



Faculdade de Jussara – FAJ

Curso de Direito

SIMÃO PEDRO MARQUES DE FREITAS

PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Jussara

2013



Faculdade de Jussara – FAJ

Curso de Direito

SIMÃO PEDRO MARQUES DE FREITAS

PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial á obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Diogo Teruel Neto.

Jussara

2013

FREITAS, Simão Pedro Marques de

Prescrição Virtual / Simão Pedro Marques de Freitas. – Jussara, 2013.

Monografia – Direito – Faculdade de Jussara, 2013.

Orientador: Diogo Teruel Neto.

1. Extinção. 2. Prescrição. 3. Punibilidade.

SIMÃO PEDRO MARQUES DE FREITAS

PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Monografia ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

O candidato foi considerado _____
Pela banca examinadora.

Prof. Diogo Teruel Neto
Presidente

Prof.^a Gilsiane Alves Dias
Membro

Prof. Gisley Alves de Faria
Membro

Dedico este presente trabalho aos meus pais, que em nenhum momento desacreditaram em mim, que empenharam todos os esforços possíveis para que conseguisse estudar, pois aumentando mais ainda minha admiração por vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado força ao decorrer deste curso, e me deixar acreditar que eu consigo.

Agradeço minha mãe Idalice Maria de Freitas Marques, que sempre cobrou de mim, que sempre se preocupa comigo, que me deu carinho, me acolheu em todos os momentos, que tem um coração infinitamente amoroso e dona de uma humildade grandiosa, muito obrigado minha mãe.

Agradeço ao senhor meu pai Raimundo Marques de Carvalho, por ser a luz do meu caminho, a força que me mantém em pé, o meu exemplo de vida, de humildade, por ter segurado a barra quando parecia não ter mais como continuar, muito obrigado meu pai.

A minha irmã Ataís Marques de Freitas, que sempre está me ajudando, me atrapalhando, mexendo comigo. Uma menina dona de um coração que desmancha em lágrimas por motivos inúteis. Muito obrigado minha irmã.

Agradeço aos meus amigos de verdade, Glepson Ataídes de Souza, Ulisses de Souza Martins, Diorgenes Pereira Brito e Alessandro Dias Barbosa, pelas brincadeiras, momentos que ríamos até a barriga doer, das bobagens faladas, das vezes que frequentamos o Boteco do Marcos Brasil. Trouxeram-me muitas alegrias. Muito obrigado.

Agradeço as pessoas que me criticaram, diziam que não iriam conseguir, isso me deu forças para chegar aqui. Muito obrigado.

Agradeço ao meu ilustre orientador Diogo Teruel Neto, que empenhou todos os seus esforços para acompanhar meu trabalho. Muito obrigado.

“A cada ciclo que se fecha a saudade reina e uma nova vida renasce, a qual oportuniza várias outras expectativas e possibilidades, onde cada um é responsável pela realidade que se iniciará, pois o sol nasce para todos”.

(Simão Pedro M. de Freitas, 2013)

RESUMO

O agente ao cometer uma conduta proibida pela legislação penal brasileira, automaticamente faz nascer o direito do Estado de punir, ou seja, aplicar a pena correspondente ao crime praticado pelo infrator. Mas o Estado tem um determinado lapso temporal, que está legalmente previsto, para julgar e punir o autor. Não fazendo neste espaço de tempo, será tolhido o seu direito de punir, por meio da prescrição. A prescrição é a perda do direito de punir o Estado diante da inércia estatal em um determinado intervalo de tempo legalmente previsto. Esta causa de extinção da punibilidade se desdobra em várias espécies, sendo uma delas a prescrição virtual, também chamada de prescrição em perspectiva, projetada e etc. Esta prescrição é o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, onde calcula-se os prazos prescricionais pela suposta pena a ser aplicada em uma futura sentença, visando a economia processual e com base na falta de interesse de agir. A prescrição é uma criação doutrinária que não é admitida pela jurisprudência e nem pelo STJ e STF.

Palavras-chaves: Extinção, Inércia Estatal, Prescrição, Prescrição Virtual, Punibilidade.

ABSTRACT

The agent to commit conduct prohibited by Brazilian criminal law , automatically gives rise to the right of the state to punish , ie , apply the penalty corresponding to the crime committed by the offender . But the state has a given time span , which is established by law , to prosecute and punish the author . Not doing this time, will be hampered his right to punish , through prescription . The prescription is the loss of the right to punish a state of inertia on state in a given time frame established by law . This cause of extinction of criminal liability unfolds in several species , one of them being virtual prescription , also called the prescription in perspective , designed and etc. . This prescription is early recognition of the retroactive prescription , where it is estimated the statute of limitations for the alleged penalty to be applied in a future judgment , seeking judicial economy and based on the lack of interest in acting. The prescription is a creation doctrine is not permitted by law nor by STJ and STF .

Keywords: Punishment, Extinction, Prescription, Prescription Virtual Inertia State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. PRESCRIÇÃO: ASPECTOS GERAIS	13
1.1 – Do Direito de Punir	13
1.2 – Causas Extintivas da Punibilidade do Artigo 107 do Código Penal	14
1.2.1 – Morte do agente	15
1.2.2 – Anistia, graça e indulto	16
1.2.3 – Retroatividade da lei que não considera o fato como criminoso	17
1.2.4 – Prescrição, decadência ou preempção	17
1.2.5 – Renúncia do direito de queixa ou perdão aceito	19
1.2.6 – Retratação do agente	20
1.2.7 – Perdão judicial.....	20
1.3 – Extinção da punibilidade nos Crimes Acessórios, Complexos e Conexos	21
1.4 – Pretensão Punitiva e Pretensão Executória	22
1.5 – Conceito e Natureza Jurídica	22
1.6 – Fundamentos de Sua Existência.....	24
1.7 - Efeitos	24
1.8 - Imprescritibilidade	25
2. MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO	26
2.1 – Prescrição da Pretensão Punitiva Propriamente Dita	26
2.2 – Prescrição Superveniente, Intercorrente ou Subseq uente	33
2.3 – Prescrição Retroativa	34
3. PRESCRIÇÃO VIRTUAL	36
3.1 – Origem, Conceito e Natureza Jurídica	36
3.2 – Posicionamentos Doutrinários e Jurisprudenciais	38
3.3 – Posicionamento do STJ e STF	40
CONCLUSÃO.....	42
ANEXO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, muito se fala que suas normas são as mais perfeitas dos ordenamentos jurídicos existentes. Diz-se que nossas leis englobam todos os tipos de problemas existentes e que possam surgir. A legislação penal não é diferente, tem todo um aparato legal que prevê um Estado perfeito para julgar e punir um agente criminoso.

O Código Penal prevê em seus artigos 32 a 58, as várias formas de penas e como será feita, reservando todos os direitos dos condenados. De um olhar prático, observa-se que estes dispositivos são uma utopia, pois está longe de alcançar os objetivos impostos na norma penal.

Neste diapasão, observa-se que o Estado não tem estrutura suficiente para aplicar uma pena ao condenado, gastam muito dinheiro em condená-lo, mas ao final não é efetivado a finalidade da norma. Em muitos casos o Estado se quer tem condições de julgar o suposto cometedor de atos ilícitos, diante da demora e do grande volume de processos.

Quando transcorre um prazo significativo da prática do crime ao recebimento da denúncia ou queixa-crime, do recebimento da denúncia a publicação da sentença condenatória ou da sentença condenatória a execução penal, é tolhido o direito do Estado de punir o agente, pois este não cumpriu com sua obrigação no prazo legalmente previsto.

Um dos meios que retira do Estado o direito de punir é a prescrição, que é a perda do direito de punir o agente que cometeu um ato tipificado na legislação penal. O modo que é imposto, é que este instituto é uma forma de punição ao ente estatal por não ter cumprido com suas obrigações.

Nesta forma de punir o Estado, surgiram outras subespécies trazendo esta punição. Uma das mais importantes neste presente trabalho é a prescrição retroativa, que ocorre entre a publicação da sentença e o trânsito em julgado da mesma para a defesa, onde calculará o prazo prescricional de acordo com a pena aplicada.

Daí surgiu uma criação doutrinária que posicionam no sentido de reconhecer esta prescrição antecipadamente, analisando o processo e fazendo um pré-julgamento. Este reconhecimento antecipado da prescrição retroativa ficou conhecido como prescrição virtual, projetada, antecipada e outras. Na presente espécie o prazo prescricional calcula-se de acordo com a possível pena que poderia vir a ser aplicada ao final do processo, sendo que se fosse aplicada a pena correspondente ao pré-julgamento, ocorreria a prescrição retroativa depois da sentença.

Este presente trabalho analisará esta subespécie da prescrição, abordando os posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e edições de Súmulas, se esta é aceita no ordenamento jurídico brasileiro ou não.

CAPÍTULO I

PRESCRIÇÃO: ASPECTOS GERAIS

1.1. DO DIREITO DE PUNIR

Em relatos históricos da sociedade, sempre houve o Estado ou alguém que desempenhava tal papel, pois impossível imaginar a convivência em sociedade sem o Estado, é este quem regulariza a conduta de cada indivíduo. Para que haja convivência em sociedade é preciso que as pessoas abram mão do estado natural para viverem em sociedade e se sujeitar as normas dela.

O Estado tem por sua vez, a obrigação, conferida pelas pessoas, de garantir a todos os seus direitos e um mínimo de segurança possível, utilizando-se de legislações para coagir e punir quem se corrompe diante delas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa que comete infração penal deve ser punida, ou seja, é preciso a aplicação de uma pena ao agente para garantir a ordem e o convívio social, não infringindo os direitos individuais e coletivos, e mantendo a sociedade coesa. Por isso, incumbe ao Estado dever de manter e proteger a sociedade, dando ao ente estatal o direito de aplicar ao agente, que infringiu o direito do outro, uma pena correspondente à conduta por ele praticada.

É de se observar que, o autor de uma determinada conduta, reprovada pela legislação penal, cria a possibilidade de ser punido pelo Estado, criando assim o instituto conhecido como punibilidade.

Quanto a punibilidade, o ilustríssimo doutrinador e professor Cleber Masson esclarece:

Praticado um crime ou uma contravenção penal, nasce automaticamente a punibilidade, compreendida como a possibilidade jurídica de o Estado impor uma sanção penal ao responsável (autor, coautor ou partícipe) pela infração penal. (MASSON, 2013, p. 887)

Para melhores esclarecimentos sobre a punibilidade, Damásio E. de Jesus utilizando a ideia Antolisei (1960. p. 531), diz:

Quando o sujeito pratica um crime surge a relação jurídico-punitiva: de um lado, aparece o Estado com o jus puniendi; de outro, o réu, com a obrigação de não obstaculizar o direito do Estado impor a sanção penal. Com a prática do crime, o direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, surgindo a

punibilidade, que é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção. (JESUS, 2008. p. 673)

Pode-se dizer que, o Estado tem o direito de punir quem pratica uma infração penal, mas somente se concretiza esta pretensão quando o agente pratica a conduta tipificada como crime, surgindo assim a punibilidade.

1.2. CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE DO ARTIGO 107 DO CP

Antes de adentrar nas causas extintivas da punibilidade do artigo 107 do Código penal, é de grande relevância esclarecer que a doutrina já é pacífica no sentido que o rol do referido artigo é exemplificativo, pois existem outras causas que extinguem a punibilidade do agente no Código Penal e em outras Leis esparsas.

Cleber Masson enumera outras causas, que não estão previstas no art. 107 do CP, mas que extinguem a punibilidade do agente:

a) término do período de prova, sem revogação, do sursis, do livramento condicional e da suspensão condicional do processo (lei nº 9.099/1995, art. 89); b) escusas absolutórias (CP, arts. 181 e 348, §2º); c) reparação do dano, no peculato culposo, efetivada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (CP, art. 312, §3º); d) pagamento do tributo ou contribuição social nos crimes contra a ordem tributária (Lei 10.684/2003, art. 9º, e Lei 9.430/1996, art. 83, §4º); e) confissão espontânea e pagamento das contribuições, importância ou valores e prestação das informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, nos crimes de apropriação indébita previdenciária (CP, arts. 168-A, §2º, e 337-A, §1º, e Lei 9.430/1996, art. 83, § 4º); f) anulação do primeiro casamento em crime de bigamia (CP, art. 235); g) conciliação efetuada em relação aos crimes contra a honra, nos termos do art. 520 do Código de Processo Penal; h) morte do cônjuge ofendido no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP, art. 236), por se tratar de ação privada personalíssima; e i) cumprimento integral do acordo de leniência, relativamente aos crimes contra a ordem econômica tipificada na Lei 8.137/1990 (Lei 8.884/1994, art. 35-B). (MASSON, 2013. p. 888)

Além destas elencadas acima, que estão presentes nas legislações, existe também causa excludente de punibilidade nas atividades atípicas do judiciário, que tem força de lei, por exemplo, a súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “O pagamento de cheque emitido sem previsão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

Destarte, assim preceitua o artigo 107 do Código Penal Brasileiro:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do

direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos que a lei admite; VII – (revogado pela lei 11.106/2005); VIII – (revogado pela lei 11.106/2005); IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1940)

Desta feita, passaremos analisar as causas extintivas da punibilidade elencadas no artigo acima apresentado.

1.2.1. Morte do Agente

Dentre as causas que extinguem a punibilidade, está a morte do agente, pois com a morte deste, impossibilita a aplicação da pena privativa de liberdade, restritiva de direito e multa, não alcançando os efeitos em outros ramos do direito.

Esta causa repousa sob o artigo 5º, XLV, 1ª parte, da Constituição Federal do Brasil¹, conhecido também como o princípio da personalidade da pena, onde a pena deve-se aplicar somente ao acusado, não podendo alcançar herdeiro ou qualquer outra pessoa. Há também o princípio *mors omnia solvit*, com a morte tudo se apaga. Excepcionalmente deverá reparar o dano até o limite da herança, quando expressamente dispuser a Carta Magna.

Para que seja declarado este instituto é necessário que seja provado, que somente se faz com a certidão de óbito. É necessária a abertura de vista ao Ministério Público, e este não tiver nenhum óbice quanto à veracidade da certidão, será decretada a extinção da punibilidade *de cujus* (art. 62 do CPP).²

Quanto à constatação da falsidade da certidão de óbito, há dois posicionamentos: a) os que dizem que não poderá reaver o processo, por não haver em nosso ordenamento jurídico a revisão criminal *pro societate*; e b) os repousantes no sentido de que a sentença condenatória é considerada ato inexistente, que é também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

A 1ª Turma, em conclusão de julgamento, indeferiu, por maioria, habeas corpus impetrado em favor de pronunciado, em sentença transitada em julgado, pela suposta prática de homicídio. A defesa sustentava que a desconstituição do despacho interlocutório que teria declarado extinta a punibilidade do paciente — pois baseado em certidão de óbito falsa — seria nula, uma vez que violado o princípio da coisa julgada. Ademais, alegava não haver indícios suficientes a apontar o acusado como autor do delito — v. Informativo 611. O Min. Dias Toffoli, relator, acompanhado

¹ CF: Art. 5º, inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

² CPP: Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

pelos Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, manteve a posição externada por ocasião do pedido de adiamento do feito, no sentido de indeferir a ordem. Afirmou que o suposto óbito do paciente seria fato inexistente e que, portanto, não poderia existir no mundo jurídico. Por essa razão, reputou não haver óbice à desconstituição da coisa julgada. Em relação à suposta ausência de justa causa para a pronúncia do paciente, aduziu que a análise da tese implicaria revolvimento fático-probatório, inviável na sede eleita. Vencido o Min. Marco Aurélio, que concedia a ordem.³ (BRASIL, STF)

Também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A Turma, entre outras questões, entendeu que pode ser revogada a decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do ora paciente, uma vez que não gera coisa julgada em sentido estrito. A formalidade não pode ser levada a ponto de tornar imutável uma decisão lastreada em uma falsidade. O agente não pode ser beneficiado por sua própria torpeza.⁴ (BRASIL, STJ)

O entendimento desta última corrente repousa sob a ótica de que, quando o ato judicial é baseado em provas inverídicas, os efeitos posteriores decorrente daquele ato serão considerados inexistentes.

1.2.2. Anistia, Graça e Indulto

Como já foi dito no presente trabalho, o Estado tem o direito de aplicar uma pena à pessoa que comete a infração penal. Por sua vez, também pode renunciar a esse direito, ou seja, um órgão diferente do Poder Judiciário, que tem o direito de punir, pode deixar de aplicar a pena aos infratores. Concedido este benefício ao agente, deve ser acolhido pela decisão judicial. Os meios que este órgão tem para fazer esta renúncia são três: anistia, graça e indulto.

A anistia é de competência privativa do Congresso Nacional, não pode ser feita por outro órgão do Estado, a qual se dá por meio de lei ordinária, atinge todos os efeitos penais, mas não atinge os extrapenais. Pode ocorrer antes ou depois da sentença condenatória transitada em julgado, referindo-se aos fatos, ou seja, aplica-se a todos que infringiram aquela norma penal e não gera efeitos para configurar reincidência.

O outro meio é a graça, que é concedida pelo Presidente da República, mas pode ser delegada aos Ministros dos Estados, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que atinge somente os efeitos principais da condenação, persistindo ao demais,

³ HC 104998/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 14/12/2010

⁴ Precedente citado do STF: HC 84.525-8-MG, DJ 3/12/2004. HC 143.474-SP, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 6/5/2010.

ocorre após a sentença condenatória transitada em julgado, sua concessão faz-se necessária o requerimento feito para o juiz e gera efeitos de reincidência.

E o último é o indulto, que também tem as mesmas características da graça, porém é um benefício que atinge um grupo, e pode ser concedida pelo juiz de ofício.

Estes benefícios que o Estado oferece, estendem-se as ações penais públicas, condicionada ou incondicionada, e também as ações penais privadas, onde o ofendido é o titular da ação, ou seja, ele tem a faculdade de mover a máquina judiciária, para punir quem lhe ofendeu. Já o Estado tem o direito de punir e o direito de renunciar a esse direito também.

1.2.3. Retroatividade de Lei que não Considera o Fato como Criminoso

Da forma que a sociedade evolui, o ordenamento jurídico precisa moldar-se, adequando de acordo com as necessidades do povo e do Estado. No Direito Penal a lei está em constante mudança, surgindo novos crimes, agravando os já existentes e extinguindo outros.

Como se sabe, a legislação penal não retroage, com uma exceção, somente para beneficiar o réu. O artigo 107, em seu inciso III, do Código Penal Brasileiro prevê a retroatividade da lei penal quando não considerar mais o fato como criminoso, também chamado por *abolitio criminis*.

Conseqüentemente, ao considerar que tal fato não é mais criminoso, faz cessar todos os efeitos decorrentes da conduta antes repudiada, assim o artigo 2º do Código Penal reza: “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.” Contudo não erradia seus efeitos ao Direito Civil.

1.2.4. Prescrição, Decadência ou Perempção

Quando uma pessoa comete determinada conduta que não é permitida pela lei penal, nasce o direito do Estado de punir o infrator. O Estado tem um prazo previsto em lei para punir o agente, se não o faz, perde o direito de puni-lo com base na prescrição. Então prescrição nada mais é que a perda do Estado do direito de punir o agente, diante da inércia estatal em um determinado lapso temporal legalmente previsto.

Analisando a decadência, podemos afirmar que é a perda do direito de queixa ou de representação, diante da inércia de seu titular, que é o ofendido ou seu representante, durante o prazo legal previsto em lei, ou seja, o ofendido não manifesta sua vontade de punir o agente que cometeu o crime, então perde o direito de ingressar com a ação, por meio de queixa-crime ou de oferecer a representação ao Ministério Público. Somente ocorre nos crimes que a ação penal é pública condicionada à representação e nos crimes que a ação penal é privada.

É relevante neste instituto, observar o lapso temporal compreendido entre a prática do crime e o oferecimento da queixa ou representação, que é de seis meses, este tempo é dado ao ofendido, para que este instaure a ação penal, para ver o agente ser punido pelo crime que cometeu. Caso decorrido este prazo, o detentor do direito de dar o início à ação penal, perde o direito de ação.

Este prazo iniciará sua contagem no dia em que o ofendido veio a saber quem foi o praticante do crime contra ele perpetrado, ou seja, caso a vítima da infração penal saiba como ocorreu o crime, quais circunstâncias, tendo comprovado sua materialidade, só será iniciada a contagem a partir do dia em que a autoria seja descoberta. Já no caso de ação privada subsidiária da pública, o prazo decadencial começará a correr a partir do dia em que esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. Outro ponto importante a ser tratado é que este prazo é preclusivo e improrrogável, não tendo neste nenhuma causa de suspensão ou interrupção.

Também extingue a punibilidade a chamada perempção. A perempção diferencia-se das outras causas que extingue a punibilidade do agente elencadas no artigo 107, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, porque esta somente ocorre nas ações privadas. Caso seja uma ação privada subsidiária da pública, o Ministério Público dará andamento no processo diante da inércia do querelante da referida ação.

Por sua vez, a perempção é a perda do direito de ação, acarretada pela falta de manifestação na ação pelo querelante, que somente ocorrerá após a propositura da queixa, ou seja, quando se inicia a ação penal, porque antes de iniciada a ação penal o instituto que extinguirá a punibilidade será a decadência ou prescrição.

Será considerada preempta a ação penal quando: a) iniciada a ação penal, o querelante deixar de se manifestar no prazo de 30 dias seguidos; b) o querelante falecer ou tornar-se incapaz, e nenhum de seus sucessores ou representante, não comparecer no prazo de 60 dias para dar andamento no feito; c) o querelante não comparecer a qualquer ato do processo, não justificar o motivo ou não pedir a condenação nas alegações finais; e d) quando a pessoa jurídica é o querelante, e esta extinguir-se sem deixar sucessor.

Por fim, é de suma importância ressaltar que, quando houver pluralidade de querelantes, somente o que deixar de manifestar na ação penal, será considerado perempto o seu direito de exercer a ação, persistindo os dos demais querelantes.

1.2.5. Renúncia do Direito de Queixa ou Pelo Perdão Aceito

A renúncia é a desistência da vítima, de promover uma ação penal em desfavor de quem lhe ofendeu, é ato unilateral, que não precisa da aceitação do agente que cometeu o ato ilícito, ocorre nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Esse direito pode ser expresso, quando o ofendido ou seu representante legal, formaliza a pretensão por meio de declaração escrita e devidamente assinada pela vítima (art. 50 do CPP)⁵, ou tácita, é quando o ofendido pratica atos incompatíveis com a vontade de exercer a ação penal contra o ofensor (art. 104 do CP)⁶.

Quando o crime possui vários autores, a vítima não pode renunciar o direito de ação somente contra um deles, a renúncia se dá a todos ou a nenhum, em conformidade com o artigo 49 do Código de Processo Penal e o Princípio da indivisibilidade. Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete leciona que:

O princípio da indivisibilidade obriga ao querelante promover a ação penal contra todos os coautores do fato delituoso em tese, não podendo abstrair nenhum, a menos que desconhecido. Excluindo algum deles, tem-se o querelante tacitamente renunciado ao direito de processá-lo, devendo ser estendida a todos a sua abdicação. (MIRABETE, 2008, p. 379)

O Perdão do ofendido é a desistência de prosseguir a ação penal em desfavor de quem lhe ofendeu, ocorre após o oferecimento da queixa, durante a tramitação do processo até antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tem como efeito o impedimento de prosseguir a ação, ocorrendo somente nos casos de ação penal privada.

De acordo com o artigo 106 do Código Penal Brasileiro, o perdão quando concedido a um dos ofensores, a todos se estenderá, quando houver mais de um ofendido, o perdão de um não impedirá o direito dos outros de ingressar com a ação penal. Se um dos agentes não aceitar o perdão, a este não produzirá efeito.

⁵ Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurado com poderes especiais.

⁶ Art. 104. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. Parágrafo único – Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

Ainda, podemos extrair do referido artigo, que esta causa de extinção de punibilidade, pode ocorrer antes ou depois de iniciada a ação penal e que o perdão poderá ser expresso ou tácito.

Uma vez feita a proposta do perdão, o juiz intimará o ofensor para que em três dias, manifeste sua aquiescência, se aceita ou não. Caso este fique inerte, presumirá que aceitou e o juiz, por sentença, julgará extinta a punibilidade do agente.

1.2.6. Retratação do Agente

A retratação do agente que cometeu o ato ilícito tem cabimento como extinção da punibilidade, contudo, não é em todos os casos que o ofensor retrata que será extinta a ação, somente nos casos previstos em lei, por exemplo: a calúnia e a difamação.

Esta causa de extinção de punibilidade nada mais é que desfazer o que foi feito, confessar que praticou o ato, que este não é correto, sendo que deve ser feita na mesma intensidade que foi feito o ato ilícito. Nos crimes contra a honra, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

A retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca. No caso, em que a ofensa foi praticada mediante texto veiculado pela internet, o que potencializa o dano à honra do ofendido, a exigência de publicidade da retratação revela-se necessária para que esta cumpra a sua finalidade e alcance o efeito previsto na lei.⁷ (BRASIL, STJ)

Por sua vez, o crime que permite a retratação do agente, faz se necessário que a retratação seja na mesma intensidade que foi praticado o crime, contudo, somente é admitido nos casos expressamente previstos em Lei.

1.2.7. Perdão Judicial

Esta causa extintiva de punibilidade, somente pode ser concedida pelo juiz, sendo que, o meio pelo qual ele concede este benefício é a sentença, onde o membro do Poder Judiciário deixa de aplicar a pena correspondente ao crime praticado pelo agente, em virtude de enquadrar nos requisitos exigidos por lei. Nesse sentido o professor Cleber Masson ensina:

Perdão judicial é o ato exclusivo de membro do poder judiciário que, na sentença, deixa de aplicar a pena ao réu, em face da presença de requisitos legalmente

⁷ STJ, REsp. 320.958/ RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, J. 06/09/2007.

exigidos. Somente pode ser concedido nos casos previstos expressamente em lei (CP, art. 107, IX). (MASSON, 2013, p. 906)

O perdão judicial, geralmente se aplica aos crimes culposos, mas também podem ser aplicado aos crimes dolosos. O magistrado deve conceder ao agente o benefício quando constatado os requisitos legais para sua aplicação, este tem o poder discricionário para verificar se estão presentes ou não. Mas constatada sua presença, este tem por obrigação conceder o benefício.

Este instituto aplica-se a qualquer tipo de ação penal, privada, pública condicionada a representação, pública incondicionada e privada subsidiária da pública, não dependendo da aceitação do réu.

Uma vez concedido o perdão judicial, este extinguirá a punibilidade do agente, o qual não será considerado o ato perdoado para efeitos de reincidência, assim dispõe o artigo 120 do CP: “A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeito de reincidência,” e confirmada pela Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

1.3. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES ACESSÓRIOS, COMPLEXOS E CONEXOS

O artigo 108 do Código Penal Brasileiro trata da extinção da punibilidade nos crimes acessórios, complexos e conexos, onde diz que:

Art. 108 – A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante de conexão. (BRASIL, 1940)

Crime acessório, também denominado de crime de fusão, é um crime secundário, que depende da existência de um crime anterior, chamado principal, para que este ocorra, e a extinção da punibilidade do crime principal não afeta a punição do acessório.

Por sua vez, o crime complexo é junção de dois ou mais crimes, para atingir a ação pretendida pela agente, neste caso a extinção da punibilidade de um dos crimes não extingue a punibilidade dos demais.

E por fim o crime conexo, que utilizando os ensinamentos do professor Cleber Masson, pode-se dizer que “é o praticado para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime” (MASSON, 2013, p. 890). Ainda que houver a extinção da punibilidade de um dos crimes não extinguirá a punibilidade dos demais e subsistirá a qualificadora por crime conexo.

1.4. PRETENSÃO PUNITIVA E EXECUTÓRIA

As causas que extinguem a punibilidade do agente aplicam-se a duas pretensões do Estado: a punitiva e a executória. A pretensão punitiva é a vontade, o interesse do Estado de aplicar uma pena ao agente que praticou infração penal. Já a pretensão executória, ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, foi considerado culpado e transcorreu o prazo de recurso, sendo que o Estado tem o interesse de punir, aplicar a pena correspondente a ele imputado pela sentença.

Neste sentido, Damásio E. de Jesus preceitua:

Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a pretensão jurisdicional pedida na acusação, que tem duas finalidades: objetiva o julgamento da pretensão punitiva e a imposição da sanção penal. Transitando em julgado a sentença condenatória, o direito de punir concreto transforma-se em jus punitiois, convertendo a pretensão punitiva em pretensão executória: exigência de execução da sanção penal concretizada na sentença. O Estado adquire o direito de executar a pena ou medida de segurança imposta na sentença. (JESUS, 2008, p. 718 e 719)

Ante de transitar em julgado, o Estado tem a pretensão punitiva, o interesse de punir o agente, e depois de transitada em julgada a sentença, o Estado tem a pretensão executória, o direito de executar a pena constante na sentença.

1.5. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Diante da legislação penal e dos princípios que norteiam a justiça, verifica-se que tempo no ordenamento jurídico brasileiro é imprecindível para o Estado e as pessoas, fazendo com que direitos nasçam, modifiquem e se extinguam, de acordo com as ações e omissões dos sujeitos envolvidos neste processo de punição.

Dentre os efeitos causados pelo decurso do tempo, encontra-se a prescrição, que é uma causa que extingue o direito do Estado de punir o agente, com base no decurso do tempo e diante da inércia, seja ela do Estado ou do ofendido.

Como já foi dito anteriormente, quando um agente pratica uma conduta reprovada pela legislação penal, surge também o direito do Estado aplicar a pena correspondente a infração penal. Mas quando surge este direito do Estado, e ele não move-se, para que o infrator seja punido em um determinado lapso temporal, perderá o direito de punir, por meio da prescrição. Exemplificando Cleber Masson diz:

(...) É como se, cometida uma infração penal, o sistema jurídico virasse em desfavor do Estado uma ampulheta, variando o seu tamanho proporcionalmente à gravidade do ilícito penal. O poder-dever de aplicar a sanção penal precisa ser efetivado antes de escoar toda a areia que representa o tempo que passa, pois, se não o fizer dentro dos limites legalmente previstos, o Estado perderá, para sempre, o direito de punir. (MASSON, 2013, p. 916)

Este instituto existe para evitar que injustiças sejam feitas no decorrer do processo, pois com o decurso de um determinado lapso temporal, dificulta a produção de prova, ou as vezes torna-se a aplicação da pena até injusta perante a infração cometida.

No tocante a conceituação desta causa de extinção de punibilidade, Cleber Masson diz que a “prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da executória em face da inércia do estado durante determinado tempo legalmente previsto” (MASSON, 2013, p. 916). Ainda, no mesmo sentido o ilustríssimo doutrinador Julio Fabbrini Mirabete conceitua: “a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo” (MIRABETE, 2008, p. 424).

Sendo assim, prescrição é a perda do Estado de punir quem pratica uma conduta tipificada na legislação penal, diante da inércia do Estado ou do ofendido, em um determinado lapso temporal previsto em Lei.

A prescrição é aplicada e surte efeito em todo o processo que visa aplicar uma pena ao individuo infrator, com exceção dos crimes imprescritíveis. Pois a prescrição somente tira o direito do Estado de punir o agente. Por mais que a prescrição surta efeitos em todas as fases processuais, ele é de natureza do Direito Penal, assim diz Cleber Masson “a prescrição, embora produza diversos efeitos no processo penal, é matéria inerente ao Direito Penal, pois, quando ocorre, extingue o direito de punir de titularidade do Estado” (MASSON, 2013, p. 918).

1.6. FUNDAMENTOS DE SUA EXISTÊNCIA

A doutrina de Cleber Masson enumera três fundamentos para a existência da prescrição, são eles: “a) segurança jurídica ao responsável pela infração penal; b) luta contra a ineficiência do estado; e c) impertinência da sanção penal” (MASSON, 2013, p. 917 e 918).

Na primeira vislumbra-se o lapso temporal decorrido, que tornaria injusta a aplicação da pena correspondente ao crime praticado, muitos anos após a sua prática, sendo que, não mais seria a realidade que o agente vivia, tirando assim o caráter da punibilidade, que é aplicar a pena correspondente ao crime ou contravenção penal na iminência do ato, dando exemplo, não só a este, mas a toda a sociedade, não deixando que o crime caísse no esquecimento.

O segundo motivo trata-se da eficiência do Estado, pois este tem como princípio a eficiência, que está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Por sua vez, visa impor, de certa forma, uma punição ao Estado, ou seja, retirar o seu direito de punir diante da demora em investigar, julgar e aplicar uma sanção ao agente, descumprindo assim tal princípio do ente público.

E o terceiro trata-se da importância da proximidade da aplicação da pena com o crime praticado. Relata Cleber Masson que “é de suma importância que a pena seja aplicada imediatamente após a prática do crime, pois o que garante a ordem social não é o medo de penas cruéis e sim da certeza da aplicação desta, não deixando persistir a ideia de impunidade, pois não adianta ter penas cruéis se o agente não é punido ou demora muito tempo, caindo no esquecimento” (MASSON, 2013, p. 918).

1.7. EFEITOS

Ao que se refere aos efeitos da prescrição, é importante lembrar o que foi dito anteriormente, que há duas pretensões a punitiva e a executória, ao aplicar esta causa de extinção da punibilidade, surtirá efeitos diferentes com relação a cada uma das pretensões.

Desse modo, a prescrição da pretensão punitiva ocorre antes da sentença condenatória, não subsistindo nenhum efeito do crime praticado, se não os maus antecedentes. Assim o posicionamento de Thaisa Soriano Sampaio Januário:

Embora existam posicionamentos diversos, a prescrição da pretensão punitiva vem a impedir a análise do mérito da acusação, ainda quando o réu pleiteia a continuidade da ação a fim de alcançar a sentença absolutória. Outrassim, a ocorrência da

prescrição impede o início ou o prosseguimento da persecução criminal em juízo, trancando também eventual inquérito, bem como isentando o réu do pagamento de custas processuais. (JANUÁRIO, 2008, p. 35)

Já na pretensão executória, a prescrição somente isentará o condenado da pena que lhe foi imposta, persistindo assim, todos os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, este servirá como reincidência, caso o agente venha a cometer novo crime e poderá responder civilmente pela execução da sentença penal. Neste sentido diz Thaisa Soriano Sampaio Januário:

Quanto à prescrição da pretensão executória, por ocorrer sempre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, exclui apenas o efeito penal principal, qual seja, o cumprimento da pena aplicada, em nada elimina os efeitos secundários da pena, bem como os extrapenais. Destarte, poder-se-à executar civilmente a sentença penal condenatória, assim como a considerar reincidente o réu, ter o nome deste incurso no rol de culpados e arcar com as custas processuais. (JANUÁRIO, 2008, p. 36)

Cada uma das prestações terá efeitos diversos uma da outra, por motivo da pretensão punitiva não há sentença trãnsitada em julgado, não foi considerado culpado ainda sobre o crime. Já na pretensão executória o acusado foi condenado em sentença irrecorrível, que neste caso somente o isentará da pena a ele aplicada.

1.8. IMPRESCRITIBILIDADE

A prescrição da pretensão punitiva ou executória, em regra, aplica-se-a todas as infrações penais em nosso ordenamento jurídico, contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe em meios aos seus inúmeros artigos alguns crimes que são considerados imprescritíveis, os quais estão elencados no art. 5º, incisos XLII e XLIV, que dizem ser imprescritíveis a pática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

CAPÍTULO II

MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO

2.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENÇÃO PUNITIVA PROPRIAMENTE DITA

Antes de adentrarmos afundo nas modalidades da prescrição da pretensão punitiva, também chamada de prescrição da ação, é importante esclarecer o que este vem a ser. Segundo o entendimento do doutrinador Damásio de Jesus “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” (JESUS, 2008, p. 719). Nesta linha de raciocínio, verifica-se que a prescrição não atinge diretamente o direito do Estado de iniciar ou continuar com a ação e sim, atinge o *jus puniendi*, em outras palavras, o direito do Estado de punir o agente. Pois nada adiantaria continuar com a ação penal, sabendo que ao final não poderia aplicar uma pena.

O Código Penal trás em seu bojo quatro espécies de prescrição da pretensão punitiva, são elas: a) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita; b) prescrição superveniente, subsequente ou intercorrente; c) prescrição retroativa; e d) prescrição virtual, também chamada de prescrição antecipada, projetada ou retroativa em perspectiva, a qual será o foco do próximo capítulo. Desta feita, passar-se-a analisar a primeira destas modalidades, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita.

Nesta modalidade, a prescrição ocorrer-se-a em qualquer fase processual, contudo, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, esta pode ser verificada durante o inquérito policial, o qual impedirá ao Ministério Público de oferecer a denúncia e ao querelante, que impedirá de oferecer a queixa-crime. É a que se verifica no decorrer da ação penal, compreendida entre o recebimento da denúncia ou queixa e a sentença transitada em julgada, após ser diagnosticada deverá ser declarada a extinção da punibilidade do agente pelo juiz.

No tocante ao cálculo da prescrição, esta será calculada de acordo com a pena máxima cominada a infração penal, assim dispõe o artigo 109, *caput*, do Código Penal. Ex: o agente comete o crime de homicídio simples, o qual a pena cominada a este crime é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, sendo assim, o prazo prescricional será caculado de acordo com a pena máxima, qual seja, 20 (vinte) anos. Cleber Masson explica porque calcula pela pena máxima, vejamos:

Na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, não há trânsito em julgado para a acusação nem para defesa. Nada impede, assim, a fixação da pena no máximo legal. E, se a reprimenda pode chegar ao limite máximo, não se pode privar o Estado do direito de punir com base em quantidade diversa de sanção penal. (MASSON, 2013, p. 924)

Veja a tabela abaixo, como será calculado o prazo prescricionais de acordo com a pena máxima cominada:

Máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito	Prazo prescricional
Inferior a 1 (um) ano	3 (três) anos
Igual ou superior a 1 (um) ano, até 2 (dois) anos	4 (quatro) anos
Superior a 2 (dois) anos, até 4 (quatro) anos	8 (oito) anos
Superior a 4 (quatro) anos, até 8 (oito) anos	12 (doze) anos
Superior a 8 (oito) anos, até 12 (doze) anos	16 (dezesesseis) anos
Superior a 12 (doze) anos	20 (vinte) anos

Esses prazos não se aplicam à pena de multa quando a única aplicada e no crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06⁸, que verificará o prazo prescricional em 2 (dois) anos.

Para a fixação da pena ao agente o juiz utiliza-se do sistema trifásico presente no artigo 68, *caput*, do Código Penal, qual seja a pena-base, que é o preceito secundário do artigo, agravantes e atenuantes, e causas que aumento e diminuição da pena.

Com relação aos agravantes e atenuantes não influenciam no prazo prescricional, pois este não excedem o máximo cominado e nem ao mínimo, com exceção dos crimes cujo o autor é menor de 21 (vinte e um) anos na dada do fato ou maior de 70 (setenta) anos na data da sentença, no qual o prazo prescricional será reduzido pela metade, conforme art. 115 do CP, e a reincidência, que agravará a pena.

As causas de aumento e diminuição da pena, diferente das citadas acima, influenciam a contagem do prazo prescricional, já que estas excedem o mínimo e máximo legal. Quando houver uma causa que aumenta a pena que seja variável, esta será computada no máximo. Assim exemplifica Cleber Masson:

⁸ Art. 28 – Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...).

(...) no crime de roubo circunstanciado, com a pena aumentada em razão de emprego de arma (CP, art. 157, § 2º, I), a exasperação é de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade). A pena de roubo é de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. O aumento máximo de 1/2 (metade). A prescrição da pretensão propriamente dita ou prescrição da ação penal deve ser calculada sobre a pena de 15 (quinze) anos, a qual resulta da pena máxima do roubo (10 anos) elevada da metade (maior causa de aumento da pena). (MASSON, 2013, p. 928)

Havendo causa de diminuição da pena, esta incidirá o menor percentual constante na variação. Veja o exemplo do professor Cleber Masson:

A título ilustrativo, a pena de peculato apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1ª parte) é de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Em caso de tentativa, deve ser obrigatoriamente diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços). O cálculo prescricional de uma tentativa de peculato apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1ª parte c/c o art. 14, II) seria o seguinte: 12 anos (pena máxima do crime) menos 1/3 (causa de menor diminuição). Logo, a prescrição deveria ser computada sobre uma pena de 8 (oito) anos. (MASSON, 2013, p. 928)

Destarte, quando estiverem presentes ambas as circunstâncias, causa de aumento e diminuição, será calculado o aumento no máximo e diminuindo o mínimo legalmente previsto.

Com relação ao cálculo dos prazos prescricionais, ainda, podemos observar que na espécie de prescrição que ocorre antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: a) do dia em que o crime se consumou; b) quando tentativa, do dia em que cessou a conduta criminosa; c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; d) nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido; e e) nos crimes contra a dignidade sexual da criança e adolescente, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos de idade, salvo se já foi proposta a ação penal (art. 111 do CP).

O Código Penal adotou como teoria do instituto da prescrição a teoria do resultado, onde a contagem do prazo prescricional inicia-se da data em que se consumou o crime, ou seja, o importante para esta causa de extinção de punibilidade é o dia em que se consumou o crime.

Quando o crime for praticado em data incerta, e as provas produzidas derem uma data não precisa, o início da prescrição será na data mais remota da previsão. Por exemplo, a vítima tem uma fazenda, onde não reside ninguém, e o proprietário da referida fazenda ficou os meses de janeiro a junho sem ir ao local, quando este chegou, percebeu um arrombamento do cadeado da porteira de entrada, e ao chegar à sede da fazenda, verificou que haviam furtado vinte vacas de seu rebanho, contudo, nas investigações não lograram êxito em descobrir o dia ao certo que ocorreu o furto qualificado, diante disso o prazo prescricional iniciará no dia 1º de janeiro, na data mais remota provável.

Todavia, nos crimes formais e de mera conduta, o computo do prazo prescricional iniciará no dia em que ocorreu a conduta, a ação criminosa, e nos materiais, será iniciado o prazo no dia em que a conduta criminosa produziu o resultado.

Como já foi dito, o tempo inicial da prescrição acima é regra geral, contudo há exceções, que estão nos incisos II a V, do artigo 111 do Código Penal, quais sejam os crimes tentados, que será iniciado o prazo prescricional no dia em que cessou a atividade criminosa; nos crimes permanentes, o dia em que terminou a atividade de permanência; nos crimes de bigamia, de falsificação ou alteração no registro civil, que será disparado o prazo no dia em que este tornou-se conhecido; e nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, se não houver ainda iniciada a ação penal, verificará o início do prazo no dia em que a vítima completar os 18 (dezoito) anos de idade.

No curso deste prazo prescricional existem algumas causas que ocasionam a interrupção da prescrição da pretensão punitiva, ou seja, alguns atos legalmente previstos, que ocorrem após o acontecimento do crime, o qual interrompe a contagem do prazo e inicia a contagem novamente, exemplo: lesão corporal, pena de 3 meses a 1 ano, a prescrição verifica-se em prescrição em 4 anos, já havia transcorrido o prazo de 3 anos quando foi oferecida a denúncia, neste ato, interrompe o prazo e inicia a contagem novamente, terá que correr 4 anos sem a manifestação estatal.

Estas causas estão elencadas no artigo 117, inciso I a IV do Código Penal, que diz: O curso da prescrição interrompe-se: a) pelo recebimento da denúncia ou queixa; b) pela pronúncia; c) pela decisão confirmatória da pronúncia; e d) pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível.

Inicialmente cumpre ressaltar que este rol é taxativo, pois não pode utilizar de outros atos processuais para interromper o prazo.

Na primeira causa de interrupção do curso prescricional é o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo juiz competente, ratificando os atos anteriormente feitos, não pelo oferecimento da exordial acusatória feita pelo Ministério Público ou o querelante. Assim sendo, o ato que marca a interrupção deste prazo é a publicação do despacho feito pelo juiz acolhendo a inicial, no qual será feito antes de citar o acusado ou querelado.

Quando o juiz rejeitar a peça acusatória, poderá a denúncia ou queixa ser recebida pelo 2º grau de jurisdição. Neste caso “interrupção ocorrerá na data da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito ou da apelação pelo tribunal” (MASSON, 2013, p. 935). Neste sentido é de se observar a súmula 709 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “salvo quando

nula a decisão de primeiro grau, o acordão que prevê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”.

Sendo a decisão do juiz de direito anulada, o lapso prescricional não será interrompido, pois, uma vez anulada, esta não produz efeito.

Nos casos que houver o aditamento da denúncia não será interrompido o prazo prescricional, salvo quando imputado novo crime ao agente, que interromperá o curso do prazo somente com relação a este novo crime.

Outra causa de interrupção legalmente prevista é a pronúncia, que “é a decisão interlocutória mista não terminativa, fundada em prova da materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, que submete o responsável pela prática de um crime doloso contra a vida ao julgamento perante o Tribunal do Júri” (MASSON, 2013, p. 935/936).

Esta decisão somente ocorre nos delitos de competência do Tribunal do Júri, o qual verifica-se a interrupção na publicação da sentença de pronúncia. Caso o agente não seja pronunciado, interpondo o recurso contra a decisão, o prazo prescricional será interrompido na data da sessão de julgamento do recurso pelo Tribunal.

A pronúncia somente submete o agente ao julgamento do Tribunal do Júri, momento que chegará a uma posição, se este é culpado ou não, se considerado culpado o juiz aplicará a sanção de acordo com a dosimetria da pena. Caso este seja absolvido, ou seja, o crime desclassificado para outro, que não é competência do respectivo tribunal, a pronúncia continuará produzindo efeito, com relação à interrupção (súmula 191 do STJ).

Opera-se a interrupção da prescrição pela decisão confirmatória da pronúncia, que o réu foi pronunciado e propôs recurso contra esta decisão e o Tribunal de Justiça confirmou a decisão da jurisdição de 1º grau. Neste causa de interrupção do lapso prescricional da pretensão punitiva interromperá o referido prazo na data da sessão do julgamento do recurso no Tribunal e não da publicação do acordão.

A última causa prevista no referido artigo, com relação à prescrição da pretensão punitiva é a publicação da sentença ou acordão condenatório recorrível. É da publicação que começa a correr os prazos prescricionais novamente, por que é neste momento que a decisão condenatória do juiz tomará conhecimento. A publicação se dá quando o juiz sentencia e entrega para o escrivão, o qual lavrará o respectivo termo nos autos e registra no livro especialmente destinado a este fim (art. 389. CPP).

Em se tratando de acordão condenatório, este verificará a interrupção na data da sessão de julgamento pelo Tribunal. Neste presente caso, fala-se em acordão condenatório

aquele que é oriundo de recurso de sentença absolutória, assim será interrompido o prazo prescricional, caso seja acordão confirmatório de condenação, este em nada influenciará, persistindo a contagem de prazo da publicação da sentença, agora se modificar substancialmente a pena, terá caráter interruptivo.

Se a sentença foi reformada pelo Tribunal competente absolvendo o condenado, não se trata de interrupção do prazo prescricional.

Nos casos de medida de segurança, se o autor é inimputável a medida tem natureza absolutória. Já na medida de segurança aplicada ao semi-imputável, terá a interrupção do prazo prescricional, vez que a sentença tem natureza condenatória e a medida imposta é uma substituição da pena.

Em relação as causas interruptivas, há também a comunicabilidade delas na prescrição da pretensão punitiva, onde irá se estender aos outros autores do crime, que está elencado no artigo 117, § 1º do CP, que diz: a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que seja objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

Pode-se extrair do artigo acima citado que, existem duas circunstâncias que ocorrerá a comunicabilidade das causas de interrupção, que são o concurso de pessoas e os crimes conexo que sejam objeto do mesmo processo.

Tendo em vista os crimes que haja concurso de pessoas, todas as causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva (recebimento da denúncia ou queixa, pronúncia, da decisão confirmatória da pronúncia e acordão condenatório recorrível) será aplicada a todos os infratores de um determinado crime, cujo as suas condutas visaram a perpetração de um único crime em comum (autores, coautores e partícipes). Cleber Masson exemplifica:

"A" e "B" são regularmente processados pelo crime de roubo. Aquele é condenado, e este, absolvido. O Ministério Público interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença somente em relação a "B", para condená-lo. Pela regra do art. 117, §1º, 1ª parte, do Código Penal, o Tribunal deverá considerar a prescrição interrompida para "B", diante da sentença condenatória recorrível proferida contra "A". (MASSON, 2013, p. 938)

Nos crimes conexos, que são aqueles que ligados, os quais foram atribuídos ao autor em um mesmo processo, ao interromper o prazo prescricional de um, interromperá de todos os demais, ou seja, os que “forem imputados ao réu na mesma denúncia ou na mesma queixa-crime, a interrupção relativa a qualquer deles estende aos seus efeitos aos demais” (MASSON, 2013, p. 938).

Exemplifica Cleber Masson:

"A" pratica três crimes: roubo, furto e tráfico de drogas. Os delitos são investigados em um único inquérito policial, ensejando o oferecimento de denúncia por todos eles. Após regular processamento, "A" é condenado pelo roubo, e absolvido pelos demais delitos. O Ministério Público apela, almejando a reforma da sentença na parte relativa às absolvições, para o fim de condenar o réu por todos os crimes. Pela regra contida no art. 117, §1º, in fine, do Código Penal, a sentença condenatória recorrível proferida em relação ao roubo interrompe a prescrição desse crime, estendendo-se esse efeito também ao furto e ao tráfico de drogas. (MASSON, 2013, p. 938/939)

Além das causas interruptivas, há também as causas impeditivas do lapso temporal da prescrição punitiva, estas causas estão prevista no Código Penal Brasileiro, em seu art. 116, inciso I e II, vejamos:

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. (BRASIL, 1940)

As causas impeditivas elencadas no artigo acima referido “se aplicam ao impedimento e à suspensão da prescrição” (MASSON, 2013, p. 939), as quais Cleber Masson as diferenciam:

Impedimento é o acontecimento que obsta o início do curso da prescrição. De seu turno, na suspensão esse acontecimento desponta durante o trâmite do prazo prescricional, travando momentaneamente a sua fluência. Superado esse entrava, a prescrição volta a correr normalmente, nela se computando o período anterior. (MASSON, 2013, p. 939)

Segundo Cleber Masson o inciso I “trata-se da questão prejudicial ainda não resolvida em outro processo” (MASSON, 2013, p. 939), ou seja, são questões imprescindíveis para a apuração da materialidade do delito, onde o prazo não correrá ou será suspenso enquanto este processo independente não for resolvido. Nesse sentido Damásio de Jesus diz que “nos temos do art. 116, I, a prescrição não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questões de que dependa o reconhecimento da existência do crime (questão prejudicial, tratada nos arts. 92 a 94 do CPP)” (JESUS, 2008, p. 739). E por fim exemplifica:

Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado por crime de bigamia. Diz o art. 235, §2º, do CP, que “anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”. Bigamia é o fato de “contrair alguém, sendo casado, novo casamento” (art. 235, *caput*). Anulado o primeiro casamento, não subsiste o crime. O mesmo ocorre quando é anulado o

primeiro casamento, em relação ao qual se pretende existir o crime, desde que por motivo que não a bigamia. Suponha-se que durante a ação penal o réu ingresse no juízo cível com uma ação de nulidade do primeiro casamento. O juiz criminal deve sobrestar o andamento do processo até que seja resolvida a questão de validade ou nulidade do primeiro matrimônio. Anulado o casamento não subsiste a bigamia. Julgada improcedente a ação civil, tem prosseguimento a ação penal. Quanto a prescrição, aplica-se o disposto no art. 116, I: a prescrição não corre enquanto não resolvida, no processo civil, a questão de que depende o reconhecimento do crime de bigamia (validade do primeiro casamento). Enquanto a ação penal estiver sobrestada não terá curso o prazo prescricional. Julgada improcedente a ação civil, a ação penal terá prosseguimento. Suponha-se que, antes do sobrestamento da ação penal, já tivesse decorrido dois anos de prazo da prescrição da pretensão punitiva, ficando paralisada durante um ano (a ação civil de nulidade do casamento foi definitivamente julgada improcedente depois de um ano da paralisação da ação penal). Terminado o prazo suspensivo, a prescrição recomeça a correr, levando-se em consideração os dois anos já decorridos antes da suspensão. (JESUS, 2008, p. 739)

Com o olhar direcionado ao momento inicial da suspensão da prescrição, pode-se afirmar que é do despacho do juiz, suspendendo o prazo prescricional, e o ato que finda este prazo é o despacho marcando a retomada ao processo principal.

Com relação ao inciso II, o agente cumpre pena no estrangeiro, este enquanto permanecer em outro país com esta finalidade, estará o decurso do prazo prescricional da pretensão punitiva suspenso ou impedido de correr. Pois o Estado Brasileiro não pode trazê-lo, por motivo de estar ferindo a soberania estrangeira (do país que o agente está sendo punido). Após o cumprimento da pena integral, será submetido a punição em nosso território, pelas infrações da legislação brasileira.

2.2. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE, INTERCORRENTE OU SUBSEQUENTE

A prescrição superveniente é uma das modalidades da pretensão punitiva, onde houve um procedimento para apuração da infração penal e uma sentença condenatória, porém esta decisão não transitou em julgado, ou seja, ela ainda é passível de recurso, esta modalidade se verifica após a sentença e antes do trânsito em julgado da sentença.

Além disso, verifica-se que esta prescrição repousa sobre a sentença, não a pena máxima e nem a mínima, o prazo prescricional será calculado de acordo com a pena aplicada na sentença condenatória, assim dispõe a Sumula 146 do Supremo Tribunal Federal: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Havendo recurso da acusação, calcular-se-a prescrição de acordo com a aplicada no recurso.

O prazo prescricional nesta modalidade, começará a fluir apartir da publicação da sentença condenatória recorrível, quando a sentença tornar irreccorrível para a acusação (Ministério Público ou o querelante), ou seja, para que comece a correr o tempo prescricional na data da publicação da sentença, é necessário que para a acusação já tenha trãnsitado em julgado a sentença condenatória.

O ilustríssimo professor e doutrinador Cleber Masson enumera dois motivos, pelo qual, ocorre a prescrição superveniente: o decurso do prazo prescricional sem intimação do réu acerca da sentença e a defesa recorre, mas sobrevém o prazo prescricional antes de o tribunal julgar o recurso, senão vejamos:

A prescrição superveniente pode ocorrer por dois motivos: (1) demora em se intimar o réu da sentença, isto é, ultrapassa-se o prazo prescricional e o réu ainda não foi intimado (CPP, art. 392), ou (2) demora no julgamento do recurso de defesa, ou seja, o réu foi intimado, recorreu, superou-se o prazo da prescrição e o tribunal ainda não apreciou o seu recurso. (MASSON, 2013, p. 943)

Com relação ao momento oportuno para a alegação da prescrição, Cleber Masson diz que esta modalidade de extinção de punibilidade não pode ser declarada na sentença condenatória, porque não houve trãnsito em julgado a sentença e nem o improvimento do recurso, e que após o trãnsito em julgado para a acusação ou que haja o improvimento do recurso, poderá ser reconhecido:

1) Pode ser reconhecida exclusivamente pelo tribunal, pois o magistrado de 1ª instância, ao proferir a sentença, esgota a sua atividade jurisdicional (...); e 2) pode ser declarada em 1º grau de jurisdição, por se tratar de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 61, *caput*). É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (MASSON, 2013, p. 944)

É mais viável que o juiz de direito ao constatar a prescrição no processo pode declarala de ofício em conformidade com o art. 61 do CPP, para evitar a demora e custas processuais.

2.3. PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa é uma espécie da prescrição da pretensão punitiva, a qual é cauculada pela pena decorrente da sentença, cujo há sentença condenatória trãnsitada em julgado para a acusação, seja ela pelo não interposição de recurso ou pelo improvimento deste.

Nos casos em que somente a defesa interpor o recurso, não impedirá a prescrição retroativa e nem poderá dificultar a declaração desta, pois o recurso da defesa não pode-se agravar a pena do condenado com base no artigo 617 do CPP.

Desta feita, esta prescrição será caiculada de acordo com a pena aplicada na sentença do juízo de 1º grau, não podendo em caso de recurso da defesa aplicar pena superior a constante na sentença e também não poderá ser caiculada pela pena máxima cominada ao crime em abstrato.

Tendo em vista o início da contagem do prazo prescricional, este se dá no dia da publicação da sentença ou acordão condenatório trãnsitado em julgado para a acusação, sendo que, esta correrá para trãz, até o recebimento da denúncia ou queixa, assim diz Cleber Masson: “desta forma, no campo dos crimes em geral, a prescrição retroativa pode ocorrer entre a publicação da sentença ou acordão condenatório e o recebimento da denúncia ou queixa” (MASSON, 2013, p. 946)

De outra banda, os crimes dolosos contra a vida, cujo é de competência do Tribunal do Júri, a prescrição retroativa da pretensão punitiva se dá em três momentos distintos: a) entre o recebimento da denúncia ou queixa e a pronúncia; b) entre a pronúncia e a decisão confirmatória da pronúncia; e c) da decisão confirmatória da pronúncia e a sentença condenatória recorrível.

Com o advento da Lei 12.234/2010, trouxe em seu bojo, drasticar mudanças na esfera da prescrição retroativa, onde extinguiu este instituto em fase de inquérito policial, ou seja, não mais é admissível tal prescrição antes do recebimento da denúncia ou queixa.

Cleber Masson relata que “a prescrição retroativa jamais pode ser declarada na propria sentença condenatória, em face a ausência de um pressuposto fundamental: o trãnsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso” (MASSON, 2013, p. 948).

Em se tratando do momento em que deve ser decretada a prescrição, pode-se dizer que a sua decretação pode ocorrer em 1º grau de jurisdição, pelo juízo que proferiu a sentença ou pelo juízo de execução, pois trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 61, *caput*).

CAPÍTULO III

PRESCRIÇÃO VIRTUAL

3.1. ORIGEM, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A modalidade de prescrição aqui apresentada é oriunda da prescrição retroativa. O Decreto nº 4.780/23 possibilitou a contagem da prescrição com base na pena imposta na sentença condenatória, em que houvesse o trânsito em julgado para a acusação, iniciaram-se as discussões relativas à prescrição virtual, a qual chegou a ser considerada pelo STF nesta época.

Mesmo com o advento do Código Penal de 1940, que adotou o mesmo sistema do Decreto nº 4.780/23, a discussão ainda persistia. Só em 1964, com a edição da Súmula nº 146, admitiu a prescrição retroativa. Posteriormente, a Lei nº 7.209/84, modificou a parte geral do Código Penal, admitindo a contagem do prazo da prescrição retroativa entre o momento do fato e a recebimento da denúncia ou queixa.

Diante da grande massa de processos no Poder Judiciário, a tramitação processual ficou demorada. Com isso muitos processos a serem julgados, não mais poderiam ser aplicada a pena, pois já havia corrido prazo significativo sem a atuação estatal, fazendo com que ocorresse a prescrição retroativa. Então passou-se a conhecer a prescrição retroativa antecipadamente, que é a prescrição virtual.

A Lei nº 12.234/2010 modificou o prazo prescricional, que baseia-se na pena imposta na sentença, o qual não mais pode ser contado o prazo na fase inquisitorial, somente após o recebimento da denúncia ou queixa.

A prescrição virtual, também é chamada de prescrição em perspectiva, projetada, antecipada, prognóstico prescricional e etc.

Segundo Cleber Masson “a prescrição virtual trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial, a qual a extinção da punibilidade do agente será conhecida com base na perspectiva da eventual condenação, que quando findar o processo com a sentença condenatória, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa” (MASSON, 2013, p. 954).

Nas palavras de Júlio Medeiros (2013, p. 1), prescrição “nada mais é, em singelas palavras, do que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa; tendo-se em vista a provável pena a ser posteriormente aplicada ao acusado no caso concreto” (MEDEIROS, 2013, p. 1).

Neste diapasão, Luiz Flávio Gomes ensina:

A prescrição da pretensão punitiva virtual (subespécie da PPP) é, como dissemos, construção doutrinária e jurisprudencial (jurisprudência da primeira instância), de acordo com a qual, tendo-se conhecimento do fato, bem como das circunstâncias que seriam levadas em conta quando o juiz fosse graduar a pena e chegando-se a uma provável condenação, tomar-se-ia por base essa pena “virtualmente” considerada e far-se-ia a averiguação de possível prescrição, quando então não haveria interesse em dar-se andamento em ação penal que de antemão pudesse encerrar com a extinção da punibilidade. (GOMES, 2010, p. 1)

Este prognóstico prescricional é uma construção das doutrinas e jurisprudências. Doravante, esta modalidade é a perda do direito do Estado do direito de punir diante da simulação da pena que poderia vir a ser aplicada ao infrator penal, que teria ao final do processo, com a sentença transitada em julgado para a acusação, a prescrição retroativa conhecida.

Com relação à natureza jurídica, há doutrinadores que se posicionam no sentido de ser a prescrição virtual de natureza processual, por se tratar de ausência de interesse de agir. Nesta linha de raciocínio, Júlio Medeiros diz:

Desse modo, tal espécie de prescrição encontra seu principal fundamento na falta de interesse de agir, que acarreta a ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal. Como se vê, a prescrição virtual afeta o interesse de agir do Estado no caso *sub judice* e nada tem a ver com a extinção da punibilidade. Logo, é matéria processual penal e não penal. (MEDEIROS, 2013, p. 2)

Há de outro lado, posicionamentos que defendem a natureza penal da prescrição projetada, por se tratar de causa de extintiva da punibilidade, a qual é a antecipação da prescrição retroativa que ao final do processo será reconhecida, assim ensina Thaisa Soriano Sampaio Januário:

A corrente tradicionalista entende a prescrição virtual como uma causa extintiva da punibilidade. Argumentam seus defensores que o que se reconhecerá ao final é a prescrição retroativa de maneira antecipada, e em sendo esta uma causa extintiva da punibilidade, outra não pode ser a natureza jurídica desse instituto já que advém daquele. (JANUÁRIO, 2008, p. 85)

Diante o exposto acima, o que deve prevalecer dos entendimentos da natureza jurídica, é este último posicionamento, pois a prescrição virtual nada mais é que o reconhecimento

antecipado da prescrição retroativa, que é uma das modalidades de extinção da punibilidade. Mesmo não tendo previsão legal, a prescrição antecipada é derivada da prescrição retroativa, que é de natureza penal.

3.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

A maioria da doutrina brasileira tem seu posicionamento favorável à adoção desta prescrição, repousando no sentido da ausência de interesse de agir e na economia processual, assim diz Júlio Medeiros “tal espécie de prescrição encontra seu principal fundamento na falta de interesse de agir, que acarreta a ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal” (MEDEIROS, 2013, p. 2).

Neste sentido, é o posicionamento do professor Cleber Masson:

Não existiria utilidade na ação penal, pois irremediavelmente ocorreria a prescrição retroativa, tornando inócuo o seu emprego. Ademais, seria despropositado gastar tempo dos operadores da Justiça, e, principalmente, dinheiro público, com um processo penal fadado a ter reconhecida a extinção da punibilidade. (MASSON, 2013, p. 955)

Ademais, também é o entendimento de Juliano Serpa:

A aplicação da prescrição antecipada baseia-se essencialmente na perda do direito material de punir pelo Estado, já que lhe faltará uma das condições para a propositura da ação penal, ou o seu prosseguimento, qual seja, o interesse de agir, posto que não se alcançará com a propositura da ação penal o resultado que dela se espera, no caso, a punição de indivíduo que praticou ato ilícito. Aliás, a certeza de que o processo penal será inútil constitui falta de justa causa para o início da ação penal, pois, inexistindo interesse de agir para tanto, faltaria uma das condições da ação, o que ensejaria o seu arquivamento com fulcro no artigo 43, inciso III, do Código de Processo Penal. (...) Além da falta de interesse de agir do Estado, a prescrição virtual também encontra amparo no princípio da economia processual, pois seria absolutamente inútil dar prosseguimento ao feito, gerando dispêndio de esforços inúteis, em prejuízo de outros processos, que, por tal fato, também se defrontarão com a prescrição. (SERPA, 2008, p. 160 e 162)

Já dito antes, a prescrição antecipada é uma criação doutrinária e jurisprudencial, cujo seus defensores apoiam-se na falta de interesse de agir, por não haver sentido o processo penal, que ao final, com a sentença condenatória, o agente não será punido, vez que ocorrerá a prescrição retroativa. E o outro motivo é a economia processual, que ao decorrer da ação penal será gasto muito dinheiro público desnecessário, pois não será efetivado ao termino do processo o objetivo penal.

De outra banda, os Tribunais têm decidido no sentido da inadmissibilidade da prescrição antecipada, por afrontar os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa, da reserva legal, do contraditório e do devido processo legal, assim as jurisprudências do Tribunal do Estado de Goiás:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA OU PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 438 DO STJ. 1. A prescrição virtual da pretensão punitiva implica em presunção de condenação, afrontando os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa, da reserva legal, do contraditório e do devido processo legal, impondo a cassação do ato decisório que extingue a punibilidade do recorrido, com base em uma pena hipotética, por força da Súmula nº 438, do Superior Tribunal de Justiça e por falta de previsão legal. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO CASSADA. (TJGO, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 469133-85.2009.8.09.0143, Rel. DR(A). JAIRO FERREIRA JUNIOR, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 26/09/2013, DJe 1402 de 07/10/2013)

Diante destas decisões reiteradas do Tribunal, Júlio Medeiros justifica cada uma dos motivos que dizem ser afrontados pela prescrição antecipada:

Deste modo, percebe-se *icto oculi* que não procede o simplório argumento de que eventual aplicação da prescrição virtual transgrediria a garantia constitucional da presunção de inocência. Isto porque a decisão que reconhece a prescrição antecipada apenas trabalha com a possibilidade de o indiciado ou réu vir a ser condenado. Ora, tal possibilidade efetivamente existe e decorre efetivamente dos indícios de autoria exigidos para o oferecimento e recebimento da peça acusatória. Destarte, a suposta ofensa ao princípio da legalidade é rebatida com a invocação do art. 395, inciso III, da Lei Instrumental Penal, recentemente alterado pela Lei nº 11.719/08, e que permite a rejeição da denúncia quando faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. 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! Não se pode esquecer que o garantismo penal, teoria desenvolvida a partir das garantias inerentes ao cidadão enquanto reflexo do princípio constitucional da dignidade humana – e não como cessão de liberdade ou direito dados pelo Estado ao cidadão -, e as novas estruturas de processo serviram para fundamentar o que entendemos ser o *devido processo penal*, agora muito mais preocupado em limitar a atuação do Estado na persecução criminal. 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.). Nesse lume, é oportuno deixar vincado que, seguindo uma tendência internacional de redução do Direito subjetivo do Estado, novas teorias que se converteram em causas de afastamento da *potestade* surgiram no interior da teoria do delito; a se ver pelo princípio da insignificância, da teoria da imputação objetiva, ou das causas supralegais de exclusão da ilicitude e da culpabilidade. Por sua vez, quanto ao princípio da obrigatoriedade da ação, argumenta-se que o réu estaria sujeito a um grande prejuízo, uma vez que não teria a possibilidade de ser absolvido da acusação que lhe imputam. Ora, como bem aponta TOURINHO FILHO, tal justificativa não

prospera, pois a própria prescrição pela pena *in abstracto* – que conta com a previsão legal – impede o prosseguimento do curso processual e, via de consequência, o direito de o réu apelar para comprovar a sua inocência. (MEDEIROS, 2013, p. 3)

Pois bem, a modalidade de prescrição abordada, não está no acolhimento do Tribunal, visto que, afronta princípios elencados na Constituição Federal Brasileira e não há em nosso ordenamento jurídico previsão legal possibilitando a utilização deste instituto, importante ressaltar que a prescrição virtual é uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Por mais que possa desabarrotar o Poder Judiciário, pode no decorrer do processo aparecer outras provas, que consequentemente pode mudar o curso do processo, incidir novos agravantes, causa de aumento de pena e constituir outro crime. Com isso, a pena poderá ser elevada e aumentar o prazo prescricional, não sendo alcançado pela prescrição retroativa.

3.3. POSICIONAMENTO DO STJ E STF

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido da inadmissibilidade da prescrição antecipada, com base na Súmula nº 438 da mesma corte, a qual diz: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”. Vejamos a Jurisprudência:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ART. 557, CAPUT, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. OFENSA AO ART. 395, II E III, DO CPP. FALTA DE INTERESSE DE AGIR PELO MP. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 438/STJ. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente. 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. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1292498/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 01/10/2012)

Neste sentido de inadmissibilidade da prescrição em perspectiva, o Supremo Tribunal de Federal tem decidido:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PRAZO PRESCRICIONAL INTERROMPIDO PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ADITAMENTO PARA DAR DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA DA QUE FOI RELATADA NA ACUSAÇÃO PRIMITIVA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA PELA PENA EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE PELA PENA MÁXIMA COMINADA AO CRIME IMPUTADO NO ADITAMENTO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. I – É entendimento consagrado pela doutrina nacional e pela jurisprudência desta Corte que o aditamento da denúncia que não relata fatos novos, mas apenas dá definição jurídica diversa da que foi apontada na acusação primitiva, não tem o condão de interromper o prazo prescricional, o que só ocorre nas hipóteses taxativas previstas no art. 117 do Código Penal. II – A remansosa jurisprudência desta Corte tem repellido, de forma sistemática, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva, em razão de ausência de previsão em nosso ordenamento jurídico. Precedentes. III – A pena máxima cominada ao crime de receptação (art. 180 do CP) é de 4 anos, e, nos termos do inciso IV do art. 109 do Código Penal, esse delito prescreve em 8 anos. Considerando que entre o recebimento da denúncia primitiva e a presente data já se passaram mais de 8 anos, sem a prolação de sentença condenatória, é de ser declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal. IV – Habeas corpus denegado. V – Ordem concedida de ofício para declarar a extinção da punibilidade do paciente, pela ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva. (HC 109635, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 20-11-2012 PUBLIC 21-11-2012)

Os Tribunais superiores tem se posicionado contra a adoção desta criação doutrinária, que até editaram uma súmula pacificando este entendimento, pois não é admissível em nosso ordenamento jurídico tal instituto.

CONCLUSÃO

Em todo o trabalho é abordado às causas que excluem a punibilidade do agente, sendo uma delas a prescrição que retira o direito do Estado de punir o infrator. A prescrição virtual é uma forma que retira o direito do Estado de punir com base em uma suposta pena a ser aplicada futuramente na sentença.

Por sua vez, a prescrição virtual ganhou o apoio da doutrina dominante em nosso país, em virtude da demora do Estado de punir, visando economizar dinheiro público que é gasto desnecessário e também minimizar os processos no Poder Judiciário, para que os que estão sendo iniciados não venham a prescrever também.

Apoiam-se os defensores desta linha de raciocínio, na falta de interesse de agir, afirmando que todo o processo, tempo e dinheiro serão gastos desnecessariamente, pois ao final, não se alcançará a finalidade pretendida que é a aplicação da pena correspondente ao crime perpetrado, porque incidirá a prescrição retroativa.

Contudo, jurisprudência tem decidido contrariamente esta criação doutrinária, dizendo que afronta ao princípio da legalidade, onde esta causa de extinção da punibilidade não tem previsão legal na legislação brasileira. Essas decisões culminaram na edição da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, pacificando a inadmissibilidade de tal prescrição.

Diante deste confronto entre as jurisprudências e os doutrinadores, dever-se-á predominar o entendimento dos Tribunais Superiores, pois não está previsto em nossa legislação esta prescrição.

Outro ponto que deve ser observado é que a prescrição em si, afronta à construção de um Estado mais correto, pois ele não tem o direito de punir o criminoso, tem sim o dever que lhe é incumbida por toda a população. Desse modo quando não oferece as circunstâncias e estrutura (presídios, colônia agrícola, casa de albergado, polícia, poder Judiciário) suficientes para aplicar uma pena à determinada pessoa e fazer este cumpri-la, deste não é tolhido o direito de punir e sim eximido de mais uma obrigação.

Para que um Estado estabeleça a ordem social, não é necessário que tenha punições cruéis ou severas, é preciso sim da certeza que quem cometeu um ato ilícito será punido pelo que fez.

Quando o Estado não cumpre com a obrigação no prazo estipulado por lei, em vez de puni-lo, é retirado esta obrigação dele. Diante da morosidade do processo e a não punição do agente, fica uma visão de impunidade.

Por isso que há tanta criminalidade no território brasileiro, pois fica arraigado em nosso pensamento, que o crime por mais cruéis que seja a sua pena, não será punido sua conduta, pela demora da manifestação estatal, e pelas formas que retiram do Estado a obrigação de punir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Luiz Carlos; RIPOL, Vinícius José; *Manual de Elaboração Monográfica e Demais Trabalhos Acadêmicos*. 1ª ed. Jussara. Faj. 2009. 104 p.

BRASIL. Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

GADELHAS, João Augusto Veras; *A Prescrição em Perspectiva Sob o Prisma da Teoria Funcionalista*. 41 f. Monografia (Especialização em Ciências Penais). Universidade de Cuiabá, Coordenação de Pós-Graduação e Fundação Escola Superior do Ministério Público. Cuiabá/MT. 2007. Disponível em <<http://www.mp.mt.gov.br/storage/webdisco/2009/09/24/outros/cdcc21f6b7c3c0f8ebd9fb9163ffdba1.pdf>>, Acessado em 20 de Outubro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 17 maio. 2010. Acessado em 20 de novembro de 2013.

JANUÁRIO, Taissa Soreano Sampaio; *Da Prescrição Virtual*. 116 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo, Presidente Prudente/SP. 2008. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/830/807>>, Acessado em 22 de outubro de 2013.

JESUS, Damásio E; *Direito Penal: Parte Geral*. 29ª ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

MASSON, Cleber; *Direito Penal Esquematizado: Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo. Método. 2013.

MEDEIROS, Júlio; *Prescrição penal Virtual no Supremo Tribunal Federal: Uma Questão de princípios*. Artigo. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/juliomedeiros/2012/01/02/75/>>, Acessado em 22 de outubro de 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N; *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 24ª ed. São Paulo. Atlas. 2008.

NETTO, José Oliveira; *Mini Dicionário Jurídico Universitário: Terminologia Jurídica e Latim Forense*. 1ª ed. Lemes/SP: Edijur. 2010. 320 p.]

SERPA, Juliano; *A Prescrição Penal Antecipada como Causa de Extinção da Punibilidade no Direito Penal Brasileiro*. v. 15. nº 21. Santa Catarina. Revista da Esmesc. 2008. Disponível em <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246973376.PDF>>, Acessado em 20 de outubro de 2013.

SILVEIRA, Yuri Munhoz; *Da Prescrição Virtual*. 117 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo, Presidente Prudente/SP. 2010. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2690/2469>>, Acessado em 22 de outubro de 2013

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Luiz Carlos; RIPOL, Vinícius José; *Manual de Elaboração Monográfica e Demais Trabalhos Acadêmicos*. 1ª ed. Jussara. Faj. 2009. 104 p.

BRASIL. Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

GADELHAS, João Augusto Veras; *A Prescrição em Perspectiva Sob o Prisma da Teoria Funcionalista*. 41 f. Monografia (Especialização em Ciências Penais). Universidade de Cuiabá, Coordenação de Pós-Graduação e Fundação Escola Superior do Ministério Público. Cuiabá/MT. 2007. Disponível em <<http://www.mp.mt.gov.br/storage/webdisco/2009/09/24/outros/cdcc21f6b7c3c0f8ebd9fb9163ffdba1.pdf>>, Acessado em 20 de Outubro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 17 maio. 2010. Acessado em 20 de novembro de 2013.

JANUÁRIO, Taissa Soreano Sampaio; *Da Prescrição Virtual*. 116 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo, Presidente Prudente/SP. 2008. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/830/807>>, Acessado em 22 de outubro de 2013.

JESUS, Damásio E; *Direito Penal: Parte Geral*. 29ª ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

MASSON, Cleber; *Direito Penal Esquematizado: Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo. Método. 2013.

MEDEIROS, Júlio; *Prescrição penal Virtual no Supremo Tribunal Federal: Uma Questão de princípios*. Artigo. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/juliodemedeiros/2012/01/02/75/>>, Acessado em 22 de outubro de 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N; *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 24^a ed. São Paulo. Atlas. 2008.

NETTO, José Oliveira; *Mini Dicionário Jurídico Universitário: Terminologia Jurídica e Latim Forense*. 1^a ed. Lemes/SP: Edijur. 2010. 320 p.]

SERPA, Juliano; *A Prescrição Penal Antecipada como Causa de Extinção da Punibilidade no Direito Penal Brasileiro*. v. 15. nº 21. Santa Catarina. Revista da Esmesc. 2008. Disponível em <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246973376.PDF>>, Acessado em 20 de outubro de 2013.

SILVEIRA, Yuri Munhoz; *Da Prescrição Virtual*. 117 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo, Presidente Prudente/SP. 2010. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2690/2469>>, Acessado em 22 de outubro de 2013