourt prescreve sobre o aludido Princípio “O Princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal.” (2010, p. 41).

Prado reforça a mesma ideia:

O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito (2005, p. 140).

Ainda, pode-se destacar que esse Princípio consiste na submissão a todas as espécies normativas elaboradas em conformidade com o processo legislativo constitucional (leis em sentido amplo) (NOVELINO, 2009, p. 436).

Sobre o tema, Batista destaca:

Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva, através da qual se estabelece a positividade jurídica-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), porem ao mesmo tempo constitui a pena legal (função constitutiva) (2007, p. 65).

Assim, o Princípio da legalidade é posto como uma garantia constitucional do homem: o tipo exerce uma função garantidora do primado da liberdade porque a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão do Estado em seu direito de liberdade.

### **2.2.2 Princípio do Devido Processo Legal**

O devido processo legal é postulado fundamental do processo, Princípio constitucional do direito, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF/1988, transcrito da seguinte maneira: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Sobre o tema, Donizetti descreve:

O devido processo legal é o postulado fundamental do processo, preceito do qual se originam e para o qual, ao mesmo tempo, convergem todos os demais princípios e garantias fundamentais processuais. O devido processo legal é, ao mesmo tempo, preceito originário e norma de encerramento do processo, portador inclusive, de garantias não previstas em texto legal, “mas igualmente associada à ideia democrática que deve prevalecer na ordem processual” (2012, p. 83).

Marinoni acrescenta:

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais (2006, p. 64).

Segundo Novelino (2009, p. 445) “significa a obrigatoriedade da observância, para a privação de direitos ligados à liberdade ou à propriedade, de um determinado processo legalmente estabelecido, cujo pressuposto é a atividade legislativa moldada por procedimentos justos e adequados”.

O Princípio do devido processo legal está relacionado com as garantias à efetividade e à justiça (NOVELINO, 2009. p. 446).

Silva (1992, p. 378) enfatiza que esse Princípio garante que todos tenham um processo com os procedimentos instrumentais adequados, envolvendo garantias como do contraditório e ampla defesa, isonomia processual, entre outras.

Neste sentido, Novelino acrescenta:

O princípio garante a qualquer pessoa o direito de exigir que a privação de sua liberdade ou de seus bens só ocorra em conformidade com o processo especificado na lei. Em outras palavras: a privação de direitos só será legítima se houver a observância do processo estabelecido pela lei como sendo devido (2009, p. 445-446).

Em outro turno, pode-se dizer que o Princípio do devido processo legal atua tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar igualdade total de condições com o Estado, configurando, assim, essa dupla proteção ao indivíduo (MORAES, 2010, p. 107).

Partindo desse entendimento, podemos dizer que o devido processo legal (também conhecido como *due process of law*), atua tanto no âmbito formal/procedimental, quanto o substancial/material, sendo que o formal diz respeito sobre o processo prévio e justo que exige a publicitação anterior da realização dos atos processuais, bem como a existência de uma sequência previamente elencada de atos (ritos, procedimentos, prazos, etc.). Já no âmbito material, concerne às garantias materiais existentes, ou seja, direito a razoabilidade do Estado (legislativo, executivo ou judiciário), direito à justeza, isonomia material, proporcionalidade, razoabilidade em geral.

Há, ainda, garantias constitucionais que são corolário do conteúdo do devido processo legal assim como, p. ex, o Princípio da isonomia processual,

Princípio do contraditório e da ampla defesa, Princípio do juiz natural, Princípio da razoável duração do processo, Princípio da presunção de inocência, dentre outros.

### 2.2.3 Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio da presunção de inocência está consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional. Referido dispositivo estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, presumindo-se a inocência do acusado até que o contrário seja provado por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Na definição de Avena (2009, p. 13-14) o Princípio da presunção de inocência é um “[...] desdobramento do Princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal [...].”

Ainda, consignado ao Princípio da presunção de inocência está a “[...] prevalência do réu (*in dubio pro reu*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado” (NUCCI, 2010, p. 82).

Segundo Lima, o Princípio da presunção de inocência deriva de duas regras fundamentais: a Regra probatória e a Regra de tratamento. Aquela, Regra probatória, nos traz que a parte acusatória tem o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, sem deixar qualquer dúvida, e não o acusado provar sua inocência, ou seja, que recai exclusivamente o ônus da prova à acusação, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado. Quanto à Regra de tratamento, diz respeito ao impedimento de qualquer antecipação de juízo condenatório, ou seja, a restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença, exceto as medidas cautelares e, desde que presentes seus pressupostos legais, mostrando que a liberdade é a regra e a exceção é estar preso durante o curso do processo (2011, p. 12-18).

Vale ressaltar os ensinamentos de Moraes:

A consagração do Princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecidas pela jurisprudência, por considerar a

legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis* (2010, p. 119).

Desta forma, existe a necessidade do Estado comprovar a culpabilidade do agente, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

#### **2.2.4 Princípio da Economia Processual**

A Emenda Constitucional de 1945 trouxe consigo, de forma expressa, o Princípio da economia processual, incluindo-o na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, o seguinte texto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Todavia, o Princípio da Economia Processual já havia sido expressamente previsto no art. 62, da Lei n.º 9.099/1995, para os procedimentos de competência dos Juizados Especiais Criminais da seguinte forma: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.”

Por outro lado, Moraes (2010, p. 108) destaca que “já estavam contemplados no texto constitucional, seja na consagração do Princípio do devido processo legal, seja na previsão do Princípio da eficiência aplicável à administração”.

Segundo Nucci (2010, p. 816), economia processual “significa que o ganho de tempo é fundamental, motivo pelo qual o processo não pode ter longa duração”.

Capez (2008, p. 25) é sucinto em sua descrição, a qual descreve que o Princípio da economia processual “exprime a procurar de máxima eficiência na aplicação do direito, com o menos dispêndio de atos processuais possíveis”.



Em suma, segundo Feitoza (2010, p. 131) “o Princípio da economia processual estabelece que o processo deve alcançar seu resultado com o menos gasto possível de recursos humanos, temporais e materiais, inclusive com o menor número possível de atos e com o mínimo de custo pecuniário”.

Deste modo, o que se observa é que o citado princípio tem por objetivo fazer com que a tramitação de processos perante o judiciário seja econômico, de forma a exigir o mínimo possível de gastos, tanto de recursos humanos, temporais e materiais.

### **2.2.5 Princípio da Celeridade Processual e Princípio da Razoável Duração do Processo**

Muito embora no Brasil já acolhessemos o Princípio da celeridade processual com base no Pacto de São José da Costa Rica, a Emenda Constitucional n. 45/2004, conforme ressaltada alhures, cuidou de erigi-lo expressamente, incluindo na CF, no seu art. 5º, inciso LXXVIII o seguinte texto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sabe-se que ambos são Princípios constitucionais (Princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo), como verdadeiras diretrizes de toda a ordem jurídica nacional, podendo assim serem chamados.

Sobre o tema, Nucci leciona:

Celeridade é decorrência da economia processual, significa a realização rápida dos atos processuais, o que permite encurtar a instrução e garantir a eficiência do Estado na persecução penal (2010, p. 816).

Conforme vimos, o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF de 1988, assegura dois direitos fundamentais, de um lado, a razoável duração do processo e, de outro, a celeridade da tramitação do processo.

Sobre o tema, Feitoza descreve:

Uma duração razoável do processo não é, necessariamente, uma duração célere; aliás, às vezes, a única forma de ser razoável é não ser célere. Portanto, no direito brasileiro, o dispositivo constitucional indica uma tensão entre os dois princípios fundamentais (ou dois direitos fundamentais, conforme a perspectiva): O princípio constitucional da razoável duração do

processo e o princípio constitucional da celeridade do processo (2010, p. 160).

No mesmo sentido, Marinoni aduz:

Esse direito fundamental, além de incidir sobre o Executivo e o Legislativo, incide sobre o Judiciário, obrigando-o a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisprudencial, além de não poder praticar atos omissivos ou comissivos que retardem o processo de maneira injustificada (2006, p.222).

Deste modo, para a concreta efetividade dos Princípios supracitados, o Estado já vem erigindo alguns mecanismos com o fito de acelerar a pronta e eficaz prestação jurisdicional como, por ex., o número de juízes nas unidades jurisdicionais, a distribuição dos processos serão imediatas em todos os graus de jurisdição, a atividade jurisdicional será ininterrupta, dentre outros.

## 2.2.6 Princípio da Efetividade

Princípio não previsto expressamente no texto constitucional ou infraconstitucional, esse decorre do devido processo legal que garante que todos os demais direitos se efetivem.

O Princípio da Efetividade é algo recente, vindo a ser desenvolvido e trabalhado apenas após a Constituição Federal de 1988, tendo como meta garantir a efetivação dos direitos do indivíduo.

Iniciando, Barroso conceitua efetividade de forma clara:

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (2009, p. 220).

Sobre o tema, Marinoni prescreve:

Significa que os mecanismos processuais (isto é, os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos naquele que tem razão (2006, p. 67).

No dizer de Humberto Theodoro Júnior:

Trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa *nomen iuris*, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza (2005, p. 37).

Para Wambier, a efetividade que se requer das decisões emanadas da atividade jurisdicional do Estado, é que estas precisam expressar um resultado verdadeiro para que traga o devido respeito ao processo, exposto assim pelo autor:

Vale dizer que o direito ao processo significa direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos. Não se trata, é claro, de um processo fantasioso, que não desemboque numa efetiva prestação do serviço tutelar jurisdicional. O processo sem efetividade desrespeita o princípio do *due process of law* (1995, p.156).

Nesse padrão, não somente a condução do processo precisa ser condicionada ao fator tempo mas, também, os procedimentos devem cuidar efetiva e adequadamente dos direitos permitindo, assim, racionalmente e de forma tempestiva, a distribuição do tempo no processo.

## 2.2 DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Antes de iniciarmos o estudo sobre as causas extintivas da punibilidade, mais especificamente a prescrição, importante discorrer acerca do direito de punir do Estado, também denominado de “*jus puniendi*”, pois é dele, atualmente, que advém a titularidade do Estado de punir, bem como é sobre este direito que recai o referido instituto.

A história do Direito Penal consiste na análise do direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando com o Direito Penal vigente, ou seja, não se pode compreender o Direito no contexto da sociedade atual ignorando-se o seu passado.

Assim, neste viés, percorrendo o caminho histórico-evolutivo das fases da justiça punitiva, a doutrina majoritária tem adotado uma tríplice divisão quanto à

fases da evolução da vingança penal, que é representada pela vingança divina, vingança privada e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso (MEROLLI, 2010, p. 96).

Nucci aduz:

O ser humano sempre viveu em permanente estado de associação, na busca incessante do atendimento de suas necessidades básicas, anseios, conquistas e satisfação. E desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição (2012, p. 75).

Partindo desde pensamento, os homens desde a antiguidade, violavam as regras de convivência, passavam por cima de seus semelhantes para alcançar satisfação própria, sendo assim, submetidos à determinadas punições.

Nucci explica o primeiro período, conhecido como “vingança divina”:

Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. O vínculo existente entre os membros do grupo era dado pelo totem (estatuas em formas de animais ou vegetais), que era o antepassado comum do clã: ao mesmo tempo, era o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe enviava oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhecia e poupava os seus próprios filhos. Na relação totêmica, instituiu-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (algo sagrado e misterioso). Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo (2012, p. 75).

Merolli exalta sobre esse período:

Em suma, numa primeira cultura ou mentalidade punitiva (“vingança divina”), a pena possui nítido caráter de proteção sacral do grupo: a sanção punitiva representa uma forma de reação coletiva contra o autor do crime, com a única finalidade de desagrar a divindade ofendida pelo delito, evitando, assim, que esta se vingue implacavelmente, castigando todo o grupo (2010, p. 99).

Ainda, exemplifica Merolli:

Pois bem, se o crime é uma ofensa ao sagrado; a pena, por sua vez, seria uma forma de aplacar a cólera divina: o infrator deve ver-se submetido a determinados rituais de purificação que, invariavelmente, culminam em cruentos sacrifícios humanos, apenas como forma de se evitar a vingança sobrenatural (2010, p. 99).

Sobre o tema, Bitencourt aduz:

Nas sociedades revoltas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. A infração totêmica, ou melhor dita, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagrar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente desproporcional, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça (2010, p. 59).

Acrescenta Bitencourt:

Puni-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido [...]; O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação (2010, p. 60).

Num segundo momento de aproximação “histórico-evolutivo” das fases da justiça punitiva, chega-se ao período conhecido como “vingança privada”.

Bitencourt, sobre o tema:

Evoluiu-se, posteriormente, para a vingança privada, que poderia envolver desde o indivíduo isoladamente até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação de grupos. Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), deixando-o à mercê de outros grupos, que fatalmente o levaria à morte. Quando, no entanto, a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue”, verdadeira guerra grupal (2010, p. 60).

Na mesma linha de raciocínio, Merolli:

As abordagens teóricas sobre a vingança privada tem por hábito retratá-la como sendo precisamente aquela “fase” da justiça punitiva na qual se verificavam verdadeiros atos empreendidos entre tribos diversas, quer se tratando de atos realizados dentro do próprio agrupamento social (2010, p. 100).

E acrescenta Nucci:

Atingiu-se, em uma segunda fase, o que se convencionou chamar de *vingança privada*, como forma de reação da comunidade contra o infrator. Na realidade a justiça pelas próprias mãos nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre o indivíduo pela mística e mágica) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência (2012, p. 75-76).

Vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, surgiu o que se denominou de “vingança pública” que, segundo Bitencourt:

[...] superando as fases da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório (2010, p.61).

Sobre o período, Nucci leciona:

Nessa época, prevalecia o critério do talião (olho por olho, dente por dente), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer do mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. Entretanto, não é demais destacar que a adoção do talião constituiu uma evolução no direito penal, uma vez que houve, ao menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor (2012, p. 76).

Observando esse tempo, tem-se que varias instituições tiveram a titularidade ou mesmo compartilharam o *jus puniendi*, assim como os senhores feudais, a igreja, etc. (GOMES, 2012, p. 225).

Nota-se que a “vingança” constituía a principal forma para a resolução de conflitos na relação em sociedade.

Em suma, Capez descreve:

A autotutela remonta aos primórdios da civilização e caracteriza-se, basicamente, pelo uso da força bruta para satisfação de interesses. A própria repressão aos atos criminosos se fazia ora em regime de vingança ou de justiça privada, ora pelo Estado, sem a interposição de órgãos imparciais. Os dois traços característicos da autotutela são portanto: a ausência de juiz imparcial e a imposição da decisão por um das partes a outra. [...] (2008, p. 4).

Assim, com o intuito de resolver os conflitos de uma forma racional e eficaz, respeitando as garantias individuais, passou-se a pensar que uma entidade única, sendo ela pública, poderia solucionar de forma imparcial tais problemas quando não houvesse a ordem social (GOMES, 2012, p. 225-226).

A partir de então, surge o *jus puniendi* que, segundo Gomes (2012, p. 223) é “o direito de punir do Estado”. Alguns doutrinadores o colocam como direito penal subjetivo, não confundido este com o conjunto de normas penais, que faz

parte do ordenamento jurídico, o chamado, doutrinariamente, de Direito Penal objetivo (GOMES, 2012).

Sobre o tema, Damásio exalta que:

As noções de Direito objetivo e subjetivo decorrem do fato de o Direito, através da determinação de normas, regular as condutas humanas e outorgar a alguém o poder de exercê-lo. Como vimos, o Direito Penal tem na sanção o seu meio de ação. Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem o direito de aplicar sanções. Só o Estado é o titular do *jus puniendi*, que é o Direito Penal subjetivo. Mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular, pois o Estado conserva o monopólio do direito de punir (1999, p. 7).

Surge o Estado, centralizando o poder de punir, retirando-o das mãos da população, garantindo a segurança ao povo e de punir os que contrariassem a lei, acabando, enfim, com a antiga “vingança”.

Gomes destaca:

A autoafirmação do Estado como máxima instância política frente às restantes instituições sociais foi produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do *jus puniendi* em suas mãos (2012, p. 225).

Azambuja fala sobre a importância da intervenção do Estado para a resolução dos conflitos:

É necessário, portanto, que sejam traçados limites para o gozo da liberdade pelos indivíduos. Traçar esses limites é função recíproca do Direito, e como devem ser claros, e conhecidos por todos, para serem respeitados, as leis os declaram expressamente (1986, p. 157).

No mesmo sentido, Capez (2008, p. 4) registra que sem a atuação do Estado como controlador dos interesses sociais, “[...] não se concebe a convivência social, pois cada um dos integrantes da coletividade faria o que bem quisesse, invadindo e violando a esfera da liberdade do outro. Seria o caos”.

Portanto o Estado, como única entidade dotada de poder soberano, atuará como controlador dos interesses sociais e substituto das partes, momento em que esta passará para a posição de jurisdicionada, pois será substituída pelo Estado na solução da justiça e aplicação do direito material. Deste modo, se evita a autocomposição ou, ainda, nas palavras de Nucci (2010, p. 243-244) a autotutela, na qual o ofendido decide fazer “justiça com as próprias mãos”, e que acaba sempre gerando descontroles e excessos, justamente por ser a vítima, figura parcial.

Neste ponto, acentua Marcon (2004, p. 50) que na medida em que a sociedade se desenvolve, o Estado passa a ter mais controle sobre os interesses sociais surgindo como um terceiro imparcial com a finalidade de solucionar conflitos.

O Estado, com competência exclusiva para criar a norma penal incriminadora, passa a ter o “direito de punir” em abstrato (*jus puniendi in abstracto*). Por outro lado, no momento da prática da infração penal, o estado passa a ter o direito de punir em concreto (FEITOZA, 2010, p. 69) oportunidade em que poderá efetivamente exercer a punição àquele que se comportar contrário a lei.

Capez explica o poder de punir em abstrato e o direito de punir em concreto:

Trata-se, portanto, de um poder abstrato de punir qualquer um que venha a praticar o fato definido como infração penal. No momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se em uma pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor. O Estado, que tinha o poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir determinada pessoa (2008, p. 2).

Logo, com a prática do crime, o Estado, que tinha o direito abstrato de punir, o torna concreto surgindo, então, a punibilidade que nada mais é do que a possibilidade do Estado impor a sanção correspondente. Surge, então, um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do sujeito (DAMASIO, 1999).

Delmanto afirma que:

O Estado possui, de modo abstrato, o poder/dever de punir aqueles que violam a lei penal. Todavia, para que esse poder/dever possa se concretizar, exige-se o trânsito em julgado de condenação criminal, quando, para o mundo jurídico, passa a existir a certeza de que o crime ocorreu e de quem é o seu autor (2007, p. 314).

A partir disso, o Estado passa a realizar as funções constitucionais, como assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade, dentre outros direitos fundamentais.

Capez ressalta:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo. [...] Esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não



se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo (2008, p. 1).

Nota-se que, com o decorrer dos tempos, a mentalidade de uma sociedade conservadora abriu espaço para o que hoje vimos presente na sociedade atual. Portanto, como falado inicialmente, é de suma importância para compreensão do direito, da pretensão de punição, este histórico apresentado.

### **3 DA PRESCRIÇÃO COMO CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE**

### 3.1 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Ao discorrer, no capítulo anterior, acerca da evolução histórica do direito de punir do Estado analisa-se, agora, a prescrição, como uma das causas extintiva de punibilidade e, para isso, discorreremos brevemente, sobre o que significa extinção de punibilidade.

Para Capez (2011, p. 613-614) punibilidade é "a possibilidade de efetivação concreta da pretensão punitiva. Para satisfazê-la, o Estado deve agir dentro de prazos determinados, sob pena de perdê-la".

Segundo Regis Prado, punibilidade é a "possibilidade jurídica de impor a sanção penal, é mera condicionante ou pressuposto da consequência jurídica do delito, não integrando o conceito analítico do mesmo. Condições objetivas de punibilidade." (2004, p. 774).

Segundo Capez:

O Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*). Tratando-se de manifestação de poder soberano, tal direito é exclusivo e indelegável. [...] O Estado não tem o poder de punir fulano ou beltrano, mas simplesmente tem o poder de punir (qualquer eventual infrator) (2011, p. 612).

Vimos, portanto, que o Estado, com a evolução histórica, agora, detém, exclusivamente, o direito de punir qualquer eventual infração perpetrada por qualquer indivíduo.

Ainda, Capez:

No momento em que um crime é praticado, esse direito abstrato e impessoal se concretiza e se volta especificamente contra a pessoa do delinquente. Nesse instante, de direito passa para pretensão. Pretensão é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio. O Estado passa a ter o interesse de submeter o direito de liberdade daquele criminoso ao seu direito de punição. Surge uma relação jurídico-punitiva com o delinquente, pela qual o direito de punir sai do plano abstrato e se concretiza, voltando-se contra o autor da infração penal. Essa pretensão individual e concreta, na qual o direito abstrato se transformou, denomina-se punibilidade (2011, p. 613-614).

No mesmo norte, Damásio:

O Estado é, então, titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo ao fato cometido pelo delinquente. E faz isso por meio da ação penal, em que o acusado é a dedução em juízo da pretensão punitiva, tendo por objeto imediato o julgamento da própria pretensão punitiva, a prestação jurisdicional, e por objeto mediato, a imposição da sanção penal prevista no preceito secundário da normal penal (1999, p. 722).

Então, para que exista a punibilidade, é necessário a prática de um fato típico e ilícito, sendo o sujeito culpável (DAMASIO, 1999, p. 677).

Surge uma relação jurídico-putativa, quando o indivíduo perpetra um crime, assim, de um lado, aparece o Estado com o *jus puniendi* (direito do estado de punir); de outro, o réu, com a obrigação de não obstaculizar o direito de o Estado impor a sanção penal (DAMASIO, 1999, p. 677).

Sobre a punibilidade e sua extinção Bitencourt ensina:

A pena não é elemento do crime, mas consequência deste. A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso pode ocorrer as chamadas causas extintivas, que impedem a aplicação ou execução da sanção respectiva. No entanto, não é a ação penal que se extingue, mas o *jus puniendi* do Estado (2009, p. 277).

Bitencourt ainda complementa sobre a limitação do poder punitivo:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *jus puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada (2009, p. 284).

Em nosso ordenamento jurídico, somente o Estado é detentor do direito de impor sanções aos indivíduos que cometem crimes. Entretanto, em algumas situações, o Estado perde o direito de iniciar ou prosseguir com a persecução penal e estas situações são caracterizadas pelas causas de extinção da punibilidade.

Praticado o fato típico, e sendo o agente culpável, caberá ao Estado exercer o *jus puniendi*, como explicado no capítulo anterior, abrindo-se, então, a possibilidade de aplicação da pena. Acontece que, mesmo diante da ocorrência do crime, podem surgir, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença, causas de extinção do direito de punir. Essas causas não afastam o crime, pois a punibilidade não é requisito deste.

Sobre o tema, Nucci aduz:

Em regra, ocorrendo uma dessas causas, extingue-se a possibilidade do Estado de impor uma pena ao agente, embora remanesça o crime praticado (2012, p. 598).

Assim, em algumas situações, o Estado perde o direito de iniciar ou prosseguir com a persecução penal, estas situações são caracterizadas pelas causas de extinção da punibilidade (DAMASIO, 1999, p. 680), que segundo Capez (2011, p. 588) "são aquelas que extinguem o direito de punir do Estado, mencionadas no art. 107 do CP, o rol legal não é taxativo, pois causas outras existem no CP e em legislação especial".

Ressaltam-se algumas causas dispersas no ordenamento jurídico brasileiro, como: perdão judicial.

Sobre o tema Junqueira leciona:

Nem todas as causas extintivas da punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal, valendo ressaltar que o cumprimento da pena, que não consta no rol, extingue a punibilidade, bem como o cumprimento fiel da suspensão condicional do processo. O rol do art. 107 é o seguinte: a) morte do agente; b) *abolitio criminis* (lei que revoga tipo incriminador); c) Anistia; d) Graça e indulto; e) Renúncia ao direito de queixa; f) Perdão do ofendido; g) Retratação; h) Perempção; i) Decadência; j) Perdão Judicial; k) Prescrição (2008, p. 27-28).

As causas extintivas da punibilidade implicam renúncia, pelo Estado, do exercício do direito de punir, seja pela não imposição de uma pena, seja pela não execução ou interrupção do cumprimento daquela já aplicada (PRADO, 2004, p. 775).

Assim, após a realização de uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável, podem sobrevir determinadas causas que extinguem a possibilidade jurídica de imposição ou execução da sanção penal. São as denominadas causas de extinção da punibilidade, motivadas por certas contingências (PRADO, 2004, p. 774).

Dos Santos conclui:

Extinção da punibilidade significa o desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos definidos como crimes, pela ocorrência de eventos, situações ou acontecimentos determinados na lei como causas de extinção da punibilidade (2008, p. 689).

As causas extintivas da punibilidade, sejam quais forem, podem ocorrer antes ou depois da sentença condenatória irrecorrível e trazem consigo efeitos relevantes quanto à reincidência. Assim, se a extinção da punibilidade ocorrer antes da sentença, vindo o sujeito a praticar outro crime, não será considerado reincidente; mas se, porém, a causa extintiva da punibilidade ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o sujeito vindo a praticar novo crime, será considerado reincidente porque a sentença penal condenatória se perfectibilizou, permanecendo hígido todos os seus efeitos (DAMÁSIO, 1999, p. 682 e 722).

Ressalta-se que a declaração de extinção da punibilidade poderá ser declarada, pelo juiz, de ofício, a qualquer momento na fase do processo, conforme preceitua o art. 61 do Código de Processo Penal, ou a requerimento das partes.

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.

Assim, como ponto focal do trabalho, abordaremos especialmente a prescrição como causa extintiva de punibilidade, prevista no art. 107, inc. IV, do CP.

### **3.2 DA PRESCRIÇÃO**

É possível afirmar que a prescrição é um dos mais antigos institutos de Direito e, ainda assim, é matéria da mais alta complexidade, rendendo aos juristas diversas discussões como, por exemplo, a aplicabilidade da prescrição antecipada ou em perspectiva, ponto chave desse trabalho.

Quanto à prescrição, que é uma das causas de extinção da punibilidade, Damásio de Jesus nos ensina:

O verbo “prescrever”, no sentido comum, significa preceituar, fixar, limitar e determinar; no sentido jurídico, quer dizer ficar sem efeito um direito por ter decorrido certo prazo legal. A palavra “prescrição”, no sentido comum, significar preceito, ordem expressa; no sentido jurídico, significar perda de um direito em face de seu não-exercício dentro de certo prazo (1999, p. 721).

Para Greco:

A prescrição é o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado tempo previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade (2012, p. 249).

No mesmo sentido Damásio:

Prescrição penal, num conceito preliminar, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Preferimos dizer que a prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso de tempo sem o seu exercício (1999, p. 721).

Tratando-se da prescrição como ordem pública, Nucci (2012, p. 614) aduz que “trata-se, de matéria preliminar, ou seja, impede a análise do mérito”.

No mesmo norte, Zaffaroni:

A prescrição em matéria criminal é de ordem pública, razão pela qual pode ser decretada pelo juiz *ex officio*, ou a requerimento das partes, em qualquer consoante a doutrina e a jurisprudência, ser pleiteada por meio de *habeas corpus* ou da revisão criminal (2010, p.646).

Ainda Capez:

O reconhecimento da prescrição impede o exame de mérito, uma vez que seus efeitos são tão amplos quanto os de uma sentença absolutória. Ademais, desaparecido o objeto do processo, este não encontra justificativa para existir por mais nenhum segundo (2011, p. 617).

Assim, malgrado o crime com todos os seus requisitos especiais presentes, a prescrição faz desaparecer o direito do Estado de exercer *jus puniendi* (DAMASIO, 1999, 721).

Delmanto ensina 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 (1998, p. 314).

No mesmo sentido, Nucci aduz que “não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social.” (2012, p. 610-611).

Segundo Capez:

Prescrição é, justamente, a perda da pretensão concreta de punir o criminoso ou de executar a punição, devido à inércia do Estado durante determinado período de tempo (2011, p. 614).

Prado conclui:

O não exercício do *jus puniendi* estatal conduz à perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido. A prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado (2004, p. 789).

Ainda, Zaffaroni destaca quanto ao desaparecimento do direito do Estado:

A inércia do Estado e a ineficiência de seus órgãos de repressão obrigam-no a restringir o seu poder-dever de punir, e o reconhecimento da prescrição, em tal situação, nada mais representa do que o triunfo do direito humano de liberdade sobre a deficitária e ineficiente máquina repressiva do Estado (2010, p. 654).

Verifica-se, portanto, que o instituto da prescrição é muito importante, sendo que poderá ser alegado a qualquer momento do processo, acarretando o arquivamento definitivo, se presente os requisitos legais e, conseqüentemente, extinguindo a punibilidade do delinquente.

Nucci ressalta:

Concretizando-se a causa de extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, atinge-se o direito de punir (*jus puniendi*) do Estado, não persistindo qualquer efeito do processo ou da sentença condenatória eventualmente proferida. Ex.: prescrição da pretensão punitiva, decadência e renúncia. Quanto a extinção da punibilidade ocorrer após o trânsito em julgado, extingue-se a pretensão executória do Estado – imposição de pena -, remanescendo, no entanto, os efeitos secundários da sentença condenatória, tais como lançamento do nome no rol dos culpados, possibilidade de gerar reincidência e maus antecedentes criminais, entre outros. Ex: indulto (2012, p. 599).

Há duas espécies de prescrição: a que ocorre antes do trânsito em julgado (punitiva), e posterior à sentença (executória), e seus efeitos são diferentes. Reconhecida a prescrição, a persecução penal deve ser encerrada sob pena de constrangimento ilegal, corrigido via *Habeas Corpus*.

Ainda, dependendo da fase processual em que o Estado perde o direito de aplicar a pena, combinado com o critério para o cálculo do prazo, a prescrição da pretensão punitiva se subdivide em: a) Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita ou abstrata; b) Prescrição da Pretensão Punitiva intercorrente ou

superveniente à sentença condenatória; c) Prescrição da Pretensão Punitiva retroativa; d) Prescrição da Pretensão Punitiva antecipada, projetada, perspectiva ou virtual (CAPEZ, 2011, p. 617).

Sobre o tema Capez descreve:

O Estado possui duas pretensões: a de punir e a de executar a punição do delinquente. Por conseguinte, só existem duas extinções. Existem, portanto, apenas duas espécies de pretensão: a) prescrição da pretensão punitiva (PPP); b) prescrição da pretensão executória (PPE) (2011, p. 616).

Por Regis Prado:

São duas as espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. A primeira – também denominada prescrição da ação penal – verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; já a segunda – prescrição da condenação – ocorre após o trânsito em julgado da decisão (2004, p. 789).

Da mesma forma Capez:

O não exercício da pretensão punitiva acarreta a perda do direito de impor a sanção. Então, só ocorre antes de transitar em julgado a sentença final. O não exercício da pretensão executória extingue o direito de executar a sanção imposta. Só ocorre, portanto, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (2011, p. 614).

A prescrição, seja da pretensão punitiva, ou da executória, em regra, alcança todas as infrações penais. A Constituição Federal, porém, nos traz algumas exceções, não alcançando os crimes de racismo e aos referentes às ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Nestes casos, não há lapso temporal para a extinção da punibilidade do agente, pois são imprescritíveis, como previsto (DAMÁSIO, 1999, 724).

Assim, a regra geral de prescritibilidade das infrações penais não é absoluta. Conforme a CF/88, são imprescritíveis a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (PRADO, 2004, p. 789).

Quanto aos prazos legais prescricionais, estes têm natureza penal, contando-se o dia do começo, não se suspendendo nas férias, fins de semana e feriados, e, sendo improrrogáveis, descontando-se o último dia.



A prescrição tem seus prazos regulados pelo art. 109, do CP, que foi modificado em seu inc. VI pela Lei nº 12.234, de 2010 e possui a seguinte redação:

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:

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

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

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

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

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

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Esses prazos fornecidos pelos incisos do artigo supracitado servirão não somente para o cálculo da prescrição, considerando-se a pena máxima em abstrato como, também, para aqueles relativos à pena já fixada na sentença condenatória.

Por fim, urge consignar que, dependendo da ocorrência de alguns fatos, a contagem do prazo prescricional pode ser interrompida (causas interruptivas da prescrição) ou suspensa (causas impeditivas ou suspensivas da prescrição). A interrupção, cujo marco interruptivo é a data da publicação da decisão, faz com que o lapso temporal já transcorrido seja descartado, voltando o termo inicial da prescrição da data em que cessar a causa da interrupção. O rol de causas interruptivas é descrito, *numerus clausus*, no art. 117 do CP.

Sobre o tema Bitencourt leciona:

Ocorrendo uma causa interruptiva, o curso da prescrição interrompe-se, desaparecendo o lapso temporal já decorrido, recomeçando sua contagem desde o início. Enfim, uma vez interrompida, a prescrição volta a correr novamente, por inteiro, do dia da interrupção, até atingir seu termo final, ou até que ocorra nova causa interruptiva (2010, p. 821-822).

A suspensão, por outro lado, é denominação da paralisação do curso da prescrição, sem que se perca o tempo já transcorrido. Logo, cessada a causa impeditiva (previstas no art. 116, do CP), a contagem do tempo é retomada de onde havia parado, computando-se o tempo já esvaído.

Neste sentido Bitencourt:

Verificando-se uma causa suspensiva, o curso da prescrição suspende-se para retomar o seu curso depois de suprimido ou desaparecido o

impedimento. Na suspensão o lapso prescricional já decorrido não desaparece, permanece válido. Superada a causa suspensiva, a prescrição recomeça a ser contada pelo tempo que falta, somando-se como o anterior (2010, p. 818).

Vale lembrar que o efeito interruptivo se estende a todos os agentes e para todos os delitos.

Portanto, no direito, o decurso do tempo é fundamental, pois as relações jurídicas não podem ser perpétuas. Torna-se imprescindível sua estabilização e, para tanto, utiliza-se mecanismos jurídicos aptos a produzir tal efeito como a prescrição.

### 3.2.1. Prescrição da Pretensão Punitiva

Instituto de direito material, ocorre quando o Estado não consegue, no prazo determinado em lei, a certeza da culpa (trânsito em julgado da sentença condenatória) (JUNQUEIRA, 2008, p. 29).

Segundo Bitencourt:

Com a prática do crime, o direito *abstracto* de punir do Estado concretiza-se, dando origem a um conflito entre o direito estatal de punir e o direito de liberdade do indivíduo. [...] Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitada em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação (2010, p. 812).

Ainda:

A prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido (BITENCOURT, 2010, p. 812).

Sobre o tema, Nucci diz que:

Há duas formas de se computar a prescrição: a) pela pena abstrata (*in abstracto*); b) pela pena concreta (*in concreto*). No primeiro caso, não tendo ainda havido condenação, inexistente pena determinada e definitiva para servir de base ao juiz ao cálculo da prescrição. Portanto, utiliza-se a pena máxima abstrata prevista para o delito (art. 109, CP). [...] No segundo caso, já tendo havido condenação com o trânsito em julgado, ao menos para a acusação, a pena torna-se concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição (art. 110, CP) (2012, p. 611).

Assim, quanto às modalidades de prescrição da pretensão punitiva, Bitencourt (2009, p. 287) assim classifica: “A prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição abstrata, prescrição retroativa e prescrição intercorrente”.

Quanto ao cálculo, Capez leciona:

A PPP é sempre calculada pela pena concretamente fixada. O prazo é de Direito Penal, computando-se o dia do começo e não se prorrogando quando terminar em sábado, domingo ou feriado. A pena aplicada deve corresponder ao prazo prescricional fixado na tabela do art. 109 do CP (2012, p. 230).

Imperioso ressaltar, que a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá somente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nunca posterior. Assim, impondo ao Estado agir no interregno determinado por lei.

### 3.2.1.1 Da Prescrição Retroativa

Criação original da jurisprudência brasileira, a prescrição retroativa é regida pela pena concretizada na sentença e contada, retroativamente, até a causa de interrupção anterior: da sentença à denúncia (SANTOS, 2008, p. 697).

Regis Prado leciona sobre o tema:

A prescrição retroativa também figura como espécie do gênero prescrição da pretensão punitiva. A exemplo da prescrição superveniente, regula-se pela pena imposta ao réu. Todavia, diversamente daquela, a prescrição retroativa tem o seu prazo contado regressivamente. Encontra justificativa na inércia da autoridade pública, que não obedece aos prazos legais expressamente previstos para o processo penal. Assim, se entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou se entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença penal condenatória excede-se o lapso temporal – aferido com base na pena *in concreto* -, aplica-se a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa (2004, p. 797).

Ensina Capez:

Por que o nome “retroativa”? Porque se conta de frente para trás. O tribunal faz o cálculo da publicação da sentença condenatória para trás [...] Exemplo da necessidade de proceder à recontagem retroativa: o prazo prescricional do furto simples calculado pela pena abstrata é de 8 anos (pena máxima = 4 anos de reclusão), mas, se a pena concreta for aplicada no mínimo de um

ano, esse prazo despencará para 4 anos. É bem possível que, embora não tenha ocorrido 8 anos, tenham-se passado mais de 4 anos (2011, p. 629).

No mesmo sentido Nucci:

É a perda do direito de punir do Estado, considerando-se a pena concreta estabelecida pelo juiz, com o trânsito em julgado para a acusação, bem como levando-se em conta o prazo anterior à própria sentença (entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da sentença como regra.[...]) (2012, p. 616).

Segundo Bitencourt:

A prescrição retroativa leva em consideração a pena aplicada, *in concreto*, na sentença condenatória, contrariando à prescrição *in abstracto*, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito. A prescrição retroativa (igualmente a intercorrente), como subespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109, Tem – segundo Damásio de Jesus - “por fundamento o princípio da pena justa”, significando que, ausente recurso de acusação ou improvido este, a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto. Por isso deve servir de parâmetro para a prescrição, desde a consumação do fato, inclusive (2010, p. 814).

Entretanto, houve alteração no art. 110 do CP, vedando a prescrição retroativa computada entre a data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa.

Esclarece Capez:

De acordo com a nova redação do art. 110, §1º, “a prescrição, depois da sentença condenatória com o trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”. O § 2º, por sua vez, acabou sendo revogado pelo aludido Diploma Legal (2011, p. 629).

Com essa alteração, o que houve, na verdade, foi apenas a vedação da prescrição retroativa recaia entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, mas com relação ao marco temporal constante nas alíneas do art. mencionado, esse instituto continua a ser aplicado (CAPEZ, 2011. p. 629).

No mesmo norte Greco:

Diz retroativa, atualmente, após a revogação do §2º do art. 110 do Código Penal, a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível (2012, p. 257).

Logo, o que se verifica, é que com a nova redação, a prescrição da pretensão punitiva estatal entre a data do fato e a denúncia ou queixa passou a ser vedada.

Sobre o tema, Capez conclui:

Nesse contexto, não se operará a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou queixa, isto é, durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, em que ocorre a apuração do fato, não mais poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima abstrata (2011, p. 629).

No que toca à contagem do prazo na prescrição da pretensão punitiva retroativa, Capez:

É também calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que haja trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido o seu recurso. [...] A retroativa é contada da publicação dessa decisão para trás. Reconta-se a prescrição, que, antes, teve seu prazo calculado em função da maior pena possível, e, agora, é verificada de acordo com a pena aplicada na sentença (2011, p. 628).

Observa-se que, nesta espécie de prescrição punitiva, é imprescindível o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação e, contado o prazo da publicação da sentença pra trás, até a denúncia.

### **3.2.1.2 Da Prescrição Abstrata**

Denomina-se prescrição abstrata porque ainda não existe pena concretizada na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso prescricional (BITTENCOURT, 2010, p. 813).

Segundo Nucci (2012, p. 615) “é a perda do direito de punir, levando-se em consideração prazos anteriores ao trânsito em julgado definitivo, isto é, para ambas as partes”.

O prazo da prescrição abstrata regula-se pela pena cominada ao delito, isto é, pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente prevista para o crime, segundo a tabela do art. 109 do CP. Assim, por exemplo, a pretensão estatal prescreve em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze (art. 109, I), ou em

três anos, se o máximo da pena é inferior a um (art. 109, IV) (BITENCOURT, 2010, p. 813).

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2002 p. 754), observa-se essa modalidade “antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém”.

É a perda de pretensão punitiva do Estado, levando-se em conta a pena máxima em abstrato cominado para o crime. Utilizado quando o Estado não dispõe de pena concreta, aquela efetivamente aplicada pelo juiz, sem mais recurso da acusação (Nucci, 2009, p. 595).

### **3.2.1.2 Intercorrente ou superveniente à sentença condenatória**

Espécie com diversas nomenclaturas, mas com o mesmo significado, a prescrição da pretensão punitiva intercorrente também é calculada com base na pena concretizada na sentença.

Segundo Greco:

Os termos superveniente, intercorrente e subsequente traduzem a mesma modalidade de prescrição, embora exista uma predileção doutrinária e jurisprudencial pelo primeiro, ou seja, pela denominação prescrição superveniente (2012, p. 626-627).

Ainda:

Considera-se superveniente a prescrição a que é contada a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível, tomando-se por base o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do recurso. É reconhecida pelo nome de superveniente justamente por ocorrer após a sentença ou acórdão condenatório recorrível (2012, p. 258).

Denota-se que a prescrição da pretensão punitiva, denominada intercorrente ou superveniente à sentença condenatória, como a própria nomenclatura já descreve, é a perda do direito de punir do Estado, considerando a pena concreta imposta na sentença transitada em julgado para a acusação ou improvido seu recurso, tendo como interregno a data da sentença até o trânsito em julgado para a defesa.

Assim, sobre o tema Capez:

É a prescrição que ocorre entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado. [...] Seu prazo é calculado com base na pena concreta fixada na sentença e não com base no máximo cominado abstratamente. [...] Por essa razão, o art. 110, § 1º, do CP determina que, após o trânsito em julgado da condenação para a acusação, a prescrição é regulada pela pena fixada na sentença. Nota-se que a condenação precisa transitar em julgado para a acusação (2011, p. 626-627).

### Segundo Greco:

Assim, para que possa concluir pela prescrição superveniente: 1) deve existir uma sentença ou acórdão condenatório recorríveis, fixando uma determinada quantidade de pena, que será utilizada para efeitos de cálculo, de acordo com o art. 109 do Código Penal; b) deverá ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação (Ministério Público ou querelante); c) não pode ter ocorrido a prescrição retroativa, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível; d) será calculada para frente, ou seja, a partir da sentença ou acórdão condenatório recorrível (2012, p. 258).

Observa-se que tanto a prescrição retroativa, quanto a prescrição intercorrente levam em consideração a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória, sendo que o que os diferencia é o lapso prescricional.

Zaffaroni diferencia a prescrição punitiva intercorrente da prescrição punitiva retroativa:

Ainda quando existe recurso da acusação, pode ocorrer a prescrição intercorrente, pois o art. 110, §1.º, fala também em prescrição regulada pela pena aplicada “depois de improvido” o recurso da acusação. Consequentemente, negado provimento ao recurso da acusação, dá-se a prescrição retroativa, quando o prazo prescricional calculado sobre a base da pena concretizada esgotou-se entre os seus limites interruptivos (2010, p. 655).

Com clareza, Nucci prescreve que:

É a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena concreta, com o trânsito em julgado para a acusação, ou improvido seu recurso, cujo lapso para a contagem tem início na data da sentença e segue até o trânsito em julgado desta para a defesa (2012, p. 616).

Ainda, sobre o tema, Regis Prado afirmou que:

A prescrição superveniente (intercorrente ou subsequente) é hipótese excepcional em que a prescrição da pretensão punitiva não é regida pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada, mas sim pela pena imposta na sentença condenatória (2004, p. 796).

Ressalta que, para a ocorrência da prescrição intercorrente, necessários, simultaneamente, a inoccorrência de prescrição abstrata e de prescrição retroativa; sentença condenatória transitada em julgada para a acusação ou improvido o seu recurso.

Ainda, sobre o tema Zaffaroni:

Aplicada a pena e não tendo havido recurso da acusação, a pena privativa de liberdade não pode mais ser alterada para prejudicar o sentenciado, tornando-se base para o cálculo da prescrição mesmo que não tenha transitado em julgado para a defesa (2010, p. 653).

Capez contribui:

Até a sentença condenatória, a prescrição é calculada pela maior pena prevista no tipo; após a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, calcula-se pela pena fixada na sentença (2011, p. 627).

Assim, muito embora pouco utilizada, visto que para a possibilidade de reconhecer esta espécie, é necessária a inoccorrência das demais, está expressamente ditada em nosso ordenamento jurídico.

#### **3.2.1.4 Prescrição Antecipada**

Não é propriamente uma modalidade de prescrição, mas reconhecida pela ausência de interesse processual, para reconhecer antecipadamente a prescrição retroativa. A prescrição virtual ou antecipada é extremamente polêmica. Entretanto, não é reconhecida pelo STJ e pelo STF. A prescrição antecipada, também conhecida por virtual, baseia-se na pena que, hipoteticamente, seria aplicada ao agente e com base na pena que, possivelmente, iria ser aplicada, calcula-se o prazo prescricional.

Uma das espécies de prescrição da pretensão punitiva, muito embora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça tenha aprovado a Súmula nº 438, que reconhece a sua inadmissibilidade, a denominada prescrição virtual vem sendo aplicada pelos operadores do direito (Capez, 2011, p. 630).

Capez leciona sobre o tema:



[...] é aquela reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz, no momento futuro da condenação (2011, p. 630).

No mesmo sentido, Santos:

A hipótese de pena virtual – ou pena perspectiva-, fundamenta a prescrição retroativa antecipada, regida pela previsão perspectiva ou virtual – no momento da denúncia ou das alegações finais – do máximo da pena aplicável na sentença criminal, válido como pena concretizada para contagem retroativa antecipada, como o pedido de arquivamento do inquérito policial ou de declaração judicial da extinção da punibilidade por prescrição retroativa antecipada, formulado pela acusação ou pela defesa – outra generosa invenção da jurisprudência brasileira, amplamente empregada por segmentos liberais do Ministério Público e da Magistratura (2008, p. 698-699).

Conclui Medeiros:

Nesse meio, a prescrição virtual nada mais é que uma modalidade de prescrição na qual o magistrado simula, tendo por base os aspectos objetivos e subjetivos do crime, a pior sanção possível para o réu se condenado fosse ao final da instrução criminal e, sendo o caso, vislumbra o esgotamento do prazo prescricional já no momento da instauração da ação penal, ou mesmo em seu curso (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Assim como supramencionado, as decisões do STJ caminham em não reconhecer a prescrição antecipada ou virtual:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. 2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão. 3. Recurso a que se nega provimento (BRASIL, STJ, 2013, “a”).

No mesmo sentido decidiu o STF:

RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO.

A tese dos autores já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja orientação é no sentido de refutar o instituto ante a falta de previsão legal. Precedentes. Recebimento da denúncia pelo Tribunal Regional Federal. Alegada supressão de instância. Súmula n. 709 do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência de supressão de instância, nos termos da súmula 709 do Supremo Tribunal Federal, que preceitua: “Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acordão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”. Recurso Ordinário em Habeas Corpus a que se nega provimento (BRASIL, STF, 2013, “b”).

Os Ministros e Desembargadores dos respectivos órgãos sustentam a tese de que a prescrição virtual ou antecipada, ao contrário da prescrição retroativa, não encontra amparo legal no CP, violando, por conseguinte, além do Princípio da legalidade, diversos Princípios constitucionais, tais como: presunção de inocência e devido processo legal.

Embora este entendimento encontra-se pacificado na jurisprudência, doutrinariamente ainda reina divergência e as críticas continuam.

Neste sentido Capez:

Embora não haja previsão legal, há alguns julgados admitindo essa espécie de prescrição. É aquela reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta que será fixada pelo juiz no momento futuro da condenação. Fundamenta-se no princípio da economia processual (2012, p. 228).

Aqueles que defendem sua aplicação se baseiam, sobretudo, na ausência de interesse de agir, pois não teria utilidade ação penal que permitisse vislumbrar que a pena a ser aplicada implicaria prazo prescricional já decorrido.

### **3.2.2 Prescrição da Pretensão Executória**

Assim como discorrido anteriormente, há duas formas de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Visto a prescrição punitiva, passa-se a análise da prescrição executória.

Segundo Capez:

É a perda do poder-dever de executar a sanção imposta, em face da inércia do Estado, durante determinado lapso. [...] ao contrário da prescrição da

pretensão punitiva, essa espécie da prescrição só atinge a pena principal, permanecendo inalterados todos os demais efeitos secundários, penais e extrapenais, da condenação (2011, p. 633).

No mesmo norte Nucci:

É a perda do direito de aplicar efetivamente a pena, tendo em vista a pena concreta, com o trânsito em julgado para as partes, mas com o lapso percorrido entre a data do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação e ao início do cumprimento da pena ou a ocorrência de reincidência (2012, p. 616).

Observa-se, então, a diferença entre prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, àquela ocorre quando o Estado perde o direito de torná-lo culpado e condenado e, nesta, o Estado perde o direito de executar a sanção imposta na condenação.

Diferenciando as prescrições, Damásio:

Na prescrição da pretensão punitiva (chamada impropriamente de prescrição da ação), o decurso do tempo faz com que o Estado perca o direito de punir no tocante à pretensão de o poder judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata (aspiração de punição). Não se trata de o Estado perder o direito de ação, pois a prescrição atinge imediatamente o *jus puniendi*, ao contrario do que ocorre com a preempção e a decadência, que o primeiro atinge o direito da ação, para, depois, por via indireta, atingir o direito de punir.

[...]

Na prescrição executória (chamada impropriamente de prescrição da condenação), o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória (1999, p. 735).

Sobre os efeitos da prescrição executória Capez:

Ao contrário da prescrição da pretensão punitiva, essa espécie de prescrição só extingue a pena principal, permanecendo inalterados todos os demais efeitos secundários, penais e extrapenais, da condenação (2012, p. 230).

Frisa Bitencourt (2009, p. 287) que “os efeitos dessa prescrição limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais”.

Finalmente para melhor elucidar Capez:

A prescrição da pretensão executória começa a correr a partir: (a) da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (a condenação só pode ser executada após o trânsito em julgado para ambas as partes, mas a prescrição já começa a correr a partir do trânsito em

julgado para a acusação); (b) da data em que é proferida a decisão que revoga o livramento condicional ou o *sursis*; (c) do dia em que a execução da pena é interrompida por qualquer motivo (2012, p. 230).

Ainda:

No caso de interrupção da execução da pena pela fuga do condenado, e no caso de revogação do livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena (2012, p. 633).

Deste modo, observa-se que o instituto da prescrição é de suma importância para a sociedade, pois em decorrência de certo lapso temporal determinado em lei, o Estado perde o direito de punir o agente de uma conduta típica delitiva.

#### **4 – DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA À LUZ DA SÚMULA 438 DO STJ**

#### 4.1 DA SÚMULA N. 438 DO STJ E SEUS FUNDAMENTOS

Conforme elucidado nos capítulos anteriores, verifica-se que a prescrição antecipada não é propriamente reconhecida como uma modalidade de prescrição, mas reconhecida pela ausência de interesse processual, para que seja reconhecida antecipadamente a prescrição retroativa. Trata-se de uma análise do futuro, baseando-se em pena que, hipoteticamente, seria imposta ao réu no caso de uma futura condenação e, com base nestes dados, calcula-se o prazo prescricional.

A jurisprudência é firme ao não reconhecer a prescrição antecipada, não sendo admitida pelo STJ, nem pelo STF, considerando que o STJ, no dia 2 de fevereiro de 2010, aprovou a Súmula n.º 438 que tem o seguinte enunciado: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

No mesmo sentido, já decidiu o STF que:

É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. Precedentes (BRASIL, STF, 2013, “c”).

Isso porque, de acordo com estes órgãos supremos, a modalidade da prescrição antecipada, ao contrário da prescrição retroativa, não encontra respaldo legal no CP, violando, por conseguinte, Princípios constitucionais, tais como: da legalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal.

Neste sentido Bitencourt:

Não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa, violando os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (art. 5º, LVII, da CF) (2009, p. 288-289).

Sustenta, ainda, ser precoce reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com suporte na presunção de futura e incerta pena, uma vez que no curso

da instrução criminal poderiam ser provadas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, sem prejuízo da descoberta de novos fatos que poderiam, inclusive, alterar a tipicidade do fato.

Conforme supracitado, traz-se à baila o que vem decidindo o STF:

AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal (BRASIL, STF, 2013, “d”).

E, ainda, o STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VERBETE SUMULAR N. 438/STJ. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não viola o princípio da colegialidade o julgamento monocrático proferido pelo relator, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC c/c 3º do CPP e art. 38 da Lei 8.038/90, quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. 2. Este Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são firmes na compreensão de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Inteligência do enunciado 438 da Súmula desta Corte. Repercussão geral reconhecida. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, STJ, 2013, “e”).

Destas decisões, levantam-se inúmeros argumentos, dentre eles: a falta de previsão legal; do embasamento em dado aleatório – ao considerar uma possível pena; levando a restrição do direito do acusado a uma sentença de mérito. Se assim fosse, o juiz estaria baseando-se em uma pena que não foi aplicada, realizando um pré-julgamento, muitas vezes indevido. Em contrapartida, é inegável a afirmativa de que se sabe, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso.

#### **4.1.1 Críticas Doutrinárias**

A Súmula em comento provocou divergências entre os doutrinadores, acarretando variadas críticas e fortalecendo corrente doutrinária contrária ao tema sumulado.

Embora a corrente que defenda a prescrição penal antecipada venha ganhando cada vez mais adeptos, principalmente nas primeiras instâncias, inclusive junto ao Ministério Público, ainda prevalece o entendimento sumulado.

No entanto, relevante parcela da doutrina é favorável à prática da prescrição antecipada, por dois motivos: ausência de interesse de agir e economia processual. Não existiria utilidade na ação penal, pois inevitavelmente ocorreria a prescrição retroativa, tornando inofensivo o seu emprego. Ademais, seria inútil gastar tempo dos operadores da justiça e, principalmente, dinheiro público, com um processo penal fadado a ter reconhecida a extinção da punibilidade (Masson, 2012, p. 924).

No mesmo norte Medeiros (2010):

Ora, a prescrição antecipada nada mais é do que o reconhecimento da própria prescrição retroativa (que tem previsão legal), antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Observa-se que a prescrição antecipada nada mais é do que a antecipação do reconhecimento da própria prescrição retroativa (que tem previsão legal).

Sobre o tema Greco leciona:

(...) para que uma ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes as chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa (2012, p. 253).

Ainda Greco:

O interesse de agir elencado como uma das condições da ação se biparte em: interesse-necessidade e interesse-utilidade da medida. Para que se possa aplicar pena haverá sempre necessidade de um procedimento formal em juízo, com todos os controles que lhe são inerentes. Portanto, sempre na jurisdição penal estará preenchida a condição interesse de agir, na modalidade necessidade da medida. Contudo, o interesse-utilidade nem sempre estará presente; [...] Qual seria a utilidade da ação penal que

movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária, quando, de antemão, já se tem conhecimento de que o final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal? Seria fazer com que todos os envolvidos no processo penal trabalhassem em vão (2012, p. 253/254).

Denota-se que o entendimento jurisprudencial do STJ, consolidado na Súmula n. 438, não impede que o Ministério Público e o Juízo avaliem o preenchimento das condições da ação penal, dentre elas o interesse de agir (art. 43, III, do CPP). (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Deste modo, não se justificaria levar até o fim o processo para, só ao final, com base na sentença condenatória que eventualmente fosse prolatada, ser decretada a extinção da punibilidade. É que “[...] qualquer que fosse a solução dada, mesmo ocorrendo condenação, por sem dúvida que o reconhecimento da prescrição da ação penal se faria sentir. Tal circunstância faria com que o recebimento da denúncia não só afrontasse todos os princípios de direito e mesmo do bom-senso, por se saber de antemão que o resultado final seria inevitavelmente inócuo [...]” (BRASIL, TJSC, 2013, “f”).

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho ensinam:

No processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda a acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se a ausência da condição. 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) (1998, p. 65).

Irrefutável, ainda, a conclusão explicitada por Medeiros:

Por outras palavras, não se vê utilidade, nem ao menos necessidade, de mover todo um aparato estatal (Promotor de Justiça, Magistrado, Defensoria Pública, etc.) sabendo que, ao final, a pena não será aplicada em razão da ocorrência da prescrição. Em tais hipóteses, a manutenção da *persecutio criminis in iudicio* se mostra um *non sense*, em perfeito descompasso com os modernos princípios de direito processual (eficiência, economia,



instrumentalidade, etc.).[...] Na sistemática processual penal dos dias atuais, não tem lógica, ilude as garantias da liberdade e fraudada a finalidade do processo penal constitucional o atual posicionamento do STF de não reconhecer uma espécie de prescrição que, inclusive, já está sendo prevista no próprio Anteprojeto do Código Processual Penal (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

De acordo com Andrade (2010), deve ser realizado o arquivamento de inquéritos policiais, a rejeição de denúncias, e até mesmo a extinção de ações penais, por falta de interesse de agir, ao se constatar, que ocorrer prescrição virtual ou pela pena em perspectiva (ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a Súmula nº 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17163>>. Acesso em: 8 maio 2013).

Sobre o tema Delmanto ressalta:

Na prática forense são comuns as situações em que, mesmo antes de recebida a denúncia ou a queixa, já se vislumbra que, na pior das hipóteses, eventual condenação encontrar-se-á prescrita (prescrição em concreto). [...] Nessas situações, por questão de economia processual ou da própria utilidade do processo penal, tem sido suscitada a possibilidade de se declarar, desde logo, extinta a punibilidade com base nessa eventual pena. [...] A nosso ver, acreditamos que a solução para este impasse não se encontra na extinção da punibilidade com base na pena que seria imposta em possível condenação, que realmente nos parece difícil de sustentar, mas, sim, na falta de justa causa para a persecução penal [...] (1998, p. 189).

Nesta mesma linha de pensamento, ensina Maximiliano (1961, p. 210) que o direito deve ser interpretado com habilidade e não deixar com que a ordem legal resulte num absurdo, nem prescreva inconveniências, ou vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis, ou seja, na visão do jurista, "(...) a exegese de que resulte eficiente a providência legal ao válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e este, juridicamente nulo".

No mesmo sentido Barroso (1999, p. 70) relata que “as normas legais devem ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se aplicando automática e acriticamente, a jurisprudência criada no regime anterior”.

Isto é, segundo Barroso, não se deve interpretar as normas constitucionais retrospectivamente.

No mesmo sentido são importantes os ensinamentos de Antonio Scarance

Fernandes:

[...] Na prática, em grandes centros é praticamente impossível que de todo crime seja iniciado processo, o que, se ocorresse, representaria o caos em uma Justiça já atravancada; é comum, em casos de lesão de pequena intensidade ao bem jurídico, ser pedido arquivamento de inquérito com o beneplácito do Poder Judiciário, invocando-se muitas vezes razões até de política criminal ou fundamentando-se o requerimento justamente na pouca relevância do fato. Outro caminho consistiu em dar maior elasticidade ao conceito de justa causa para a ação penal, fundando-a na viabilidade da acusação; assim, se os indícios vindos da investigação não permitiam antever possibilidade de sucesso da ação penal, ela não era intentada. Mais ainda, formou-se corrente que admite o arquivamento do inquérito quando, pelas circunstâncias do caso, a sentença condenatória seria ineficaz porque inevitável a prescrição pela pena em concreto; fala-se então em falta de interesse de agir ante a inabilidade de se obter sentença eficaz (2002, p. 196).

Para Greco:

Desta forma, perguntamos: Por que levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? Aqui, segundo nosso raciocínio, o julgador deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito, aplicando-se o art. 267, VI do Código de Processo Civil, uma vez que, naquele exato instante, pode constatar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, vale dizer, o chamado interesse-utilidade da medida (2012, p. 254).

É neste sentido Fernando Capez (2011, p. 630) questiona: “Para que movimentar toda a máquina pública do Estado, se lá na frente, na sentença, será reconhecida a prescrição retroativa nesse período que antecede o recebimento da denúncia ou queixa?”.

Como se vê, um os ponto principais em debate para o reconhecimento da prescrição antecipada é a questão do interesse de agir, cuja análise impõe a verificação da utilidade de movimentar a máquina pública (o poder judiciário), pois não há interesse de agir e, conseqüentemente, falta justa causa, se a pena em perspectiva, uma vez concretizada, levar ao reconhecimento da prescrição da ação penal.

Ressalta-se que, em que pese o posicionamento do STJ e STF não admitirem a prescrição penal antecipada, em “perspectiva”, projetada ou virtual, é imperativo afirmar que esta modalidade está expressamente prevista no art. 37 do Anteprojeto da Reforma do Código Penal, *ipsis literis*:

Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Ora, este dispositivo nada mais trata do que a descrição da prescrição penal antecipada, sendo expressamente positivada na legislação. Assim, verifica-se que não há motivos substanciais para a proibição na sistemática processual penal pátria, estando ela plenamente de acordo com os Princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

O principal fundamento, portanto, para que seja admitida a prescrição virtual, baseia-se na condição da falta de interesse de agir que, por conseguinte, acarreta ausência de um dos pressupostos da condição da ação. Em contrapartida, o STF e o STJ não admitem a chamada prescrição antecipada por ausência de previsão legal, bem como por alegar violação aos Princípios constitucionais, como da presunção da inocência e do devido processo legal (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

#### **4.1.2 Confronto dos Princípios Constitucionais**

Sob outro prisma, a tese de que a prescrição antecipada infringe o Princípio do devido processo legal, encontra desavenças. Segundo Medeiros, a razão é simples:

Tal postulado diz que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Pois bem, a decisão que reconhece a prescrição antecipada não priva o indiciado ou acusado de coisa alguma. Pelo contrário, o livra de um processo sem justa causa (apud JAWSNICKER, 2009).

Assim, não se pode, também, aceitar a tese de que a prescrição antecipada fere o Princípio do devido processo legal, tendo em vista que a decisão que reconhece a prescrição antecipada não priva o agente de alguma coisa, pelo contrário, livra-o de um processo sem justa causa.

Já em relação a ofensa do Princípio da legalidade, Medeiros aduz:

Destarte, a suposta ofensa ao princípio da legalidade é rebatida com a invocação do art. 395, inciso III, da Lei Instrumental Penal, que permite a rejeição da denúncia quando faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

E ainda Medeiros:

Por outras palavras, não se vê utilidade, nem ao menos necessidade, de mover todo o aparato estatal (Promotor de Justiça, Magistrado, Defensoria Pública, etc.) sabendo que, ao final, a pena não será aplicada em razão da ocorrência da prescrição. Em tais hipóteses, a manutenção da *persecutio criminis in iudicio* se mostra um *non sense*, em perfeito descompasso com os modernos princípios de direito processual (eficiência, economia, instrumentalidade, etc.) (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Percebe-se, que neste sentido, a Súmula vem de encontro com os Princípios modernos, tais como: o da eficiência, da economia, da celeridade processual, da razoável duração do processo e da efetividade, em que procurasse o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais e, conseqüentemente, de despesas.

Medeiros:

Alias, é de se ressaltar que a declaração de extinção da punibilidade pela ocorrência de prescrição, por ser matéria de ordem pública, se dá em qualquer momento do procedimento, independentemente de sentença de mérito. Quantos não são os casos em que se reconhece a prescrição em abstrato, extinguindo, conseqüentemente, a punibilidade do agente, sem que haja prejuízo do mérito? (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Deste modo, já questionamos aqui o argumento de que a aplicação da prescrição virtual transgrediria a garantia constitucional da presunção de inocência.

Sobre o tema, Nucci:

Alias, quanto à posição dos que invocam o princípio da presunção de inocência, vale ressaltar que os direitos e garantias constitucionais não podem servir de pretexto para prejudicar o réu, pois constituem a sua proteção contra o abuso do Estado. Logo, é muito mais razoável arquivar-se, desde logo, o inquérito do que submeter o réu a longo processo para, ao final, ser julgado e condenado – o que ficará inscrito na sua folha de antecedentes – para então constatar-se a prescrição. Inexiste fundamento lógico para tanto (2013, p. 631).

Assim, torna-se visível o confronto de Princípios constitucionais acerca do tema.

#### 4.1.3 Análise Jurisprudencial

O atual sistema processual penal incorre em falta de lógica por desprezar as garantias de liberdade. Ainda, o entendimento dos órgãos supremos (STJ e do STF) ao não reconhecer esta espécie de prescrição, obsta a finalidade do processo penal constitucional, haja vista que esta modalidade já estava até mesmo prevista no próprio Anteprojeto do Código Processo Penal (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Este entendimento se consubstancia em um conservadorismo estéril que não deve ser admitido. O Código de Processo Penal, por ser uma lei infraconstitucional, é que deve se adequar a Constituição, e não o contrário. Caso isto não ocorresse, o resultado seria um processo penal autoritário e típico de um Estado Policial (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Em 1º de março de 2012, o STF reconheceu “parcialmente” e “indiretamente” a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva antecipada. Malgrado não aceitar, em toda e qualquer hipótese, o reconhecimento da prescrição antecipada, representou um avanço em relação ao posicionamento do STJ.

A decisão ocorreu no julgamento de novos embargos de declaração no Inquérito n. 2584, no qual a defesa pediu a extinção da sua punibilidade, tendo em vista que ele completou 70 (setenta) anos em setembro de 2009, razão pela qual passou a ter direito do benefício legal de redução do prazo prescricional à metade (art. 115 do Código Penal).

Segundo o relator do Inquérito, o Min. Ayres Britto:

Na concreta situação deste processo, nem mesmo a imposição de uma pena concreta no máximo permitida pelo tipo penal – cinco anos – manteria a integralidade da pretensão estatal punitiva. Explico: tendo em visto que o acusado tem direito à redução do prazo prescricional pela metade, a prescrição de 12 anos – caso aplicada a pena máxima de cinco anos – cai

pela metade (INQ 2584).

Esta decisão reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em favor do ex-deputado federal Edmar Moreira, denunciado pela Procuradoria-Geral da República pela prática do crime de apropriação indébita das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados da F. Moreira Empresa de Seguros e Vigilância Ltda., no valor de R\$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais).

Ressaltou o Min. Ayres Britto que a jurisprudência do STF rejeita a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antecipada. Entretanto, no julgamento e de questão de ordem na AP 379, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte fez uma distinção da hipótese em que a prescrição antecipada decorre da consideração da pena máxima abstratamente aplicada ao delito.

Malgrado esta decisão do STF, não ter admitido, em toda e qualquer hipótese, o reconhecimento da prescrição virtual representou um grande avanço em relação ao entendimento do STJ, sumulado no Enunciado n.º 438.

#### 4.2 DA APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA UTILIZADA NOS TRIBUNAIS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Como elucidado, a prescrição antecipada é criação doutrinária que não está prevista em lei, mas que é frequentemente aplicada no dia-a-dia forense, especialmente nos juízos de primeira instância.

Acerca da prescrição virtual, cabe ressaltar que, na prática forense, é normal ocorrerem situações em que ainda antes do recebimento da denúncia ou da queixa, já se antevê que eventual condenação encontrar-se-á prescrita (prescrição em concreto). Nessas ocasiões, tendo em vista a economia processual ou a própria utilidade do processo penal, tem sido suscitada a possibilidade de se declarar, desde logo, extinta a punibilidade com base nessa eventual pena. A solução para este impasse não se enquadra na extinção da punibilidade com base na pena que seria imposta em caso de futura condenação, posto que realmente parece difícil de sustentar tal argumento mas, sim, na ausência de justa causa para a persecução penal (DELMANTO, 2007, p. 318).

Flavio da Silva Andrade aduz:

O que se tem feito (e deverá continuar na hipótese antes referida) é o arquivamento de inquéritos policiais e a rejeição de denúncia (e até extinção de ações penais) por falta de interesse de agir quando se constatar, com tranquilidade, a chamada prescrição virtual ou pela pena perspectiva. O entendimento jurisprudencial do STJ, consolidado na súmula antes mencionada, não obsta o Ministério Público e o Juízo avaliem o preenchimento das condições da ação penal, dentre elas o interesse de agir (art. 43, III, do CP) (ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a Súmula nº 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada. Em: <http://jus.com.br/revista/texto/17163>>. Acesso em: 8 maio 2013.).

Delmanto dá uma solução para o impasse:

Ao nosso ver, acreditamos que a solução para esse empasse não se encontra na extinção da punibilidade com base na pena que seria imposta em possível condenação, que realmente nos parece difícil de sustentar, mas sim, na falta de justa causa para a persecução penal [...] Portanto, não se estaria decretando a extinção da punibilidade, mas deixando de dar continuidade a persecuções penais inúteis, que podem ser consideradas desprovidas de justa causa (2007, p. 318).

Outro meio viável para a resolução de conflitos seria intimar o investigado ou réu, para que informe se concorda com a providência da decretação da prescrição. Caso haja negação, o processo segue seu rito comum, sem acarretar danos à liberdade, ou aos princípios constitucionais (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

Como disse o Desembargador Federal Olindo Menezes: “se o Estado não exerceu o direito de punir em tempo socialmente eficaz e útil, não convém levar em frente ações penais fadadas de logo ao completo insucesso.” (BRASIL, TRF da 1ª Região, 2005, “g”)

As alegações contrárias ao reconhecimento da prescrição antecipada, se melhor analisadas, são inconsistentes. Primeiramente, porque o processo penal deve ser reconhecido como um instrumento de salvaguarda da liberdade do réu, assim sendo, seria inconveniente admitir que argumentos de lógica formal pudessem retirar o direito à liberdade do acusado, segundo, porque seria um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que atingiria negativamente, não apenas aos acusados como, também, toda máquina judiciária, em trabalhos realizados em vão.

Cabe então destacar, que a prescrição antecipada é medida que se impõe, haja vista os seus benefícios, ora expostos. Este instrumento, colocado em prática, dispensaria todo trabalho realizado e tempo dispendido inutilmente.



## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva antecipada, diante da Súmula n. 438 do STJ. A doutrina e a jurisprudência divergem quanto à prescrição antecipada. Entretanto, a posição predominante se consubstancia na orientação de que não se admite esta modalidade, tendo em vista que o tema proposto foi sumulado pelo STJ, conforme elucidado no corpo do trabalho.

A Súmula em questão determina que: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo.” No entanto, nas instâncias inferiores a aplicabilidade da súmula é questionável, posto que se observa no dia-a-dia a aplicação da prescrição antecipada ou virtual.

Em função disso, o estudo realizado tratou de esclarecer pontos relevantes para aprofundar o tema principal, partindo da análise de Princípios constitucionais: do devido processo legal, da presunção de inocência, da legalidade, da celeridade, da economia processual, da razoável duração do processo.

Ainda, tratou de analisar o histórico da titularização do Estado como detentor do direito de punir por condutas típicas descritas no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Além de conceituar e discorrer acerca das causas de extinção da punibilidade, que se caracteriza na perda do direito do Estado em exercer o direito de punir, com foco principal na prescrição e suas modalidades, especialmente a prescrição antecipada, cerne neste trabalho.

Na prescrição antecipada temos, como referencial, a condenação hipotética, levando em consideração a fixação da pena base em abstrato no mínimo legal em preponderância ao fato do agente ser primário e de bons antecedentes, não existindo outras circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ora, não há sentido em se admitir a persecução criminal quando ela é natimorta, já que o direito de punir, se houver condenação, fatalmente encontrar-se-á extinto, perder-se-ia todo o trabalho realizado, com dispêndio de tempo e desgaste da Justiça Pública. Ademais, ressalva-se que todos estes argumentos acabam por retirar um dos principais elementos da condição de ação: o interesse de agir.

Percebe-se a importância do assunto, tanto pelas inúmeras ações judiciais em todo país, quanto pelo projeto de lei em trâmite para reformar o nosso Código Penal, incluindo este tema em um de seus artigos.

Por fim, a conclusão que se chega é que o reconhecimento da prescrição antecipada é um assunto que merece tamanha importância e discussão. Será que só porque a matéria foi sumulada pelo STJ, e porque a lei não prevê expressamente a figura desta modalidade de prescrição, ela realmente não deve ser utilizada?

Do ponto de vista de muitas das instâncias inferiores, e de ilustres doutrinadores, o reconhecimento da prescrição antecipada evita um processo inútil, que não resulta em nada além de perda de tempo e de trabalho e também não fere nenhum princípio fundamental de nossa CF. Assim sendo, a prescrição antecipada merece ser reconhecida, ainda que contrariando a Súmula n. 438 do STJ, haja vista, principalmente, que finda a instrução criminal e sopesados os argumentos determinantes da individualização da pena, há a possibilidade real de se cogitar o quantum da reprimenda que seria imposta, encerrando, antecipadamente, o processo penal, em respeito à economia processual.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Reflexões sobre a Súmula nº 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 15](#), [n. 2597](#), [11 ago. 2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17163>>. Acesso em: 8 maio 2013.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**: esquematizado. São Paulo: Método, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Pulo: Malheiros, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

\_\_\_\_\_, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 15. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORGES, Ana Andrade. **Prescrição pela pena em perspectiva. Uma análise à luz das condições da ação**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17](#), [n. 3264](#), [8 jun. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21944>>. Acesso em: 8 maio 2013.

BRASIL, **STJ**, 2005, “a”. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. [...] Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

\_\_\_\_\_, **STF**, 2006, “b”. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO. [...] Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2013.

\_\_\_\_\_, **STF**, 2010, “c”. HC 1006337/BA, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Grace, 2<sup>a</sup> T., Dje: 25/6/2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2013.

\_\_\_\_\_, **STF**, 2013, “d”. AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral [...]. RE 602527 QO-RG, Relator: Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-11 PP-01995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2013.

\_\_\_\_\_, **STJ**, 2012, “e”. PENAL E PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VERBETE SUMULAR N. 438/STJ. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA [...] AgRg no AREsp 70.792/PI, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 22/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2013.

\_\_\_\_\_, **TJSC**, 2013, “f”. Inquérito n.º 04 - São Domingos - Rel. Des. Rogério Lemos - Votos vencedores: Des. Alberto Costa e Des. Nilton Macedo Machado.

\_\_\_\_\_, **TRF** da 1<sup>a</sup> Região, 2005, “g”, RCCR 2002.34.00.028667-3/DF. Voto-vista. Terceira Turma. Publicação: 14/01/2005. DJ: p. 33. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando, Stela Prado. *Direito Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, Fernando, *Curso de Direito Penal*, vol. 1, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

DAMASIO, E. de Jesus. **Direito Penal, Parte Geral** Vol. 1. 23. ed. rer. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_, Celso. **Código Penal Comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de processo civil**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Dóris Ghilardi de. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil brasileiro**: em busca da harmonia com os princípios da efetividade e celeridade processual. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, critica e praxis**. 7. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Fundamentos e limites do Direito Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado** - 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1998.

JAWSNICKER, Afonso. **Prescrição penal antecipada**, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Premier, 2008

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. 1. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral- vol. 1**, 6.<sup>a</sup> ed. Rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 7.ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961.

MEDEIROS, Júlio. **Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal**. Uma questão de princípios. Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2436, 3 mar.2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Miguel Reale *apud* Walter Rothenburg. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1999.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a prescrição virtual, intercorrente ou antecipada**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17, n. 3172, 8 mar. 2012](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21244>>. Acesso em: 7 maio 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

NICCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial** – 9. ed., atual. e ampl. - São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial** – 8. ed., atual. e ampl. - São paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3<sup>a</sup> ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.2.

\_\_\_\_\_, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba:Lumen Juris, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Mimeografado. 2005

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

TAVARES, Juarez. **As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996.

THEODORO JR., Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, sobre o processo civil**. Revista de Processo. n. 124. São Paulo, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER A.Teresa Arruda. **Liminares: Alguns Aspectos Polêmicos, Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares**, coordenação: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

