

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FERNANDA CECÍLIO FORSTER**

**A EFETIVIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA  
ANTECIPADA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

**CURITIBA**

**2010**

**FERNANDA CECÍLIO FORSTER**

**A EFETIVIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA  
ANTECIPADA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Universidade Federal do Paraná,  
como requisito parcial para a obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Clara Maria Roman  
Borges

**CURITIBA**

**2010**

Aos meus pais.

*“Se um dia, já homem feito e respeitado, sentires que a terra cede a teus pés, que tuas obras se desmoronam, que não há ninguém a tua volta para te estender a mão, esquece a tua maturidade, passa pela tua mocidade, volta a tua infância e balbucia, entre lágrimas e esperanças, as últimas palavras que sempre te restarão na alma: Meu pai, minha mãe...”*

(Rui Barbosa)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus por me dar forças e coragem para levantar todos os dias e enfrentar qualquer obstáculo.

Agradeço aos meus pais pelo amor incondicional, por serem meu porto seguro e estarem sempre ao meu lado quando preciso.

Agradeço a minha irmã, Aline Cecílio Forster, que apesar de distante sempre se fez presente.

Agradeço a minha orientadora, professora Clara Maria Roman Borges, pelo aprendizado e pelo valioso auxílio na conclusão do presente trabalho.

Agradeço, também, à Dra. Ângela Regina Ramina de Lucca pelos incansáveis ensinamentos jurídicos sempre de modo paciente e carinhoso, tornando-se referência pessoal e profissional para toda a minha vida.

Agradeço, por fim, aos meus colegas de faculdade pelas lembranças marcantes e eternas desses cinco anos de Universidade Federal do Paraná, em especial às amigas Anissara Toscan e Andreza Cristina Baroni, elas sabem o porquê.

*“As pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não.”*

(As misérias do Processo Penal – Francesco Carnelutti)

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo ressaltar a efetividade e a atualidade do reconhecimento da prescrição retroativa com base na pena em perspectiva como causa de extinção da punibilidade, diante das recorrentes controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial, que levaram à edição da Súmula de n.º 438 do Superior Tribunal de Justiça. Por razões de política criminal, e em atendimento aos clamores da sociedade, ansiosa por agilidade e eficácia nas decisões judiciais, é que se destaca a importância desse instituto. Defende-se que o reconhecimento da prescrição antecipada é medida de inegável utilidade à luz da instrumentalidade constitucional, considerando o caráter constrangedor e estigmatizante do curso de uma ação penal. Não se justifica continuar movimentando todo o aparelho judiciário quando se sabe, antecipadamente, que eventual sentença condenatória não produzirá seus efeitos por conta da ausência de punibilidade concreta no exercício do *ius puniendi* estatal.

Palavras-chave: Prescrição antecipada. Prescrição retroativa. Punibilidade concreta. Pena em perspectiva.

## **ABSTRACT**

This theses aims to highlight the effectiveness and timeliness of recognition of the retroactive prescription established in punishment into perspective as a cause of extinction of punishment, given the recurring disputes in doctrine and jurisprudence, which led to the issue of compendium n°. 438 Superior Court of Law. For reasons of criminal policy, and in response to the claims of society, anxious for speed and efficiency in judicial decisions, is the importance of this institute. It is argued that recognition of the prescription anticipated is measured in advance of undeniable usefulness in the light of constitutional instrumentality, considering the embarrassing and stigmatizing nature of the course of a criminal action is not justifiable, though, to keep moving the judiciary, when we know in advance that any sentence will not produce its effects, due to the absence of criminality in the concrete exercise of the ius puniendi state.

Keywords: Anticipated prescription. Retroactive prescription. Concrete punishment. Penalty in perspective

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. PRESCRIÇÃO PENAL</b> .....	12
1.1 O MONOPÓLIO ESTATAL DO PODER DE PUNIR .....	12
1.2 A PRESCRIÇÃO COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNIR ESTATAL .....	15
1.3 AS TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PRESCRIÇÃO .....	17
1.3.1 As teorias clássicas .....	18
1.3.2 As teorias positivas .....	20
1.4 A PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO COMPARADO .....	23
1.4.1 Argentina .....	23
1.4.2 França .....	24
1.4.3 Itália .....	24
1.4.4 Alemanha .....	25
1.4.5 Espanha .....	27
1.5 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA PRESCRIÇÃO PENAL E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....	27
1.5.1 A natureza jurídica da prescrição .....	29
1.5.2 As espécies legais .....	33
1.5.2.1 Prescrição da pretensão punitiva .....	34
1.5.2.2 Prescrição abstrata .....	36
1.5.2.3 Prescrição superveniente .....	37
1.5.2.4 Prescrição retroativa .....	39
1.5.2.5 Prescrição retroativa antecipada .....	40
1.5.2.6 Prescrição da pretensão executória .....	40
1.5.3 Questões modificativas do curso prescricional .....	43
1.5.4 As Recentes alterações decorrentes da Lei 12.234/2010 .....	44
<b>2. AÇÃO PENAL</b> .....	49
2.1 A RELEVÂNCIA DO TEMA AÇÃO PENAL PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO .....	49
2.2 O CONCEITO DE AÇÃO PENAL .....	55
2.3 A AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL .....	64
<b>3. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA</b> .....	66
3.1 O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA .....	66
3.2 OS ARGUMENTOS RESISTENTES À PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA .....	68
3.3 A EFETIVIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA E A EVIDENTE FALTA DE PUNIBILIDADE CONCRETA .....	75
3.4 A EDIÇÃO DAS METAS DE NIVELAMENTO EM CONTRAPOSIÇÃO À EDIÇÃO DA SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL .....	79
<b>CONCLUSÃO</b> .....	83
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	85

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal ressaltar a efetividade e a atualidade do reconhecimento da prescrição retroativa com base na pena em perspectiva como causa de extinção da punibilidade. Trata-se de tema que tem gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial distante de ser definitivamente concluída. Movido por razões de política criminal, e atendendo aos clamores da sociedade, ansiosa por mais agilidade e eficácia nas decisões judiciais, é que destacamos a importância do novo instituto.

Como se sabe o Superior Tribunal de Justiça editou no dia 13 de maio de 2010 a Súmula de n.º 438, vedando o reconhecimento da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética.

Sem embargo do respeitável entendimento jurisprudencial e doutrinário em sentido contrário, é certo que o reconhecimento da prescrição punitiva, com base na pena em perspectiva, é medida de inegável utilidade, notadamente naqueles casos em que restar sobejamente demonstrada, em função das particularidades do caso concreto, que a persecução penal não surtirá qualquer efeito, mesmo em caso de condenação.

Não se justifica continuar movimentando todo o aparelho judiciário, com desnecessários gastos e em flagrante desprestígio da Justiça Criminal, quando se sabe antecipadamente que eventual sentença condenatória, em face da pena aplicada em concreto, não produzirá seus efeitos, por conta da prescrição retroativa.

Ademais, não se pode perder de vista a idéia da instrumentalidade do processo, ampliando consideravelmente a sua efetividade. Na busca por um processo de resultado, a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento da prescrição em perspectiva, e os reflexos desta antecipação de raciocínio sobre a punibilidade concreta – entendida esta como a possibilidade de, concretamente, obter o que se pretende com a decisão jurisdicional – não pode ser deixada à margem. E, embora as ciências material e processual modernas encontrem fundamento básico na efetividade do processo e respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, de forma quase uníssona, nossos Tribunais rejeitam a possibilidade do reconhecimento antecipado da prescrição.

Cabe salientar que esse viés instrumental proposto ao processo impulsionou decisivamente o Conselho Nacional de Justiça para a edição das Metas de

Nivelamento, as quais objetivam, ao menos em tese, proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado, bem como ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça, o que torna evidente a necessidade de pesquisa sobre o tema, visando adequar o estudo do ordenamento jurídico ao atual estágio da ciência processual e material.

Para isso, será abordada inicialmente a questão do ente estatal como titular do direito de punir, na medida em que o Estado chama para si a responsabilidade de proteção dos bens jurídicos retirando da esfera familiar e individual a necessidade de repressão contra os litígios sociais.

Ainda, será realizada uma abordagem geral sobre o instituto da prescrição desde seu surgimento, passando a uma análise de suas teorias fundamentadoras e do Direito comparado sobre o tema. Aspectos como conceito, natureza e a importância de sua definição como instituto de direito material ou processual e suas espécies legais também serão analisadas. Ao final desse capítulo serão discutidas as recentes alterações decorrentes da Lei 12.234/2010 no que se refere à prescrição abstrata, retroativa e retroativa antecipada.

No segundo capítulo será destacada a relevância do tema ação penal frente ao instituto da prescrição tecendo significativas críticas à tentativa de adequação de institutos do direito processual civil ao processo penal, principalmente no que se refere às condições da ação.

No terceiro e último capítulo, por fim, conforme já explicitado será analisada de maneira específica a prescrição retroativa com base na pena hipotética destacando, principalmente, a atualidade e a efetividade de sua aplicação em detrimento dos argumentos que a consideram inaceitável. Tal constatação encontra seu mais relevante fundamento na ausência da punibilidade concreta por parte do ente estatal descaracterizando, dessa forma, uma das condições essenciais para o início ou prosseguimento da ação penal.

Em que pese a parca doutrina a respeito do tema, na conclusão desse trabalho será expressa nossa opinião favorável ao reconhecimento da prescrição retroativa antecipada, bem como as razões de tal convencimento.

Saliente-se, todavia, que o presente estudo não pretende o esgotamento do assunto, mas apenas trazer à tona os recentes embates travados acerca do tema.

## 1. PRESCRIÇÃO PENAL

### 1.1 O MONOPÓLIO ESTATAL DO PODER DE PUNIR

Em tempos precedentes à figura do Estado como regulador das relações humanas, pode-se dizer que a aplicação de sanções estava diretamente ligada ao sentimento de vingança privada comumente presente em sociedades de estrutura familiar. Nesse sentido, em suas primeiras manifestações, a pena era aplicada pela própria vítima ou com o auxílio de outras pessoas de sua comunidade, na defesa e preservação de interesses individuais contra atos injustos e cruéis. Nas palavras de Fábio Guedes de Paula Machado, a pena constituía-se em uma “reação social contras ações anti-sociais”.<sup>1</sup>

Em diversas ocasiões, contudo, a vítima não tinha condições de restabelecer-se de seus danos morais ou patrimoniais de maneira isolada, sendo que seu agressor não ficava sujeito às devidas e merecidas sanções. Prevalecia, dessa maneira, a lei do mais forte, do mais poderoso ou até mesmo do mais astuto, situação essa que, por inúmeras vezes, ensejava manifestações “inconvenientes, ora pelo excesso na retribuição da vingança, ora pelo início de novas violências, lutas estas de forma interminável”.<sup>2</sup>

Em decorrência disso foram surgindo diversas limitações ao pleno exercício da vingança privada dentre as quais a fixação de diferentes graus de castigo que permitiam a retribuição do dano sofrido ao ofensor e a fixação de um quantum indenizável, ocasião em que a vítima era obrigada a renunciar à idéia de vingança em troca do pagamento de uma pena pecuniária pelo infrator.<sup>3</sup>

Nesse cenário, o Estado começa a assumir a função de coordenador das relações humanas responsabilizando-se pela punição dos criminosos e revestindo-se do direito-dever de punir, ou seja, do *jus puniendi* em substituição aos particulares na solução dos conflitos presentes naquelas sociedades.

Assim preconiza Ana Sofia Schmidt de Oliveira:

---

<sup>1</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

<sup>2</sup> Idem. Ibdem. p. 32.

<sup>3</sup> Idem. Ibdem. p. 31

Os motivos que fazem com que a vítima deixe de ter um papel central na solução do conflito penal identificam-se, principalmente, com a assunção do Estado, do poder punitivo. O declínio da vítima no sistema penal coincide com o nascimento do Estado e do direito penal como instituição pública: o direito penal estatal surge exatamente com a neutralização da vítima. O Estado assume o controle absoluto do *jus puniendi*, convertendo-se no exclusivo detentor do monopólio da reação penal.<sup>4</sup>

Sobre o assunto, leciona Aury Lopes Junior:

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor.<sup>5</sup>

A exacerbada necessidade de intimidação dos povos juntamente com o ideal de defesa social, no entanto, fizeram com que os detentores do direito de punir cometessem verdadeiros excessos no exercício de suas punições. As recorrentes execuções em praças públicas e as condições desumanas das prisões desprovidas do mínimo de higiene, sem qualquer suporte moral ou religioso, são exemplos claros de um período marcado pelo abuso no uso da força que só encontrou seu fim com a Revolução Francesa.<sup>6</sup>

Com os autores iluministas, precursores do Estado de Direito, surge a questão da legitimidade do *jus puniendi*<sup>7</sup> e a necessidade teórica e filosófica de se efetuar uma racionalização do exercício do poder punitivo, institucionalizando a

<sup>4</sup> SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1 v. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 23.

<sup>6</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 32.

<sup>7</sup> Idem. Ibidem. P. 32.

aplicação das penas, criminalizando condutas e excluindo as vítimas do papel de fazer justiça com as próprias mãos.

Sobre o direito de punir do Estado e seu legítimo exercício, leciona Cesare Beccaria:

Toda pena, que não deriva de absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada; todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos.<sup>8</sup>

Em nome dessa legitimação do direito de punir foram desenvolvidas diversas teorias intrinsecamente ligadas às teorias de justificação da pena que remetem à própria legitimidade do Estado, na medida em que esse intervém na esfera particular como detentor do monopólio de imposição de sanções penais em face da desobediência à lei vigente.

O presente trabalho, no entanto, não se objetiva à realização de uma análise crítica e detalhada dos fundamentos teóricos dos discursos legitimadores do *jus puniendi* e da aplicação das penas, mas vale dizer que nos parece nítida a reiterada constatação histórica da incapacidade do Estado em alcançar o “ilustre” propósito do sistema de justiça criminal, qual seja a garantia de uma ordem social justa, com a proteção dos bens jurídicos gerais e promoção do bem comum<sup>9</sup>. Assim, a aplicação da pena privativa de liberdade

[...] justificada pelo discurso penal de retribuição e de prevenção do crime, é um mecanismo expiatório que realiza a troca jurídica do crime em tempo de liberdade suprimida, acoplado a um projeto técnico-corretivo de transformação individual, com regimes diferenciados de execução penal. O projeto técnico-corretivo da prisão, cuja história registra 200 anos de fracasso reconhecido, marcado pela reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado – o célebre isomorfismo reformista de FOUCAULT-, se caracteriza por

---

<sup>8</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. rev. e atual. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

<sup>9</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2007. p. 10.

uma eficácia invertida, com a reprodução ampliada da criminalidade pela introdução de condenados em carreiras criminosas.<sup>10</sup>

Desse modo, resta incontroversa a contradição presente no discurso de preservação de direitos e garantias fundamentais em oposição à finalidade concretamente alcançada pelos sistemas prisionais, muito distante da recuperação do condenado e de sua, posterior, reinserção social. Nesse contexto, ainda que não sejam aqui tratadas, não há como não reconhecer a importância das teorias que buscam amoldar o sistema de justiça criminal aos princípios constitucionais na tentativa de formação de um modelo de punição efetivamente legítimo condizente com um Estado Democrático de Direito.

## 1.2 A PRESCRIÇÃO COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNIR ESTATAL

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *jus puniendi*, o qual se evidencia no monopólio da atividade punitiva de forma abstrata ou concreta. Na medida em que o ente estatal estabelece o rol de violações à ordem jurídica que deveriam ser consideradas como infrações penais por atentarem contra os bens jurídicos mais preciosos a uma sociedade, e determina suas respectivas sanções, exerce o chamado direito de punir abstrato.<sup>11</sup>

Por outro lado, o direito de punir concreto do Estado evidencia-se com a punição daquele que praticou uma conduta identificada como criminosa pela lei penal vigente, subdividindo-se o exercício do referido direito em duas fases. “Na primeira, se define a culpa e se fixa a sanção aplicável ao infrator: é a fase da ação penal de conhecimento. Na segunda, a sanção penal é executada: é a fase da execução penal”.<sup>12</sup>

Ocorre, porém, que o não exercício desse poder-dever de punir decorrente da inércia estatal não pode fazer com que o autor do delito fique à mercê da

---

<sup>10</sup> Idem. Ibidem. p. 13.

<sup>11</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 2 ed. rev e atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

<sup>12</sup> Idem. Ibidem. p. 34.

arbitrariedade das autoridades judiciárias, sendo que a prescrição configura-se como uma represália ao deixar de agir do Estado. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “esse direito que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoles pairando sobre a cabeça do indivíduo”<sup>13</sup>, justificando-se assim, o instituto da prescrição, como critério limitador para o exercício do direito de punir.<sup>14</sup>

Nesse sentido, inadmissível que alguém possa estar sujeito à ameaça de uma ação penal ou aos seus efeitos *ad eternum*, consistindo a ocorrência da prescrição como mecanismo fundamental que confere segurança jurídica ao cidadão contra perseguições criminais indeterminadas. Para Fernando A. N. Galvão da Rocha:

A utilidade social do instituto da prescrição torna-se evidente com a estabilização que proporciona para as relações jurídicas nas quais produz efeitos. Com a prescrição, o ordenamento jurídico impede que a possibilidade da punição perdure indefinidamente. A eterna possibilidade de punir é causa de intranquilidade social, que só se justifica em casos excepcionais identificados por opção política consagrada na Constituição Federal. A extinção da responsabilidade criminal, após o decurso de certo lapso temporal, é medida que contribui para o convívio social harmônico, na medida em que estabiliza as relações humanas.<sup>15</sup>

Ademais, a prescrição impõe ao ente estatal a necessidade de uma efetiva movimentação da máquina jurisdicional, ou seja, confere celeridade à atuação do Poder Judiciário em benefício da própria sociedade e faz com que a pena, em virtude de grande lapso temporal, perca sua finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora.<sup>16</sup>

Por traduzir-se como uma das causas mais aplicadas de extinção da responsabilidade penal ocorrendo em grande número de processos frente às inúmeras dificuldades de um efetivo funcionamento do aparelho judicial, o instituto

---

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 1 v. 13 ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 728.

<sup>14</sup> Idem. Ibidem. p. 728.

<sup>15</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. **Direito Penal: Curso Completo**. Parte Geral. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 881.

<sup>16</sup> DELMANTO, C. et al. **Código Penal Comentado**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 2007. p. 314.

da prescrição é visto por alguns autores<sup>17</sup> e pela sociedade em geral como “comprometedor da atividade repressora estatal, tornando o Direito Penal inócuo e desacreditado. Em outras palavras: a prescrição é tida como causa de *impunidade*”.<sup>18</sup>

Não obstante o respeitável entendimento doutrinário, não nos parece existir fundamentação suficiente para tanto na medida em que a prescrição é um mecanismo fundamental de compatibilização entre a justiça penal e a realidade fática, não podendo ser analisada como um instrumento de estímulo às práticas criminais e, sim, como um importante instituto contra punições completamente extemporâneas.

René Ariel Dotti ao citar Nelson Hungria aduz que a justiça tardia não pode encontrar suporte na certeza que torna uma sentença condenatória legítima, ao passo que a pena imposta ao réu, com o transcurso do tempo, torna-se desprovida de sua finalidade inicial, sendo que sua execução não resultará em um ato de justiça condizente com o esperado de um coerente sistema criminal, mas sim em um ato de mera vingança contra o acusado por parte do ente estatal.<sup>19</sup>

Destarte, a inércia do poder estatal representa o seu desinteresse quanto à punição não podendo ser o acusado responsabilizado por uma justiça criminal intempestiva e negligente, tendo o direito de ser julgado em um prazo razoável. Assim, é crucial que tal preceito seja efetivamente cumprido para que o curso da ação não se desenvolva como um processo injusto e arbitrário.

### 1.3 AS TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PRESCRIÇÃO

---

<sup>17</sup> Nesse sentido Fábio de André Guaragni, em sua obra *Prescrição Penal e Impunidade* tece críticas ao sistema de prazos prescricionais adotado pelo Código Penal brasileiro. (GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006). E Quintiliano Saldaña para quem o instituto da prescrição “recompensava o que fugira, e castigava, duramente, a honradez penitenciária do que não soubera ou não quisera fugir”. (SALDAÑA, Quintiliano. **El Futuro Código Penal**, Madrid: sem referência à editora, 1923, p. 41. Apud CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. v. IV. 4 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 224. Apud DELMANTO, C. et al. **Código Penal Comentado**. 7 ed. rev., atual. e ampl. CIDADE: Renovar, 2007, p. 314).

<sup>18</sup> DELMANTO, C. Et al. Op. cit. p. 314.

<sup>19</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 771.

Diversas teorias foram formuladas para justificar a existência e a legitimidade da prescrição, sendo tal instituto um dos mais antigos do Direito como um todo, mormente do Direito Penal. Tais teorias buscam, em resumo, explicitar o efeito do transcorrer do tempo sobre o fato criminoso, estando elas intrinsecamente ligadas à própria natureza da prescrição que será devidamente analisada no curso do presente trabalho.

### 1.3.1 As teorias clássicas

De acordo com a doutrina clássica, o homem penalmente responsável estava atrelado à livre possibilidade de opção entre o bem e o mal, ou seja, ao seu livre arbítrio, próprio da alma humana, em oposição a qualquer força que pudesse, porventura, agir sobre ele.<sup>20</sup> Desse modo, “a construção desse sistema se baseia nas leis naturais, e à transgressão destas impõe-se a pena, que é retribucionista”.<sup>21</sup>

Primeiramente, há que se falar na *teoria do esquecimento* pela qual a sociedade não mais se lembraria do fato delituoso em virtude da passagem do tempo e, dessa maneira, a reação penal perderia sua razão em face de já não mais alcançar um de seus principais objetivos, qual seja a intimidação coletiva. Como afirma Giulio Battagini, citado por Cezar Roberto Bitencourt, a prescrição “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou a enfraquece”.<sup>22</sup>

Assim, partindo do pressuposto que o “alarme social”<sup>23</sup> legitima a intervenção estatal dotada de um papel repressor da prática criminosa, caso ocorra um grande lapso temporal sem que determinado crime tenha sido reprimido, não há

---

<sup>20</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 89.

<sup>21</sup> Idem. Ibidem. p. 89.

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 729

<sup>23</sup> Segundo Eduardo Reale Ferrari: “O tempo faz a sociedade esquecer o alarme social e duvidar da necessidade e do interesse de punir do Estado. Tal necessidade de punir enquadra-se em um contexto de carência da punibilidade do ilícito típico. Caso verificada a não-carência de punição, desaconselhável será a aplicação da sanção”. (FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 26).

que se falar em pretensão punitiva, uma vez que, a própria sociedade, aos poucos, apaga de sua memória o interesse repressivo e tende a perdoar o acusado.

A crítica que pode ser tecida ao raciocínio desta teoria repousa no fato de que é a recordação social do crime que estabelece a execução da pena e não o crime em si.<sup>24</sup> Ocorre, porém, que a pena é um mecanismo de construção social e não há razão em sua execução se desvinculada do fato criminoso, já que inadmissível se pensar que uma sanção seja imposta quando socialmente desnecessária, podendo, portanto, tal teoria ser admitida como fundamento pertinente à existência do instituto da prescrição.<sup>25</sup>

Dentre as teorias clássicas, podemos citar ainda a *teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso*, segundo a qual, as angústias por ele sofridas acabam por expiá-lo suficientemente da culpa, caracterizando-se assim como substitutas da sanção penal. Esta teoria,

fundada no sofrimento moral, firma-se na convicção de que os remorsos, os sofrimentos sofridos pelo culpável ao longo do processo, são castigos suficientes. Impor uma pena a mais seria atentar contra o princípio *non bis in idem*. Surge, portanto, a idéia da compensação da pena pelo sofrimento, em face da aflição e da opressão havidas no transcurso do processo.<sup>26</sup>

Essa teoria classificada como arbitrária, no entanto, foi severamente criticada na medida em que o sofrimento moral jamais seria suficiente para compensar a pena, além do que seu objetivo nunca foi a aflição imposta ao denunciado no decorrer do processo.<sup>27</sup>

Ademais, recai como crítica “ser a expiação duvidosa, falível e reversível. Adotar-se a expiação da culpa como fundamento da prescrição é ressurgir a hoje ultrapassada tese de que há por parte do preso, durante o transcorrer do processo,

---

<sup>24</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 882.

<sup>25</sup> Idem. Ibidem. p. 882.

<sup>26</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 91.

<sup>27</sup> Idem. Ibidem. p. 91.

reflexão e meditação sobre o mal praticado”<sup>28</sup>, fato esse que não condiz com a crescente reincidência de pessoas já anteriormente condenadas.

Ainda no rol das teorias clássicas, podemos citar a *teoria psicológica* para a qual a mudança de perfil psíquico do acusado, em decorrência do lapso temporal, deve ser considerada relevante fazendo com que a aplicação da sanção imposta perca sua finalidade. Justifica-se esse pensamento pela crença de que, no transcurso de seu julgamento, o criminoso que recebe a pena não é a mesma pessoa que cometeu o fato delituoso.

Acontece, no entanto, que tal teoria não leva em consideração o fato de que o transcurso do tempo pode ter tornado o acusado ainda mais propício à necessidade da repressão penal, não podendo se presumir que as alterações psicológicas ocorridas tornem a pena desnecessária.<sup>29</sup>

Essa teoria pode ser complementada pela *teoria da emenda ou da readaptação social*, para a qual não se pode acreditar apenas na mudança psíquica do condenado, mas sim se deve observar o fato de ele ter ou não se envolvido em outro fato delituoso no curso de seu julgamento. Caso não haja uma nova prática delitiva, desnecessária se faz a aplicação da pena em decorrência de sua recuperação. Tal preceito fica claro no artigo 117, inciso VI, do Código Penal, que prevê a interrupção da prescrição da pretensão executória pela reincidência.

### 1.3.2 As teorias positivas

Em oposição às teorias clássicas, pode-se dizer que as correntes positivistas refutam o livre arbítrio, ou seja, pela concepção do positivismo naturalístico somente as ciências exatas são capazes de auxiliar na resolução dos problemas humanos justamente por serem precisas e facilmente perceptíveis pelos sentidos.<sup>30</sup>

Distanciando-se desse pensamento, mas ainda assim com a exclusão do livre arbítrio, o positivismo criminológico recusa o natural, centralizando o homem e

---

<sup>28</sup> FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: Suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998. Apud. PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 92.

<sup>29</sup> Idem. Ibidem. p. 91.

<sup>30</sup> Idem. Ibidem. p. 94.

colocando o crime sob o enfoque da “ação humana, determinada por causas naturais ou sociais, como expressão do delinqüente”.<sup>31</sup>

A *teoria do transcurso do tempo* ou do *interesse diminuído* pauta-se na simples idéia de que o interesse estatal de punição desaparece com o decorrer de significativo lapso temporal, ou seja, a inação do Estado, responsável pela apuração do crime e, conseqüente julgamento de seu autor, apagaria o sentimento de condenação do acusado. Tal teoria, no entanto, não explica o motivo pelo qual o decurso do tempo enseja o desinteresse estatal de punição.

Já a *teoria da estabilização das situações jurídicas* pauta-se na “necessidade de se considerarem consolidados os direitos e saneadas as situações anormais, quando transcorreu um tempo suficientemente grande”.<sup>32</sup> Esse pensamento decorre da necessidade de a sociedade não conviver com a indefinição na aplicação das normas penais, não devendo subsistir, portanto, uma permanente incerteza quanto à responsabilidade penal do acusado.<sup>33</sup>

Há ainda a *teoria da dispersão* ou do *desaparecimento das provas* pela qual a perda do caráter substancial do material probatório enseja a impossibilidade de prolação de uma sentença justa, ou seja, o enfraquecimento das provas relativas ao cometimento de um delito, ao passo em que a instrução criminal encontra-se em curso, esgota a possibilidade de formação de um juízo de certeza necessário para um decreto condenatório e torna precária a defesa do acusado.

Nessa esteira é o entendimento de Fábio Guedes de Paula Machado:

Esta teoria eminentemente de natureza processual afirma que com o decorrer do tempo, sem a devida comprovação do crime e de seus elementos caracterizadores, as provas do delito se perdem ou enfraquecem, verificando-se sensível prejuízo para a acusação, mormente para a propositura da ação penal e da prolação da condenação. A defesa do acusado torna-se mais precária, sendo manifesta a larga probabilidade de erro.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Idem. Ibidem. p. 94.

<sup>32</sup> Idem. Ibidem. p. 96.

<sup>33</sup> Idem. Ibidem. p. 96.

<sup>34</sup> Idem. Ibidem. p. 96.

Para a *teoria da política criminal*, a prescrição penal é um meio político que faz com que a ação seja extinta. A concepção de política criminal traduz-se em prevenção e combate da criminalidade incorporando as idéias de lapso temporal e desnecessidade de intervenção estatal em decorrência da perda do efetivo interesse social de punir o acusado.<sup>35</sup>

Importante ressaltar, portanto, que o instituto da prescrição advém de uma preferência político-criminal que busca a preservação da legitimidade no exercício do direito de punir, na medida em que essa cessa a partir do instante em que sua inutilidade resta evidenciada.<sup>36</sup> Nas palavras de Aloysio de Carvalho Filho citado por Fernando A. N. Galvão da Rocha

[...] insistir na pena para determinado crime, só porque é crime, e, como tal, deve ser punido, é criar, dentro do Direito Penal, uma contradição palpitante entre seus fins teóricos e a efetivação prática desses fins.<sup>37</sup>

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, a existência do instituto da prescrição fundamenta-se na falta de legitimidade para a realização prática punitiva.

A *teoria da presunção da negligência* advém de uma construção do Direito Civil, qual seja a prescrição aquisitiva da propriedade que, por analogia, faz com que o acusado adquira um direito à impunidade pela inércia do ente estatal no exercício do poder de punição.<sup>38</sup> Justifica-se tal teoria pela ação negligente do Estado, em decorrência do lapso temporal, ao exercer o *jus puniendi*.

Por fim, há que se mencionar a *teoria da exclusão do ilícito ou teoria da extinção dos efeitos antijurídicos*, pela qual o bem jurídico perde sua relevância e deixa de ser notório pela “ação suavizante do tempo”.<sup>39</sup> Assim, o significado

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, “colacionam-se a despenalização e a descarcerização como colóquios destinados a diminuir a intervenção do Estado nas relações sociais conflitivas, manifestando-se como aflição não mais imprescindível, mesmo pela recepção por parte desta mesma sociedade do não exercício do *jus puniendi* estatal”.(PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 98).

<sup>36</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 883.

<sup>37</sup> Idem. Ibidem. p. 883.

<sup>38</sup> DOTTE, René Ariel. Op. cit. p. 771.

<sup>39</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 99.

antijurídico da conduta seria fatalmente diminuído diante de um grande lapso temporal.

Assim como todas as teorias anteriormente tratadas, tal construção baseada na extinção dos efeitos antijurídicos também é passível de críticas ao passo que, segundo o pensamento do autor Eduardo Reale Ferrari, não há qualquer relação entre a exclusão do ilícito e a passagem do tempo, não podendo tal teoria ser aplicada à prescrição da ação.<sup>40</sup>

#### 1.4 A PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO COMPARADO

Ainda que o objeto principal do presente trabalho, qual seja a prescrição retroativa antecipada, seja uma construção doutrinária e jurisprudencial tipicamente brasileira, importante proceder a uma breve análise do instituto da prescrição em outros países como Argentina, França, Itália, Alemanha e Espanha, vez que dotados de grande notoriedade do cenário jurídico mundial.

##### 1.4.1 Argentina

Os prazos prescricionais da codificação argentina estão elencados no artigo 62 do Código Penal e a “prescrição da ação se dá em 15 (quinze) anos, nos crimes punidos com reclusão ou prisão perpétua, e, nos demais casos, no máximo da pena prevista para o crime, obedecido os limites máximo de 12 (doze) e mínimo de 2 (dois) anos”<sup>41</sup>, interrompendo-se o prazo prescricional com a prática de novo delito.

Interessante ressaltar que nos casos em que haja condenação em penas alternativas ou conjuntas, considera-se uma só prescrição em decorrência da existência de uma única ação processual com a aplicação dos prazos estabelecidos no rol do artigo 62 do Código Penal, já mencionado.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 35.

<sup>41</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 85.

<sup>42</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 110.

Eugenio Raul Zaffaroni, notório doutrinador argentino, citado por Fábio Guedes de Paula Machado relata que o instituto da prescrição traduz-se como o “mais importante e complexo dos impedimentos de perseguibilidade do delito”<sup>43</sup>, e que o “transcurso do tempo sem que a pena se execute faz cessar a coerção penal”.<sup>44</sup>

Para o portenho autor, o homem que está sendo julgado não é o mesmo homem quem praticou o fato criminoso, assim como também não é o mesmo quem está diante da execução da pena em relação àquele que foi sentenciado, fazendo clara referência à teoria psicológica.<sup>45</sup>

#### 1.4.2 França

À exceção dos crimes cometidos contra a humanidade, previstos no artigo 213-5, as infrações penais da codificação francesa são prescritíveis. Três são as hipóteses legais de prescrição previstas pelo Código Penal francês: “o crime com prazo prescricional de 20 anos; o delito com prazo prescricional de 5 anos e a contravenção com prazo prescricional de 2 anos, conforme os artigos 133-2 a 133-4, retomando o conteúdo dos artigos 763 a 767 do Código de Processo Penal”<sup>46</sup>, sendo que todas elas possuem a data em que o decreto condenatório tornou-se irrecorrível como início de contagem do prazo prescricional.

#### 1.4.3 Itália

Os prazos prescricionais da codificação italiana estão previstos a partir de seu artigo 157 até o artigo 161 tendo como limites “o máximo de 20 (vinte) anos e o

---

<sup>43</sup> Idem. Ibdem. p. 110.

<sup>44</sup> Idem. Ibdem. p. 110.

<sup>45</sup> Idem. Ibdem. p. 110.

<sup>46</sup> Idem. Ibdem. p. 111.

mínimo de 2 (dois) anos, sendo calculada tendo em vista o máximo da pena cominada, o máximo da circunstância agravante e o mínimo da atenuante”.<sup>47</sup>

Nota-se que a legislação italiana, assim como as codificações de outros países, utiliza prazos diferenciados, de maneira proposital, para reprimir crimes com diversos níveis de gravidade. O prazo máximo é aplicado aos crimes cuja pena é de reclusão, e não inferior a 24 (vinte e quatro) anos. Há ainda prazos prescricionais de: a) 10 (dez) anos, para pena de reclusão não inferior a 5 (cinco) anos; b) 5 (cinco) anos, para pena de reclusão inferior a 5 (cinco) anos ou pena de multa; c) 3 (três) anos para as contravenções apenadas com sanção de prisão; e, por fim, d) 2 (dois) anos) para as contravenções apenadas com multa.<sup>48</sup>

Ressalta-se que o Código Penal italiano prevê a imprescritibilidade para os crimes que possuem pena de morte ou prisão perpétua como punição com base na gravidade do fato, sendo que esse não se apaga facilmente da memória dos cidadãos e torna evidente o interesse estatal na sua repressão.<sup>49</sup>

#### 1.4.4 Alemanha

O Código Penal alemão elenca seus prazos prescricionais nos artigos 78 e 79 tanto para a persecução penal, cuja prescrição exclui a punição de um delito e impõe medidas, quanto para sua execução que, caso prescrita, impede que a pena ou qualquer medida imposta sejam executadas em sentença transitada em julgado.<sup>50</sup>

De acordo com o pensamento do doutrinador alemão Hans-Heinrich Jescheck “ambas as modalidades de prescrição são fronteiriças entre si. A prescrição da persecução termina com a firmeza da imposição da pena ou medida, e a prescrição da condenação começa nesse momento”.<sup>51</sup> Para ele, o instituto da

---

<sup>47</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 86.

<sup>48</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 113.

<sup>49</sup> Idem. Ibdem. p. 111.

<sup>50</sup> Idem. Ibdem. p. 114.

<sup>51</sup> “(...) ambas clases de prescripción son fronterizas entre sí. La prescripción de la persecución termina con la firmeza de la imposición de pena o medida, y la prescripción de la ejecución comienza en esse momento”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: Parte

prescrição deve servir à paz jurídica contra a eventual inatividade das autoridades em qualquer fase do processo.

Em sua obra, o autor faz uma breve perspectiva histórica sobre a natureza do instituto sendo que em períodos anteriores à Segunda Guerra Mundial a prescrição era vista como causa de anulação de pena, já que sua relevância era extinta pelo decurso do tempo, configurando-se assim uma perspectiva jurídico-material da prescrição. Ocorre que com alteração jurisprudencial de 1942, a prescrição passou a ser vista como sendo obstáculo processual para o transcorrer da ação penal, enaltecendo a teoria processual da prescrição.<sup>52</sup>

No entanto, o doutrinador é adepto da teoria mista da prescrição que a considera como instituto de ordem processual e material. Sobre ela, Jeschek relata:

Deve seguir-se, no entanto, a teoria mista da prescrição, que considera a mesma como instituição jurídica material e processual. Apóia esta doutrina, em primeiro lugar, a idéia de que a necessidade na pena diminui paulatinamente com o passar do tempo, até desaparecer por completo, e isto desde a perspectiva da retribuição e da prevenção geral como desde a óptica da finalidade ressocializadora da pena.<sup>53</sup>

Prossegue o autor dizendo, ainda, que a prescrição da persecução penal não repousa apenas no fato de extinguir a necessidade de repressão, mas também na experiência processual de que com o crescente lapso temporal existente entre o processo penal e a comissão do fato, aumentam progressivamente as dificuldades probatórias, de modo que o perigo de decisões errôneas resulta cada vez maior.<sup>54</sup>

---

General. 4ª ed. completamente corrigida e ampl. Tradução de José Luiz Manzanares-Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 821).

<sup>52</sup> Idem. Ibidem. p. 821.

<sup>53</sup> “Debe seguirse, no obstante, la teoría mixta de la prescripción, que considera la misma como institución jurídica material y procesal a la vez. Apoya esta doctrina, em primer término, la idea de que la *necesidad de pena* disminuye paulatinamente con el paso del tiempo, hasta desaparecer por completo, y el tanto desde la perspectiva de la retribución y dele la prevención general como desde la óptica de la finalidad resocializadora de la pena”. (Idem. Ibidem. p. 822).

<sup>54</sup> Idem. Ibidem. p. 822.

#### 1.4.5 Espanha

O Código Penal italiano prevê duas modalidades de prescrição: do delito, elencada em seu artigo 130, n. 5 e da pena prevista em seu artigo 130, n. 6, sendo essas diferenciadas pela existência de uma sentença condenatória.

O artigo 131 prevê o prazo máximo de 20 (vinte) anos em situações em que a pena máxima cominada ao delito seja superior a 15 (quinze) anos e privativa de liberdade e diminui até a mínima de 2 (dois) anos, salvo crimes de calúnia e injúria que prescreverão em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, respectivamente.<sup>55</sup> No entanto, vale dizer que o crime de genocídio é imprescritível.

Por fim, sobre a natureza do instituto o autor Fábio Guedes de Paula Machado explicita a opinião de três doutrinadores espanhóis, sendo que para Muñoz Conde e García Arán, a prescrição possui natureza jurídico-material ao limitar o poder de punição do Estado e para Santiago Mir Puig o instituto apresenta natureza mista por estar “vinculado à falta de necessidade da pena após o transcurso de certo tempo, denominado fundamento material, e em parte, às dificuldades da prova que determina o transcurso do tempo, sendo este o fundamento processual”.<sup>56</sup>

#### 1.5 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA PRESCRIÇÃO PENAL E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Ainda que já conhecido pelo direito grego, o instituto da prescrição foi identificado primeiramente no texto legal romano com a previsão estabelecida na *Lex Julia de Adulteris*, datada do século VIII a.C., que estabelecia o prazo prescricional de cinco anos para os crimes nela previstos, quais sejam adultério, estupro e lenocínio.<sup>57</sup> Tal instituto, no entanto, foi estendido a outros delitos com o decorrer do tempo, à exceção do crime de parricídio, limitando a pretensão punitiva aos prazos estabelecidos em lei.

---

<sup>55</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 86.

<sup>56</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 117.

<sup>57</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 42.

Primeiramente, as razões romanas eram pautadas na idéia de purificação e redenção do homem em decorrência do transcorrer temporal, sendo que o prazo de cinco anos estava justamente atrelado às festas quinquenais lustrais e festejos religiosos de purgação e perdão.<sup>58</sup> Posteriormente, por influência da teoria civilista, tais razões foram baseadas na inércia estatal para o exercício da atividade punitiva modificando de maneira significativa os prazos prescricionais romanos que foram estendidos para 20 (vinte) anos, mantendo-se a imprescritibilidade de determinados delitos.

O desenvolvimento do instituto da prescrição ocorreu de maneira lenta, durante séculos, tendo sido admitida no Direito Germânico e de outros povos sempre buscando, via de regra, não permitir sua incidência nos crimes mais graves.<sup>59</sup>

Na Itália, por exemplo, houve uma relevante ampliação da aplicação dos prazos prescricionais por parte dos juristas, o que gerou grandes embates, mormente relacionados aos crimes de maior gravidade. Conforme descrito por Eduardo Reale Ferrari, Cesare Beccaria entendia que:

[...] a prescrição não deveria existir em relação aos crimes atrozes, pois representaria negação de que a todo delito corresponderia uma pena como consequência necessária e inevitável. Seria assim, para o nobre pensador, um prêmio à impunidade e um incentivo aos crimes alarmantes a abalar a comunidade, deixando-a em situação de defesa.<sup>60</sup>

Ressalta-se que a prescrição mencionada até aqui se refere à pretensão punitiva, sendo que a prescrição executória surgiu apenas no Código Penal francês datado de 1971, fato esse favorecido pela Revolução Francesa. De modo geral, as modernas legislações prevêm as duas modalidades de prescrição, diferenciando-se em relação aos requisitos, prazos, efeitos, dentre outros.<sup>61</sup>

No Direito pátrio a prescrição da pretensão punitiva foi regulada, primeiramente, pelo Código de Processo Criminal Imperial de 1830 e por leis

---

<sup>58</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 2.

<sup>59</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 729.

<sup>60</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 6.

<sup>61</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 43.

posteriores que consideravam a gravidade do ilícito como parâmetro para o estabelecimento dos prazos prescricionais. Contudo, a instituição da prescrição deu-se apenas na codificação criminal de 1832 que previa, em seus artigos 54 a 57, os prazos prescricionais dos delitos e contravenções, levando-se em consideração a questão da afiançabilidade ou não do delito em questão e a presença do acusado.<sup>62</sup>

Tal disposição era baseada na presunção da negligência do ente estatal ao exercer o direito de punição. A pretensão executória que não era prevista na codificação imperial foi normatizada pelo Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890 e, posteriormente, positivada no Código Penal de 1890, que estabelecia as duas modalidades de prescrição em seus artigos 71 e 72, fixando para ambas o prazo máximo de 20 (vinte) anos.<sup>63</sup>

Atualmente a prescrição é prevista no sistema jurídico brasileiro como causa de extinção da punibilidade nos termos do artigo 107 do Código Penal.

#### 1.5.1 A natureza jurídica da prescrição

A natureza jurídica da prescrição é assunto de antiga e inacabada controvérsia no cenário jurídico mundial, uma vez que, sua identificação adquire grande repercussão na aplicação prática deste instituto. A importância desse embate baseia-se na possibilidade de caracterização da prescrição como obstáculo processual ou como causa de extinção do próprio direito material de punir estatal.<sup>64</sup>

Como bem explicita o doutrinador Fernando A.N Galvão da Rocha:

Se a prescrição for entendida como instituto de direito processual, devem ser seguidos os princípios processuais para a contagem do tempo necessário para se fazer incidirem a prescrição e a aplicação imediata de nova lei que altere os prazos prescricionais. Se, no entanto, o instituto for considerado de direito material, deverão ser seguidos os princípios de Direito Penal e isso repercute efeitos na contagem do prazo prescricional, que deve contar o dia do começo, e

---

<sup>62</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 107.

<sup>63</sup> Idem. Ibidem. p. 108.

<sup>64</sup> GALVAO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 880.

na impossibilidade de aplicação retroativa de lei que nova que venha a agravar a situação do réu.<sup>65</sup>

Nesse sentido, três são as correntes doutrinárias que apresentam diferentes posicionamentos em relação à natureza da prescrição: corrente jurídico-material, corrente jurídico-processual e corrente mista ou eclética.

### Corrente jurídico-material

Primeiramente, importante ressaltar que o Direito material é formado pelo conjunto de normas que busca efetuar a regulamentação dos conflitos de interesses travados tanto na esfera individual quanto esfera na coletiva, com a determinação de qual verdade deve prevalecer.<sup>66</sup> Nas palavras dos doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, as normas de direito material são definidas como “normas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e não deve ser feito”.<sup>67</sup>

Nesse sentido, as normas de Direito material permitem que o Estado exerça seu poder-dever de punir materializado com a satisfação das pretensões punitiva e executória e é justamente a renúncia estatal desse referido poder que leva alguns doutrinadores a caracterizarem a prescrição como instituto de cunho meramente substantivo.

Além disso, outras duas razões são comumente utilizadas para embasar essa opção doutrinária: a influência do decurso do tempo tanto na reprovabilidade por parte da censura social quanto na reprovabilidade da própria existência do fato criminoso, sendo o transcorrer temporal caracterizado como verdadeira causa apta a excluir a antijuridicidade.<sup>68</sup>

Não obstante o respeitável posicionamento, discordamos de ambas as razões. Inicialmente, em relação à influência do tempo no juízo de culpa, não nos

---

<sup>65</sup> Idem. Ibidem. p. 880.

<sup>66</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 118.

<sup>67</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11 ed., 1 v. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

<sup>68</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 18.

parece sensato que um delito deixe de ser reprovável pelo simples transcurso do tempo, uma vez que o ato de censura, como valor ético e moral, não desaparece tão facilmente, sendo que o que se extingue na realidade é a finalidade da punição, motivo fundamental a justificar a existência do instituto da prescrição.<sup>69</sup>

Do mesmo modo não é crível que o decurso do tempo possa afetar o caráter antijurídico de um fato e sua contrariedade normativa visto que, conforme já relatado, atinge apenas a “necessidade de punição, matéria relacionada com as conseqüências jurídicas do crime e não com a ilicitude do fato”.<sup>70</sup>

No Direito brasileiro, a doutrina majoritária entende ter a prescrição, natureza material. São exemplos: Cezar Roberto Bitencourt para quem o ordenamento jurídico pátrio optou pela natureza material<sup>71</sup> da prescrição ao regulá-la no Código Penal<sup>72</sup>; Luiz Regis Prado que apesar de caracterizar a prescrição como instituto de natureza material, admite que suas conseqüências influem tanto na ação penal quando na condenação, Fernando A. N. Galvão da Rocha para quem a prescrição é instituto de Direito Penal<sup>73</sup>, apesar de também admitir seus reflexos no âmbito processual, dentro outros.

Destarte, em decorrência da opção legislativa, os prazos prescricionais seguem as regras do Direito Penal, nos termos do artigo 10, do Código Penal, não podendo ser aplicadas retroativamente caso desfavoráveis ao acusado.

### Corrente jurídico-processual

Caracterizam-se como normas de direito processual, aquelas “voltadas à regulamentação da atividade característica da jurisdição”<sup>74</sup>, ou ainda aquelas que

---

<sup>69</sup> Idem. Ibdem. p. 18.

<sup>70</sup> Idem. Ibdem. p. 18.

<sup>71</sup> Segundo o autor Heleno Cláudio Fragoso, o fato de a prescrição estar prevista no Código Penal e não no Código de Processo Penal é irrelevante para a solução da discussão sobre a natureza jurídica desse instituto. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 404).

<sup>72</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 728.

<sup>73</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. pp. 880-881.

<sup>74</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 45.

“regulam o início, o desenvolvimento e a extinção do processo, indicando como os órgãos estatais e os particulares podem obter a prestação jurisdicional que lhes assegure a fruição dos direitos materialmente conferidos pela ordem jurídica”.<sup>75</sup>

Os adeptos dessa teoria para quem a prescrição possui natureza meramente processual entendem o instituto apenas como uma suspensão ou um impedimento ao transcorrer do processo, sendo que o lapso temporal não pode transformar a punibilidade em impunibilidade, ou seja, conferem a ele um sentido de obstáculo processual, intimamente relacionado à formalidade da produção probatória, afastando a idéia de finalidade da pena.<sup>76</sup>

Tal teoria, porém, não está imune às críticas doutrinárias. Nesse sentido, o autor Eduardo Reale Ferrari relata que:

Ainda que racionalmente compreendida e até certo ponto admitida, críticas devem ser postas a essa corrente, uma vez que se esquece do próprio ilícito típico e das suas conseqüências jurídicas do delito, voltando apenas sua atenção às causas probatórias e à incerteza da punição, a desprezar que a injunção ou não da punição há de ser ponderada pela sua ineficácia. Se a punição futura for ineficaz quanto à sanção e seus fins, de nada adiantará comprovar a certeza ou incerteza da prova.<sup>77</sup>

Por fim, há ainda os adeptos da chamada teoria mista que fundamentam a natureza do instituto da prescrição sob um caráter simultaneamente material e processual, de forma a equilibrar as posições radicais.

#### Corrente mista ou eclética

A corrente mista ou eclética fundamenta-se tanto em razões materiais quanto em processuais, justificando a prescrição, por um lado, como a perda do interesse estatal na punição do acusado em decorrência do grande lapso temporal e, por outro, como obstáculo que impede o transcorrer processual. Nas palavras de Eduardo Reale Ferrari, adepto dessa posição, a corrente mista

---

<sup>75</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 880.

<sup>76</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 19.

<sup>77</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 19.

[...] é a que justifica a prescrição do procedimento criminal, quer por razões substantivas – ligadas aos fins das sanções e a sua influência no decurso do tempo, bem como secundariamente ligada à teoria do crime porquanto se refere à ilicitude e à culpabilidade – quer por razões adjetivas – ligadas ao enfraquecimento e incertezas das provas obtidas após longo transcurso temporal.<sup>78</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro podemos citar os seguintes autores como adeptos da teoria mista: Aníbal Bruno, para quem o desaparecimento do interesse estatal de punição (aspecto material) e a dificuldade de formação de um conjunto probatório apto a ensejar um decreto condenatório justo (aspecto processual) legitimam a prescrição<sup>79</sup>; Juarez Cirino dos Santos, para quem a prescrição tem “natureza *processual* (impedimento da persecução) e *material* (extinção da pena)<sup>80</sup>; René Ariel Dotti, para quem a natureza jurídica das causas extintivas da punibilidade, dentre elas, a prescrição “é *mista* posto constituírem institutos de Direito Penal e Direito Processual Penal, estando previstas e reguladas em ambos os códigos”.<sup>81</sup> e Fábio André Guarani para quem a prescrição penal “possui natureza mista, pois obsta tanto o exercício da ação ou da execução da pena, como veda o exercício do direito de punir [...] e o direito de executar [...], fazendo-o simultaneamente e irradiando efeitos em seara penal e processual penal”.<sup>82</sup>

### 1.5.2 As espécies legais

O instituto da prescrição, em matéria penal, é de ordem pública, razão pelo qual pode ser decretada pelo juiz *ex officio*, ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo, conforme preconiza o artigo 61<sup>83</sup> do Código de Processo

---

<sup>78</sup> Idem. Ibdem. p. 19.

<sup>79</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: Parte Geral. t. 3. 4 ed. 1 tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1984. Apud. PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 144.

<sup>80</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit. p. 677.

<sup>81</sup> DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 763.

<sup>82</sup> GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 50.

<sup>83</sup> “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

Penal e caracteriza-se como uma “ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime”.<sup>84</sup>

Tendo um delito sido praticado, o direito de punir abstrato do Estado ou *jus puniendi* concretiza-se e transforma-se em *jus punitiois*, ou seja, a pretensão punitiva é convertida em punição executória.<sup>85</sup> Dessa distinção origina-se a classificação da prescrição: em prescrição da pretensão punitiva, também chamada de maneira imprópria<sup>86</sup>, de prescrição da ação penal e em prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da pena.<sup>87</sup>

### 1.5.2.1 Prescrição da pretensão punitiva

Antes do trânsito em julgado da decisão de mérito, considerando as especificidades do fato delitivo, o artigo 111<sup>88</sup> do Código Penal, estabelece qual o termo inicial da contagem do prazo necessário para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.<sup>89</sup>

Essa modalidade prescricional verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença final e “acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém”.<sup>90</sup> De modo geral, seu reconhecimento se dá

---

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”.

<sup>84</sup> ANÍBAL, Bruno, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. t. 3. Pena e medida de segurança. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 209.

<sup>85</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 731.

<sup>86</sup> A razão da impropriedade reside no fato de que a prescrição atinge diretamente a pretensão punitiva e não o direito de ação. Nesse sentido, apenas a título de exemplificação: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. p.403.

<sup>87</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 731.

<sup>88</sup> “Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido”.

<sup>89</sup> O prazo prescricional é contado em dias – incluindo-se em seu cômputo o *dies a quo* (art. 10, CP) – de acordo com o calendário comum.

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 646.

baseado na pena máxima abstratamente cominada ao delito (prescrição abstrata), no entanto, é possível que a prescrição anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória esteja também lastreada na pena concreta (prescrição superveniente e prescrição retroativa).

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, importante ressaltar que por ser uma causa extintiva da punibilidade que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, essa deixa sem resolução o mérito sobre a questão discutida em juízo. Nessa situação “não chegou a consolidar-se um juízo positivo de reprovação. Por isso, para o caso específico, a prescrição da pretensão punitiva não admite reconhecimento da culpabilidade e não gera futura reincidência”.<sup>91</sup>

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

A consumação da prescrição da pretensão punitiva ocasiona a rescisão de eventual sentença condenatória prolatada, apagando totalmente seus efeitos, passando esta a ser tida como se não existisse e a apondo-se à própria absolvição desejada que é um 'minus' em relação a ela.<sup>92</sup>

Dessa forma, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal o sentenciado retornará ao seu status de inocente em relação a todos os efeitos legais tanto principais<sup>93</sup> quanto acessórios<sup>94</sup>, apagando-se os efeitos da condenação, como se o delito jamais tivesse sido cometido, sendo tal decisão, em seus efeitos penais, equiparada à declaração de inocência do autor do delito.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 886.

<sup>92</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Apelação 815.209/3. Relator: Luiz Carlos Ribeiro dos Santos. Comarca de Santos, 13 out. 1993. RJDTACRIMSP 20/138.

<sup>93</sup> O efeito principal da sentença condenatória é a fixação da pena (reclusão, detenção, restritiva de direitos, medida de segurança, multa).

<sup>94</sup> Os efeitos secundários ou acessórios podem ser penais (sursis, livramento condicional, lançamento de nome do rol de culpados, antecedentes, reincidência) ou extrapenais (genéricos e específicos previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal).

<sup>95</sup> Nesse sentido também é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "CRIMINAL. RESP. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO EM SEGUNDO GRAU. PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO. PLEITO DE JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO ANTES DE DECRETAR EXTINTA A PUNIBILIDADE. EFEITOS DA CONDENAÇÃO INEXISTENTES. RECURSO DESPROVIDO. I. Hipótese em que o Tribunal a quo decretou a extinção da punibilidade do réu pela prescrição retroativa, considerando prejudicada a apelação. II. **O réu beneficiado pela prescrição retroativa - forma de prescrição da pretensão punitiva - não terá seu nome lançado no rol dos culpados e tampouco será considerado reincidente, pois a sentença condenatória não subsiste para nenhum efeito.** III. Recurso desprovido;"

Outrossim, uma vez declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, não há qualquer diferenciação no resultado das conseqüências daquele que se alcançaria mediante decreto absolutório, posto que ambas as situações não são consideradas para efeitos da reincidência e, tampouco maus antecedentes, o que somente seria aceitável quando da prescrição da pretensão executória.

#### 1.5.2.2 Prescrição abstrata

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, denomina-se prescrição abstrata “porque ainda não existe pena concretizada na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso prescricional”.<sup>96</sup> O prazo dessa modalidade do instituto regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente prevista pelo legislador para o crime, de acordo com o estabelecido no artigo 109<sup>97</sup> do Código Penal.

A referência do mencionado artigo à pena máxima cominada ao delito justifica-se pelo fato de que, nesse momento processual - antes do trânsito em julgado da sentença final -, ainda não se pode estabelecer o *quantum* de pena imposto ao acusado, ou seja, não há pena concretamente aplicada que possibilite a realização do cálculo de prazo necessário à incidência da prescrição. Diante disso, calcula-se o prazo prescricional com base no máximo de pena cominada ao delito

---

(STJ. 5ª Turma. REsp 666325/CE. Rel. Des. Gilson Dipp. Julg. em 22/03/2005. Publ. no DJ do dia 18.04.2005, p. 379). (grifo nosso)

<sup>96</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 731.

<sup>97</sup> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II – em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou, sendo superior, não exceda a 2 (dois);

VI – em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

pelo legislador, uma vez que essa poderia ter sido a pena aplicada pelo julgador em caso de decreto condenatório.<sup>98</sup>

Para que a pena máxima cominada seja apurada, devem ser consideradas (se existentes) suas causas de aumento e diminuição - gerais ou especiais -, podendo elas estabelecer significativa alteração no limite da pena estabelecida no tipo penal incriminador. Por outro lado, “as circunstâncias agravantes e atenuantes não são consideradas no cômputo do prazo da prescrição da pretensão punitiva”.<sup>99</sup>

Exemplo: se o agente pratica o delito previsto no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), cuja pena máxima é de 8 anos de reclusão, o prazo da prescrição da pretensão punitiva será de doze anos (art. 109, III, CP). Mas se o agente incide na causa especial de aumento de pena constante do § 1º, em que a pena é aumentada de um terço, o referido prazo será de dezesseis anos (art. 109, II, CP).<sup>100</sup>

Vale lembrar, no entanto, que por se tratar de matéria de interesse público, “se a causa de aumento ou de diminuição têm limites variáveis, incide aquele que importa em maior aumento ou em menor diminuição, respectivamente”.<sup>101</sup>

### 1.5.2.3 Prescrição superveniente

A prescrição superveniente, também chamada de prescrição intercorrente, configura-se como uma espécie de prescrição da pretensão punitiva baseada, no entanto, na pena *in concreto*. Nas palavras de Fernando A. N. Galvão da Rocha, denomina-se

prescrição intercorrente ou superveniente a prescrição da pretensão punitiva que se verifica após a ocorrência da decisão condenatória

---

<sup>98</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 888.

<sup>99</sup> REGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 1 v. Parte Geral: arts. 1º ao 120, 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 791.

<sup>100</sup> Idem. Ibidem. p. 791.

<sup>101</sup> Idem. Ibidem. p. 791.

recorrível, e tem como pressuposto o trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação.<sup>102</sup>

Pode-se dizer que a expressão *intercorrente* justifica-se pelo fato de que a causa de extinção da punibilidade ocorre depois do decreto condenatório recorrível, mas antes da decisão condenatória definitiva, ou seja, com a pretensão punitiva ainda em curso.<sup>103</sup> Tal espécie legal resulta de uma combinação dos artigos 109 e 110, parágrafo 1º<sup>104</sup>, do Código Penal podendo ocorrer em dois casos: a) havendo trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e b) resultando desprovido o recurso interposto pela acusação.<sup>105</sup>

Na primeira situação, na ausência de recurso da acusação, o Tribunal não poderá reformar a decisão com a intenção de agravar a situação do réu, por força do princípio que veda a *reformatio in pejus*, sendo que, dessa forma, a pena aplicada torna-se parâmetro de contagem do prazo prescricional.<sup>106</sup> Do mesmo modo, em caso de improvimento do recurso da acusação, ainda que não verificado o trânsito em julgado da decisão, a pena aplicada regulará a prescrição em questão.<sup>107</sup>

Importante ressaltar que a prescrição intercorrente ganhou expressa previsão legal com a reforma penal de 1984, evidenciando a nítida preocupação jurisprudencial com as situações em que havia dificuldade de se efetuar a intimação do condenado sobre a sentença prolatada, o que atrasava o trânsito em julgado da decisão.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 915.

<sup>103</sup> Idem. Ibidem, p. 915.

<sup>104</sup> O artigo 110, parágrafo 1º, do Código Penal prevê que “a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

<sup>105</sup> Cabe ressaltar, no entanto, que caso o recurso da acusação seja provido, mas não haja elevação de pena ou essa não seja suficiente para alterar o prazo prescricional, também é possível o reconhecimento da prescrição intercorrente (REGIS PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 797).

<sup>106</sup> O marco inicial para a contagem do prazo da prescrição superveniente é o da publicação da sentença condenatória, segundo Luiz Regis Prado. (REGIS PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 796).

<sup>107</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 915.

<sup>108</sup> Idem. Ibidem. p. 915.

Nesse sentido, já em 1961, a Súmula n. 146<sup>109</sup> do Supremo Tribunal Federal esclarecia que na ausência de recurso da acusação, a prescrição da ação penal regular-se-ia pela pena concretizada na sentença, sendo tal orientação receptada pela reforma de 1984, de modo que a extinção da punibilidade em casos em que o réu não era encontrado só foi possibilitada pela noção de trânsito em julgado para a acusação.

Por fim, “reconhecendo o tribunal a prescrição, a decisão proferida no acórdão é declaratória de extinção da punibilidade, e não condenatória”.<sup>110</sup>

#### 1.5.2.4 Prescrição retroativa

A prescrição retroativa, assim como a prescrição intercorrente, regula-se pela pena concretamente aplicada ao acusado e configura-se como modalidade da prescrição da pretensão punitiva<sup>111</sup>, sendo também prevista por uma combinação entre os artigos 109 e 110, parágrafo 1º, do Código Penal. As prescrições retroativa e intercorrente

assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória.<sup>112</sup>

Isso significa dizer que no caso da prescrição retroativa “é necessário reavaliar se, entre os pontos interruptivos da contagem do prazo prescricional, ocorreu período suficiente para, com base na pena imposta, ser reconhecida a prescrição”.<sup>113</sup>

Quanto à competência para seu reconhecimento, ainda que os autores Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli reconheçam a importância de

---

<sup>109</sup> Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

<sup>110</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 916.

<sup>111</sup> REGIS PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 797.

<sup>112</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 734.

<sup>113</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 916.

uma corrente doutrinária estruturada com base em argumentos de economia processual, em sentido contrário, ambos não concordam com o fato de a prescrição retroativa poder ser reconhecida pelo magistrado de primeiro grau, na medida em que, a prolação da sentença condenatória exaure sua jurisdição e o não provimento do recurso da acusação caracteriza-se como uma das condições para que seu reconhecimento seja concretizado.<sup>114</sup>

Por fim, conforme será posteriormente mencionado, por meio de uma argumentação crítica, importante ressaltar que a prescrição retroativa verificada entre a data da prática do fato delitivo e o recebimento da denúncia foi extinta pelo advento da Lei 12.234/2010, fato esse que vai nitidamente de encontro ao princípio da duração razoável do processo, constitucionalmente previsto.

#### 1.5.2.5 Prescrição retroativa antecipada

A prescrição retroativa antecipada, também chamada de prescrição virtual ou em perspectiva, configura-se como uma espécie derivada da prescrição retroativa, de construção doutrinária e jurisprudencial, desprovida de regulamentação legal. Tal modalidade prescricional “refere-se à possibilidade de calcular-se a prescrição antecipadamente, antes da decisão condenatória, com base na pena que seria aplicável em caso de condenação”.<sup>115</sup>

Como objeto principal do presente trabalho, a prescrição retroativa antecipada como causa de extinção da punibilidade, será amplamente discutida no decorrer do terceiro capítulo.

#### 1.5.2.6 Prescrição da pretensão executória

---

<sup>114</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI. Op. cit. p. 655-656.

<sup>115</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 918.

Após o trânsito em julgado da decisão de mérito, considerando as especificidades do fato delitivo, o artigo 112<sup>116</sup> do Código Penal estabelece qual o termo inicial da contagem do prazo necessário para a ocorrência da prescrição da pretensão executória, sendo que com o seu reconhecimento “desaparece o direito de execução da sanção penal imposta”.<sup>117</sup>

Essa modalidade prescricional verifica-se após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença final para a acusação e, nesse momento, o prazo prescricional

começa a correr porque já não pode mais piorar a situação do sentenciado, tornando-se a decisão, sob este aspecto, definitiva, razão pela qual são desprezados os marcos mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Por outras palavras, na prescrição da pretensão executória, o trânsito em julgado da sentença para a acusação limita o poder-dever de punir do Estado e fixa o mínimo e o máximo do prazo prescricional.<sup>118</sup>

Importante esclarecer, no entanto, que ainda que o prazo inicial para a ocorrência da prescrição executória seja o trânsito em julgado para a acusação, na realidade, seu pressuposto essencial é o trânsito em julgado tanto para a defesa quanto para a acusação, uma vez que, enquanto não transitar em julgado para a defesa do acusado, a prescrição a ser reconhecida poderá ser a intercorrente já que ambas apresentam o trânsito em julgado para a acusação como marco inicial.<sup>119</sup>

Ainda, a revogação da suspensão condicional do processo, bem como do livramento condicional, do mesmo modo, iniciam o prazo prescricional e, “enquanto a decisão revogatória não for cumprida, estará em curso a prescrição executória”.<sup>120</sup>

Ademais, em casos em que a interrupção da execução deu-se em decorrência da fuga do sentenciado, o prazo prescricional começa a correr da data da evasão com base no restante da pena; já em casos em que a interrupção foi motivada por causa superveniente como doença mental e posterior internação em

---

<sup>116</sup> “Art. 112 – No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena”.

<sup>117</sup> REGIS PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 795.

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI. Op. cit. p. 648.

<sup>119</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 736.

<sup>120</sup> Idem. Ibidem. p. 737.

hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico (artigos 41<sup>121</sup> e 42<sup>122</sup> do Código Penal), não há o início do curso do prazo prescricional e o tempo será computado na pena.<sup>123</sup>

Em relação à prescrição da pretensão executória, importante ressaltar que por ser uma causa extintiva da punibilidade<sup>124</sup> que ocorre após o trânsito em julgado da sentença final para a acusação, já se encontra resolvida a questão de mérito relacionada à pretensão punitiva que foi discutida em juízo. Nessa situação, por se tratar de um título executivo judicial constituído (decisão condenatória transitada em julgado), a prescrição da pretensão executória não anula o referido decreto, apenas impede sua execução pela extinção do *ius punitionis* estatal.<sup>125</sup> Dessa forma,

a prescrição da pretensão executória não anula o juízo positivo de culpabilidade firmado na decisão condenatória; possibilita o reconhecimento de reincidência em condenação subsequente e ainda preserva como certa a obrigação de reparar os danos causados pelo delito (art.91, I, do CP)<sup>126</sup>

Outrossim, uma vez declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, não há execução da pena imposta e, tampouco da medida de

---

<sup>121</sup> “Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado”.

<sup>122</sup> “Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

<sup>123</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 736-77; REGIS PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 795-796.

<sup>124</sup> “Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”. Assim, consoante disposição legal do Código de Processo Penal, “não se considera para fins de prescrição, no concurso de crimes, o somatório das penas dos crimes que formam o concurso material ou formal, e inclusive, a continuidade delitiva. [...] Quanto ao concurso formal e ao crime continuado, a prescrição é calculada sobre a pena de um dos crimes, o mais grave, desprezando-se o acréscimo que resulta do concurso formal ou da continuidade delitiva”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI. Op. cit. p. 648).

<sup>125</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 887.

<sup>126</sup> Idem. Ibidem.

segurança, ainda que os efeitos penais secundários e os efeitos civis (artigo 67<sup>127</sup> do Código de Processo Penal) sejam mantidos.<sup>128</sup>

### 1.5.3 Questões modificativas do curso prescricional

O curso do prazo prescricional poderá ser obstaculizado pelo aparecimento de causas que o suspendem<sup>129</sup> (artigo 116<sup>130</sup> do Código Penal) ou que o interrompem<sup>131</sup> (artigo 117<sup>132</sup> do Código Penal). Ademais, a prescrição poderá ter, ainda, seu prazo reduzido pela metade (artigo 115<sup>133</sup> do Código Penal). A redução prevista nesse dispositivo aplica-se a qualquer espécie de prescrição seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória.

<sup>127</sup> “Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; **II - a decisão que julgar extinta a punibilidade**; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”. (grifo nosso)

<sup>128</sup> REGIS PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 795.

<sup>129</sup> “Suspensão é a cessação temporária do curso do prazo prescricional sem prejuízo do tempo já decorrido. Resulta de um fato surgido após o início do curso do prazo prescricional, suspendendo-o enquanto permanecerem tais causas e prosseguindo quando cessarem. Na suspensão, não se perde o tempo já decorrido”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-553-9, p. 571 e 572).

<sup>130</sup> “Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”.

<sup>131</sup> “As causas interruptivas da prescrição são as que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.1: Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 388).

<sup>132</sup> “Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência.

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

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

<sup>133</sup> “Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”.

#### 1.5.4 As Recentes alterações decorrentes da Lei 12.234/2010

A recente introdução da Lei 12.234/2010 no ordenamento jurídico brasileiro ocasionou significativas mudanças na prescrição pela pena máxima em abstrato; na prescrição retroativa e na prescrição retroativa com base na pena presumida, alterando os artigos 109 e 110 do Código Penal brasileiro.

De acordo com a nova redação do artigo 109, inciso VI, o prazo prescricional dos crimes apenados com pena privativa de liberdade de até um ano que antes era de dois, passa a ocorrer em três anos. Ademais, no que tange à prescrição retroativa, a nova lei alterou o primeiro parágrafo do artigo 110 do Código Penal, impedindo que seu reconhecimento tenha por termo inicial data anterior à denúncia ou à queixa, tendo ainda revogado por completo o segundo parágrafo do referido artigo.

Para melhor entendimento das alterações ora tratadas, segue quadro comparativo dos dispositivos legais antes e após a entrada em vigor da Lei 12.234/2010:

CP – antes da Lei 12.234/10	CP – após a Lei 12.234/10
<p><b>Prescrição antes de transitar em julgado a sentença</b></p> <p><b>Art. 109</b> - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do Art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:</p> <p>[...]</p> <p><b>VI</b> - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.</p>	<p><b>Prescrição antes de transitar em julgado a sentença</b></p> <p><b>Art. 109</b> - 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:</p> <p>[...]</p> <p><b>VI</b> - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.</p>
<p><b>Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória</b></p> <p><b>Art. 110.</b></p> <p><b>§ 1º</b> - A prescrição, depois da</p>	<p><b>Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória</b></p> <p><b>Art. 110.</b></p> <p><b>§ 1º</b> - A prescrição, depois da</p>

sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.	sentença condenatória com 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.
§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.	§ 2º - (Revogado pela Lei n.º 12.234, de 05.05.10)

Ainda que muitos afirmem o fim da prescrição retroativa com base nas modificações mencionadas pode-se dizer, na realidade, que ela foi extinta pela metade<sup>134</sup>, já que se vetou apenas o seu reconhecimento entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa.

Diante disso, constata-se que o termo inicial do prazo prescricional com base na pena aplicada somente se verificará após o momento em que a denúncia ou a queixa-crime sejam recebidas, sendo que o lapso temporal anterior ao recebimento perde sua importância para efeito da prescrição *in concreto*, razão pela qual, na fase de investigação, somente se verificará a ocorrência da prescrição em virtude da pena máxima abstrata prevista para o crime investigado.

Destarte, a autoridade policial e o Ministério Público já não precisam se preocupar em findar a fase pré-processual com a devida e esperada celeridade, posto que o limite do decurso da investigação fixa-se pelo prazo prescricional relacionado à pena máxima cominada abstratamente, dificilmente alcançada durante a fase inquisitorial.

Ora, se o prazo de 30 dias, previsto no artigo 10<sup>135</sup> do Código de Processo Penal, para a finalização de inquérito policial envolvendo réu solto já não era

<sup>134</sup> GOMES, Luiz Flávio. Mudanças na Prescrição Penal: Lei 12.234/2010. Editora: Magister, Porto Alegre, 07 jun. 2010. Disponível em: <[www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=744](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=744)>. Acesso 18/08/2010.

<sup>135</sup> “Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.  
§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.  
§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

respeitado antes da alteração legislativa, com a vigência da nova lei “passará a ser motivo de piada, pois não se saberá sequer quanto tempo demorará um inquérito policial que, de acordo com a alteração do Código Penal, ficou totalmente isento de regulamentação”.<sup>136</sup>

Analisando a justificativa apresentada no projeto de Lei n. 1383/2003<sup>137</sup> que originou a Lei 12.234/2010, o reconhecimento da prescrição retroativa como causa de extinção da punibilidade é colocado como competente instrumento de impunidade, o que deixa claro o fato de que “mais uma vez observa-se que o legislador se vale inadequadamente de leis paliativas e quiçá eleitorais para dar uma satisfação ao clamor público ante a sensação de impunidade veiculada pela mídia”.<sup>138</sup>

É evidente o fato de que a impunidade deve ser causa de preocupação do legislador, no entanto, extinguir a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia não a afastará, sendo para isso necessária a implementação de uma ágil e eficiente estrutura policial que possa atrelar o procedimento investigativo aos preceitos previstos constitucionalmente. Nesse sentido, as palavras de Eduardo Reale Ferrari:

Em vez de se pensar em aparelhar-se adequadamente o Estado para combater os crimes de difícil apuração, investindo em tecnologia e treinamento de pessoal, com salários dignos e planos de carreira, preferiu-se supostamente “acabar” com a impunidade por meio da eliminação da concretização da extinção da punibilidade: o termo da prescrição antes da denúncia ou da queixa-crime.<sup>139</sup>

Importante ressaltar, ainda, que a eliminação da prescrição retroativa entre a consumação do fato e o recebimento da denúncia sob a argumentação de que os crimes mais complexos necessitam de maior tempo e comprometimento do aparato

---

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz”.

<sup>136</sup> FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, Ano 18º, N. 211, set. 2009, pp. 01-02.

<sup>137</sup> Apresentado pelo Deputado do Partido dos Trabalhadores, Sr. Antônio Carlos Biscaia, em 02 de Julho de 2003.

<sup>138</sup> FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. Op. cit. pp. 01-02.

<sup>139</sup> Idem. Ibdem. pp. 01-02

policial não merece guarida, uma vez que, o reconhecimento da prescrição ocorrida durante o referido lapso temporal decorre do descaso com a investigação preliminar que perdura por décadas, em flagrante afronta ao princípio da duração razoável do processo e da celeridade processual, previstos no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Frise-se que tais princípios só eram verificados na fase da investigação preliminar justamente pela previsão da ocorrência da prescrição retroativa que, uma vez extinta, cria um vazio legislativo nos prazos reguladores dos inquéritos policiais, caracterizando-se como um verdadeiro contrassenso à legitimidade das sanções penais, aqui dotadas de um evidente caráter de vingança social por parte do ente estatal.

Além disso, não obstante a Lei n.º 12.234/2010 ter modificado a redação do artigo 110 do Código Penal, extinguindo a possibilidade da contagem do prazo pré-processual para a decretação da prescrição retroativa, entendemos que a respectiva mudança legislativa se mostra prejudicial ao acusado, de modo que a sua aplicação violaria os princípios do *tempus regit actum* e da irretroatividade da lei penal mais gravosa, devendo ser aplicada somente aos fatos ocorridos após a entrada em vigor da nova legislação, conforme apontado pela doutrina:

Direito intertemporal: a lei nova é desfavorável ao réu [...]. Logo, irretroativa. Só pode ser aplicada para fatos ocorridos de 06.05.10 para frente. Crimes ocorridos até 05.05.10 continuam regidos pelo Direito penal anterior (ou seja: para esses crimes a prescrição retroativa ou virtual ainda é contada da data do fato até o recebimento da denúncia ou desta data até a publicação da sentença). É importante, por isso, saber a antiga regulamentação da prescrição retroativa ou virtual (porque é ela que rege os crimes antigos, ou seja, ocorridos até 05.05.10). A regulamentação nova só rege os crimes novos (de 06.05.10 para frente).<sup>140</sup>

Por fim, importante esclarecer que não se pretende criticar a intenção legislativa de se tentar ao menos minimizar as causas de impunidade relativas aos delitos de grande complexidade recorrentes no cenário jurídico brasileiro, mas sim, busca-se enfrentar o modo inadequado como isso foi feito, ou seja, legitimando a

---

<sup>140</sup> GOMES, Luiz Flávio. Mudanças na Prescrição Penal: Lei 12.234/2010. **Editora: Magister**, Porto Alegre, 07 jun. 2010. Disponível em: <[www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=744](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=744)>. Acesso 18/08/2010.

morosidade na fase investigativa, com a extinção do parágrafo 2º do artigo 110 do Código de Processo Penal.

## 2. AÇÃO PENAL

### 2.1 A RELEVÂNCIA DO TEMA AÇÃO PENAL PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

No desenvolvimento do tema da prescrição sempre houve divergência sobre o fato de sua incidência provocar a extinção da própria ação penal ou do direito de ação. Nesse sentido, diversos são os posicionamentos doutrinários:

A prescrição determina a perda do direito de exercer a ação penal por fatos puníveis, ou de executar a pena criminal aplicada contra autores de fatos puníveis, pelo decurso do tempo.<sup>141</sup>

O não exercício do *jus puniendi* estatal conduz à perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido. A prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado.<sup>142</sup>

Pode-se entender por prescrição a perda do poder-dever de punir do Estado, pela não satisfação da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo. O instituto impede a realização do direito de punir do Estado, tendo em vista o decurso de determinado tempo.<sup>143</sup>

Prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo. [...] A prescrição atinge em primeiro lugar o direito de punir do Estado e, em consequência, extingue o direito de ação.<sup>144</sup>

Dos conceitos acima expostos, percebe-se que, para alguns autores, a prescrição extingue a própria ação, enquanto para outros, ela incide sobre o direito de punir do Estado. Sobre o assunto, o autor Fábio André Guaragni, afirma que

o fato de extinguir a ação ou o próprio direito é efeito variável de acordo com a legislação adotada. Na Alemanha, por exemplo, a teor do parágrafo 78, StGB, a prescrição extingue a ação e, consoante

<sup>141</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. Op. cit. p. 677.

<sup>142</sup> PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p. 789.

<sup>143</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 879.

<sup>144</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 1983. p.19.

parágrafo 79, StGB, atinge a execução da pena. No mesmo passo, o CP argentino, art. 62, prevê a prescrição da ação penal.<sup>145</sup>

Desse modo, torna-se manifesta a importância em se realizar uma análise sobre o tema da ação penal frente à prescrição, destacando as discussões em torno de sua natureza, isso porque por muito tempo, em relação às modalidades prescricionais, falou-se, inclusive, sobre prescrição da ação e prescrição da condenação.

Antigamente, não havia a preocupação acerca da separação entre direito processual penal e civil, os estudos doutrinários eram basicamente voltados ao direito material. Dessa forma, com base no direito romano, a ação estava vinculada à lesão de um direito subjetivo (teoria civilista formulada por Savigny), tendo predominado esse entendimento até o ano de 1856.

Tal teoria, também chamada de clássica ou imanentista, parte do ponto de vista histórico de Celso<sup>146</sup>, para quem a *actio* seria concedida a partir do ato da *litiscontestatio*, ocasião em que o pretor concedia a fórmula romana prevista no edito àquele que tivesse seu direito subjetivo lesionado. Nessa mesma esteira, a *actio*<sup>147</sup> nada mais era do que o direito de perseguir em juízo o que lhe era devido e, posteriormente, o que era seu, estando diretamente vinculada ao direito subjetivo lesionado.

Esse conceito sempre resultava em três recorrentes conseqüências: não havia ação sem direito; não havia direito sem ação; a ação seguia a natureza do direito<sup>148</sup>, tendo sido incorporado no ordenamento pátrio pelos juristas Clóvis Beviláqua<sup>149</sup>, Câmara Leal e João Monteiro.

---

<sup>145</sup> GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p. 33.

<sup>146</sup> “Segundo a definição de Celso, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*ius quod sibi in iudicio persequendi*). Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela idéia de que a ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguiu ação do direito subjetivo material”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 265-266)

<sup>147</sup> Nessa concepção o direito de ação moderno (*klage* em alemão) seria igual à *actio* romana.

<sup>148</sup> Idem. Ibidem. p. 266.

<sup>149</sup> “A ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v. 1. 11 ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, p. 254-255. Apud. NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21).

Com efeito, a teoria imanentista não obteve êxito em demonstrar a verdadeira natureza da ação processual, tendo sido seu conceito reelaborado a partir da célebre polêmica entre os romanistas alemães Windscheid e Muther. Tal embate foi realizado sobre o conteúdo da *actio* romana, e resultou na constatação de que sua concepção não coincidia com o conceito de ação moderno e “na construção de uma noção da ação autônoma”.<sup>150</sup>

Bernhard Windscheid discordou da concepção de Savigny, sendo que, para ele, a *klage* (direito de ação moderno) não se caracterizava como a própria *actio* romana, uma vez que essa não dependia da lesão de um direito subjetivo. Por esse prisma, o pretor podia conceder a *actio* àquele que se encaixasse na fórmula, mas não necessariamente ao sujeito que tinha seu direito subjetivo lesionado.

Na verdade, para o direito romano, era mais importante ter a *actio* do que ter o próprio direito, pois, tendo a *actio*, poder-se-ia perseguir a satisfação do direito em juízo, o que não era possível na sua ausência. Para esse autor,

a *actio* romana tinha um significado bem diferente na nossa concepção da palavra ação, devendo-se entender não como um sistema de direitos subjetivos, mas como um sistema de *actiones*, materializado pela faculdade de impor a própria vontade em via judiciária, configurando através da pretensão e havendo para tanto uma grande coletânea de ações passíveis de serem manuseadas.<sup>151</sup>

Nesse sentido, Windscheid contempla o conceito de pretensão (*anspruch* em alemão) sustentando a idéia de *actio* como um “poder de provocar um provimento de mérito, poder que existe independentemente da existência ou inexistência de um direito subjetivo”.<sup>152</sup>

Importante ressaltar, no entanto, que a diferença em relação à Savigny se dava apenas em relação à *actio* romana, pois em relação à *klage*, ambos entendiam que o direito de ação estava vinculado à existência do direito subjetivo. Assim, para Windscheid, a *klage* era diferente da *actio*, pois a *actio* era desvinculada do direito subjetivo, enquanto para Savigny, a *klage* era igual à *actio*.

---

<sup>150</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 23.

<sup>151</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 128.

<sup>152</sup> Idem. Ibidem. p.128.

Em 1857, Theodor Muther formulou uma resposta à crítica feita por Windscheid à teoria civilista (“Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação, e da sucessão singular nas obrigações – Crítica ao livro de Windscheid”).

Seu pensamento retomava a teoria civilista e procurava demonstrar que o pretor, quando concedia a *actio*, baseava-se sim em um direito subjetivo lesionado, até porque esta concessão nada mais era do que o modo de proceder perante o magistrado para a satisfação do direito e jamais a fórmula seria concedida a alguém que não tivesse o direito subjetivo lesionado.<sup>153</sup>

Desse modo, Muther distingue nitidamente direito lesado e ação, sendo

a *actio* um direito perante o magistrado, quando houvesse lesão do Direito subjetivo substancial, que era obrigado a emitir em favor do autor a fórmula adequada, ou na fórmula moderna, a ação como direito à tutela jurídica, e, secundariamente, surge o direito do Estado contra o autor da lesão. A eliminação desta era, portanto, um sistema de direitos e não de ações, como queria Windscheid.<sup>154</sup>

São verificados, então, “dois direitos de natureza pública: o primeiro à tutela jurídica estatal, dirigido ao Estado; e o segundo à eliminação da lesão, dirigido ao particular”.<sup>155</sup> Em suma, a partir do pensamento de Muther, conclui-se que se tratam de duas espécies de ação: a *actio* material e a *actio* processual, sendo aquela dirigida ao adversário, independente de um direito subjetivo lesionado e essa surgia quando o pretor concedia a fórmula, dependendo de um direito subjetivo lesionado, pois o pretor só concedia a fórmula a quem o tivesse.

Pela primeira vez, há uma desvinculação entre ação (direito processual) e pretensão (direito material) e nas palavras de Marcos Aurélio Nunes da Silveira:

Eis o principal mérito da polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER: as construções doutrinárias que se seguiram sobre a ação basearam-se na concepção de direito processual autônomo, por

---

<sup>153</sup> Isso fica claro pelo fato que se o devedor tivesse um direito melhor do que o credor, a fórmula não seria concedida ao credor. Isso significa que a *actio* estava diretamente vinculada ao direito subjetivo, e o ordenamento romano era um ordenamento de direitos, não de *actiones*.

<sup>154</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 129.

<sup>155</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 24.

força da autonomia da ação, tendo em vista que ação (*klage* = queixa) era uma coisa e *anspruch* (pretensão) era outra.<sup>156</sup>

O embate travado por esses dois juristas proporcionou a base para a demonstração da irrefutável autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material a ser tutelado. Com base nessa conceituação autônoma do direito de ação, são formuladas duas importantes correntes doutrinárias que buscam a explicação da natureza do direito de ação: a) a teoria da ação como direito autônomo e concreto e b) a teoria da ação como direito abstrato.

A teoria do Direito autônomo e concreto foi elaborada na Alemanha, em 1885, por Adolf Wach, demonstrando a independência do direito de ação em relação ao direito subjetivo material violado ou ameaçado. Na concepção do autor, o direito de ação dirigia-se contra o Estado, na medida em que qualquer pessoa poderia exigir a proteção jurídica estatal e contra o adversário, de quem se exigia uma sujeição.<sup>157</sup>

Segundo o autor, entretanto, “a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável”<sup>158</sup>, ou seja, a ação configurava-se como um direito que só competia a quem tinha razão<sup>159</sup> e foi justamente nesse ponto que tal teoria foi duramente criticada, pois pelo conceito de que a ação só existiria em caso de sentença favorável, as ações improcedentes careceriam de explicação.<sup>160</sup>

A obra de Wach, no entanto, foi aderida por inúmeros juristas, dentro eles Chiovenda, autor que formula a construção da ação como direito potestativo, ou seja, “um direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não tem”.<sup>161</sup> Por estar condicionada à existência da vontade

---

<sup>156</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. pp. 25-26.

<sup>157</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 267.

<sup>158</sup> Idem. Ibidem. p. 267.

<sup>159</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 129.

<sup>160</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 28.

<sup>161</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 267.

concretizada da lei, não deixa de caracterizar-se, também, pela obtenção de um decreto favorável.<sup>162</sup>

Por volta de 1877, antes mesmo que Chiovenda lançasse sua doutrina, surgiram os estudos convergentes de dois autores: Alexander Plosz (Hungria) e Heinrich Degenkolb (Alemanha), criadores da teoria da ação como direito abstrato de agir.

Ambos os autores realizaram o estudo do direito de ação completamente desvinculado do direito material, sendo que, para eles, o direito de ação não dependia de um direito subjetivo lesionado, ou seja, qualquer pessoa poderia ir a juízo pleitear seu direito, bastando para isso, ser possuidor da boa-fé.<sup>163</sup> Segundo esta linha de pensamento, o direito de ação

independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito.<sup>164</sup>

A repercussão dessa doutrina foi profunda, sendo Alfredo Rocco<sup>165</sup>, na Itália, um de seus principais defensores.

Ainda que a teoria da ação como direito abstrato tenha influenciado grande parte dos processualistas modernos, outras concepções foram desenvolvidas, denominadas ecléticas, sendo a doutrina proposta por Liebman, uma das mais relevantes para a evolução da ciência jurídica brasileira. Distanciando-se da concepção clássica da teoria da ação como direito abstrato de agir, o autor procurou

---

<sup>162</sup> Idem. *Ibidem.* p. 267.

<sup>163</sup> “[...] DEGENKOLB concebe um limite ao exercício do direito de ação: a boa-fé. Daí surge a noção de “veracidade subjetiva”, pois só tem ação o indivíduo honrado, que baseia sua arguição na boa-fé, e que supõe ter direito àquilo que solicita, julgando-se sinceramente amparado por lei, pouco importando tenha ou não razão”. (NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 29).

<sup>164</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 268.

<sup>165</sup> “Na Itália, Alfredo Rocco foi um de seus principais defensores, dando-lhe fundamentação própria: quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados, surge um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal e o interesse à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 268).

realizar uma abordagem conciliatória entre as doutrinas concreta e abstrata, sendo sua concepção consagrada no nosso Código de Processo Civil.

Sobre a ação como direito concreto, Liebman afirma não haver garantia sobre o resultado favorável do processo, sendo que esse dependeria da convicção do magistrado sobre a procedência da demanda proposta. Por outro lado, sobre a concepção abstrata, Liebman entende que o direito de ação não pode ser estendido a qualquer pessoa, posto estar condicionado a determinados requisitos, quais sejam, as condições da ação.<sup>166</sup>

Liebman toma como ponto de partida a concepção de Bülow<sup>167</sup>, apontando para a existência de um direito de ação constitucional, e um direito de ação em sentido processual. O direito de ação em sentido macro, constitucional, pertenceria a qualquer pessoa, tratando-se do direito de exigir a tutela do Estado; por outro lado, no sentido processual, a ação que realmente provoca o Estado em busca da prestação jurisdicional está condicionada pela presença de alguns elementos relativos ao caso concreto.

A partir disso, Liebman teoriza acerca das condições da ação, “colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material”.<sup>168</sup> e que se configuram como requisitos essenciais para o exercício da função jurisdicional, sendo que sua ausência implica “*carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido”.<sup>169</sup>

## 2.2 O CONCEITO DE AÇÃO PENAL

---

<sup>166</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 31.

<sup>167</sup> Para o autor, o direito de ação era um direito público subjetivo que possibilitava a exigência de uma tutela jurisdicional e existe por si só, independente do direito chamado substantivo (NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 28). Trata-se, no entanto, de uma concepção bastante abstrata, pois, nessa perspectiva, qualquer pessoa teria o direito de ação, qual seja o direito de se dirigir ao Estado, e exigir a tutela jurisdicional. Frise-se que essa concepção se confundiria com o próprio direito de petição.

<sup>168</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 269.

<sup>169</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. Op. cit. p. 151 Apud. NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 31.

Para o estudo da ação penal, muitos autores buscam subsídios no processo civil, os quais nunca se encaixam de forma correta<sup>170</sup>. Nesse sentido, a ação penal é tratada como mecanismo que busca provocar o Estado e, dessa forma, dá-se ao processo penal o mesmo viés do processo civil.

A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental – a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição – observar concretamente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos.<sup>171</sup>

Partindo da concepção de Liebman, nossos autores entendem o direito de ação como o direito público de exigir a tutela jurisdicional, porém, condicionado por elementos diretamente vinculados ao caso concreto. Toda essa conceituação relativa ao processo civil, no entanto, só pode ser admitida, ainda que com reservas, às ações penais de iniciativa privada.<sup>172</sup>

Quanto às ações penais públicas, o Estado (representado pelo Ministério Público) está obrigado a exercer a ação, ou seja, o representante ministerial deve provocar o magistrado para que preste a devida tutela jurisdicional. Assim, uma vez presentes as condições para efetuar a acusação, o órgão estatal deve acusar, ou seja, não se trata de um direito ou de uma faculdade.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> “Nessa linha, no Brasil, entre os pioneiros críticos está TUCCI, que principia o desvelamento do fracasso da Teoria Geral do Processo a partir da desconstrução do conceito de *lide* (e sua conseqüente irrelevância) para o processo penal, passando pela demonstração da necessidade de se conceber o conceito de *jurisdição penal* (para além das categorias de jurisdição voluntária e litigiosa) e o próprio repensar a ação judiciária e ação da parte”. (LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 34).

<sup>171</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal: Pensamento Jurídico**. 2 série. Curitiba: Juruá, 1989. p. 143.

<sup>172</sup> “No nosso processo penal, para o qual a lide penal nos moldes italianos foi importada sem indagações, sendo ditada como verdade incontestável, a indisponibilidade sucumbe perante o processo penal desencadeado por ação de iniciativa privada. No caso de desencadeamento por ação de iniciativa pública, embora seja difundida a idéia de uma indisponibilidade total, há também meio de tornar impotente o *jus puniendi*, o que, se não pode ser considerado dispor dele, é na prática uma medida equivalente”. (COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 131).

<sup>173</sup> No caso da transação penal o órgão ministerial até pode deixar de exercer a ação para transacionar, mas, em princípio, o exercício da ação é um dever do Ministério Público.

Ademais, outra questão que merece relevância traduz-se no fato que, sendo o Ministério Público um órgão estatal, o Estado provoca o próprio Estado, defendendo, portanto, os interesses do ente estatal. Sob esse aspecto, resta claro que não estão em jogo os interesses de um particular e, tampouco, uma postura de um particular frente ao Estado exigindo uma prestação.<sup>174</sup>

Nesse sentido, para alguns autores, o processo é iniciado de ofício e a aparente descentralização entre o órgão que provoca (Ministério Público) e o órgão que julga, serve apenas para disfarçar essa realidade de que o processo penal se inicia *ex officio*.<sup>175</sup>

Assim, o grande problema, portanto, é a definição de “ação penal”, podendo ser traduzida, de modo genérico, segundo pensamento de COUTINHO, como um mecanismo capaz de provocar o exercício jurisdicional por parte do Estado, com o objetivo de acertar um caso penal.<sup>176</sup>

Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva”.<sup>177</sup>

Nas palavras de Marcos Aurélio Nunes da Silveira, baseado em Liebman – porém excluindo a “lide”<sup>178</sup> como base conceitual e incorporando o *caso penal* proposto por COUTINHO – a ação penal trata-se de

---

<sup>174</sup> “O certo, em síntese, é que o conflito de interesses eventualmente existente, não é suficiente para agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases”. (COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 134).

<sup>175</sup> Para esses doutrinadores, no processo penal não há ação, pois é o próprio Estado quem dá início à ação, ou seja, trata-se de uma provocação do Estado pelo próprio Estado.

<sup>176</sup> COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 135.

<sup>177</sup> Idem. Ibidem. p. 135.

<sup>178</sup> “Ao processo penal brasileiro, adoção do vocábulo *ação penal* é clara decorrência da teoria unitária do processo, que – ao fazer operar seus conceitos no direito processual penal -, legou ao instituto, em sua base, a “lide penal” e todos os demais elementos subjetivos que encerra, como pretensão, interesse e vontade”. (NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 32).

um direito subjetivo público (direito público de invocar a jurisdição); autônomo em relação ao direito material; abstrato, pois o autor precisa ir à jurisdição (obter tutela); limitado, pois não cabe a qualquer um, mas àquele que preencha determinados requisitos (condições); e conexo, instrumentalmente, a um caso concreto.<sup>179</sup>

Ainda, vale ressaltar o posicionamento do professor Aury Lopes Junior para quem “a ação é ao mesmo tempo um direito subjetivo – em relação ao Estado-Jurisdição e direito potestativo em relação ao imputado”,<sup>180</sup> configurando-se, portanto, como “direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal”.<sup>181</sup>

Na prática, o exercício jurisdicional por parte do Estado é sempre trabalhado de maneira condicionada<sup>182</sup> a certos elementos, quais sejam as condições da ação.

Cabe aqui destacar uma relevante reflexão sobre as condições para o exercício da ação processual penal, tomando como base o fato de que essa se configura como um poder político constitucionalmente garantido<sup>183</sup>. Ora, “como se pode falar em condições onde a Constituição não condiciona?”<sup>184</sup>

Para a correta compreensão dessa discussão é necessário que se entenda o direito de ação como um “direito de dois tempos”.<sup>185</sup> Assim, em um primeiro momento, deve ser levado em conta o poder constitucional e abstrato de invocar a tutela jurisdicional, esse completamente incondicionado, ou seja, “não existem condições para que a parte o exerça e, tampouco, possibilidades de impedir seu

<sup>179</sup> Idem. Ibidem. p. 34.

<sup>180</sup> “No primeiro caso, corresponde à obrigação da prestação da tutela jurisdicional e de emitir uma decisão; no segundo, há uma sujeição do imputado às consequências processuais produzidas pela ação”. (LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 346). Frise-se, no entanto, que para o autor, a sujeição do réu não ocorre em relação ao acusador, mas sim em relação ao processo e aos atos nele desenvolvidos.

<sup>181</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 352.

<sup>182</sup> COUTINHO adverte para o fato de que a ação, por ser tratar de um direito abstrato, não significa que esse seja ilimitado ou incondicionado, devendo ser dosado e condicionado, podendo ser, somente exercido, por aqueles que preencham determinados requisitos. (COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 135).

<sup>183</sup> Art. 5.º [...] XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

<sup>184</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 352.

<sup>185</sup> A expressão é de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

exercício”.<sup>186</sup> Em um segundo momento, o direito de ação deve ser analisado sob uma ótica processual penal e não mais constitucional – “aqui sim, podemos falar em condições da ação, no sentido de que constituem condições que **subordinam o nascimento do processo**”.<sup>187</sup>

Como já mencionado a doutrina unitária do direito processual transporta de maneira inadequada institutos do processo civil ao processo penal e tal impropriedade também se faz presente em relação às condições da ação. Sobre o tema Maria Thereza Rocha de Assis Moura afirma que é:

de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil.<sup>188</sup>

Nesse sentido, tem-se que parte da doutrina do processo penal não aceita a referida “adaptação” das condições da ação civil, quais sejam: interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido ao processo penal e, a partir do revogado artigo 43<sup>189</sup> do Código de Processo Penal, o qual dispunha sobre as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, apresenta as condições da ação no processo penal.

De acordo com o doutrinador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, as condições da ação podem ser assim elencadas: tipicidade aparente, legitimidade de parte, punibilidade concreta e justa causa.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 352.

<sup>187</sup> Idem. Ibidem. p. 353.

<sup>188</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

<sup>189</sup> A Lei n.º 11.719/08 revogou o artigo 43 e modificou a redação do artigo 395, estabelecendo as seguintes causas de rejeição: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”. (Artigo 395 do Código de Processo Penal)

<sup>190</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. Cit. p. 145.

## Tipicidade aparente

Para que possa ser exercida a ação penal, é necessário que o fato seja aparentemente típico – *fumus commissi delicti* (fumaça de autoria e materialidade), ou seja, a tipicidade como condição da ação “refere-se à demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados gozam, **aparentemente**, de credibilidade tal, a ponta de serem considerados típicos”.<sup>191</sup>

No entendimento do autor Fernando N. Bittencourt Fowler, citado por Marcos Aurélio Nunes da Silveira:

Sem que o fato típico objeto da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado na lei penal.<sup>192</sup>

Ocorre, porém, que alguns doutrinadores equiparam a tipicidade aparente à possibilidade jurídica do pedido<sup>193</sup> do processo civil, que existe quando o pedido não seja juridicamente vedado (conceito formulado de modo negativo), no entanto, em relação ao processo penal isso não faz sentido, posto que

no nosso processo penal, a tese da possibilidade jurídica é inaceitável, porque o requisito, visto pelo ângulo da tipicidade – não precisa ir longe para compreender que quando o art. 43, I, do CPP fala de crime, está tratando do **tipo** – necessariamente deve ser conceituado de modo positivo. Em outras palavras: para o autor ver procedente a ação, deve levar o juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponda a um tipo legal.<sup>194</sup> (grifo original)

<sup>191</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 112.

<sup>192</sup> Idem. Ibidem. p. 56.

<sup>193</sup> “**Possibilidade jurídica do pedido**: quanto à possibilidade jurídica do pedido, cumpre, inicialmente destacar que o próprio LIEMAN, na terceira edição do *Manuale di diritto processuale civile*, aglutina possibilidade jurídica do pedido com interesse de agir, reconhecendo a fragilidade da separação. Como conceber que um pedido é juridicamente impossível de ser exercido e, ao mesmo tempo, proveniente de uma parte legítima e que tenha um interesse juridicamente tutelável? Ou ainda, como poderá uma parte legítima ter um interesse juridicamente tutelável, mas que não possa ser postulado? São questões que só podem ser respondidas de forma positiva através de mirabolantes exemplos que jamais extrapolam o campo teórico onírico de alguns. Assim, frágil a categoria, mesmo no processo civil e, principalmente, no processo penal”. (grifos originais) (LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 355-356).

<sup>194</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. Cit. p. 146.

Assim, mais uma vez, fica evidente a inadequação da expansão das categorias do processo civil para atender às especificidades do processo penal.

### Legitimidade da parte

A legitimidade como condição da ação configura-se como um conceito utilizado no processo civil que pode ser aproveitado no processo penal, “pois se trata de exigir uma vinculação subjetiva, pertinência subjetiva, para o exercício da ação processual penal”.<sup>195</sup>

Sobre essa importante condição da ação, fala-se em legitimidade ativa e passiva. A legitimidade ativa relaciona-se ao titular da ação penal, de modo que será o Ministério Público nas ações penais de iniciativa pública<sup>196</sup> e do ofendido ou de seu representante legal nos delitos perseguíveis mediante queixa.<sup>197</sup> Já a legitimidade passiva decorre “da autoria do injusto típico”<sup>198</sup>, em outras palavras, “está relacionada com a autoria do delito”.<sup>199</sup>

Em relação às ações penais de iniciativa privada, cabe mencionar que a majoritária concepção doutrinária brasileira entende que, nessas situações, ocorre substituição processual, ao passo que o querelante postularia um direito alheio, qual seja o *ius puniendi* estatal, em nome próprio.<sup>200</sup> Ocorre que, nas palavras de Aury Lopes Junior:

Compreendido que o Estado exerce poder de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, tanto o Ministério Público, quanto o querelante exercem um poder que lhes é próprio (*ius ut*

---

<sup>195</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 354.

<sup>196</sup> “(...) é errado falar em ação penal ‘pública’ pois, toda ação é de direito público. Falemos, pois, em ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada. Também podem ser utilizadas as expressões *delitos perseguíveis mediante denúncia* e *delitos perseguíveis através de queixa*”. (LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 362).

<sup>197</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 362.

<sup>198</sup> Idem. Ibidem. p. 362.

<sup>199</sup> Idem. Ibidem. p. 362.

<sup>200</sup> Idem. Ibidem. p. 361.

*procedatur*, pretensão acusatória), ou seja, o poder de acusar. Logo, não corresponde o poder de punir ao acusador, seja ele público ou privado, na medida em que ele detém a mera pretensão acusatória.<sup>201</sup>

Trata-se, portanto, de evidente equívoco conceitual, muito comum entre os defensores da teoria unitária do processo, já que não há, em hipótese alguma, substituição processual no processo penal.

### Punibilidade concreta

Para que possa existir a ação penal deve haver a possibilidade de punição, ao final do processo, caso seja auferida a responsabilidade do acusado. Esta condição da ação processual é frequente e inadequadamente descrita como “interesse processual”, outra categoria do direito processual civil inaplicável ao processo penal.

O interesse civilisticamente pensado pauta-se na idéia de utilidade e necessidade<sup>202</sup> de provimento, construção que não encontra qualquer possibilidade de correspondência na esfera penal, já que, o interesse – tanto em ações penais de iniciativa pública, como de iniciativa privada – é “inerente a quem tiver legitimidade para propor a ação, pois não há outra forma de obter e efetivar a punição”.<sup>203</sup>

Sobre o assunto Marco Aurélio Nunes da Silveira considera que a base conceitual do interesse de agir na esfera civil, qual seja o binômio necessidade-adequação, cai por terra no processo penal, diante da indefectibilidade da jurisdição penal explicitando, inclusive, reações contra a adaptação dessa condição da ação na esfera processual penal, surgidas em meio à própria doutrina de tendência processual civil.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> Idem. Ibidem. p. 361.

<sup>202</sup> “O princípio da necessidade impõe, para chegar-se à pena, o processo como caminho necessário e imprescindível, até porque o Direito Penal somente se realiza no processo penal. Está relacionado à impossibilidade de autocomposição, isto é, a partir do momento em que o Estado chamou para si o poder-dever jurisdicional e a exclusividade da aplicação da lei penal, o processo passou a ser o caminho necessário para imposição da pena”. (LOPES JUNIOR, Aury.Op. cit. p. 354).

<sup>203</sup> Idem. Ibidem. p. 355.

<sup>204</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 48.

Com efeito, a incoerência nessa transferência é tal que, de quando em quando, no próprio seio da doutrina de tendência processual civil, surgem reações. Por exemplo, Ada Pellegrini GRINOVER, ao concluir – como já havia feito parte da doutrina italiana e, no Brasil, sem embargo de possíveis outros, Antonio Acir Breda – que o *interesse de agir* não é condição da ação penal, pois está ‘implícito em toda acusação. O processo penal é sempre necessário’, referindo-se, assim à característica de indefectibilidade da jurisdição penal.<sup>205</sup>

A questão da exigência da punibilidade concreta como condição da ação penal será exaustivamente trabalhada no próximo capítulo de modo que sua ausência enseja forte argumento para o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada.

#### Justa causa

Essa importante condição da ação penal está prevista no artigo 395, III, do Código de Processo Penal. Relaciona-se, por um lado, com a existência de indícios de autoria e provas razoáveis da materialidade do delito e, por outro, com a garantia contra o abuso do direito de acusar, ou seja, contra o excesso de intervenção.<sup>206</sup>

Assim, a justa causa configura-se como alicerce para toda a estrutura da ação processual penal, traduzindo-se como uma inquestionável condição para o exercício da ação, além de constituir-se como um verdadeiro “antídoto, de proteção contra o abuso de Direito”<sup>207</sup> ou, nas palavras de Aury Lopes Junior, como “limite ao (ab)uso do *ius ut procedatur*, ao direito de ação”.<sup>208</sup>

Ainda, no entendimento do referido autor a justa causa “identifica-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal)”.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Idem. Ibdem. p. 47.

<sup>206</sup> Idem. Ibdem. p. 363.

<sup>207</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit. p. 173.

<sup>208</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit. p. 363.

<sup>209</sup> Idem. Ibdem. p. 363.

Por fim, ainda que de maneira sucinta, cumpre destacar que, em determinados casos, além das condições gerais, há exigência do preenchimento de algumas condições específicas<sup>210</sup> da ação, quais sejam, a representação da vítima, a requisição do Ministro da Justiça, bem como a tentativa de conciliação.

Na ação penal de iniciativa pública condicionada à representação há o requisito da representação da vítima, imprescindível como autorização para que a acusação possa ser efetivada.

Há ainda as ações penais de iniciativa pública condicionadas à requisição do Ministro da Justiça. Essa requisição também se configura como uma condição específica da ação, como por exemplo, em casos de crimes contra a honra do Presidente da República ou em casos de crimes praticados no estrangeiro, com a intenção de se evitar crises políticas ou diplomáticas, respectivamente.

Em relação aos juizados especiais criminais, em se tratando de crimes em que a ação penal é de iniciativa privada, exige-se a realização de uma audiência de conciliação, ou de uma audiência destinada à celebração de um acordo civil extintivo da punibilidade. Em situações de crimes contra a honra, por exemplo, a tentativa de conciliação é necessária e, caso aconteça, extingue-se o processo e a punibilidade, sendo que o juiz sequer realiza o juízo de admissibilidade da queixa, como se ela nunca tivesse sido oferecida. O ideal, no entanto, seria que a tentativa de conciliação fosse realizada antes mesmo do oferecimento da queixa-crime, mas na prática isso não é o que acontece.

### 2.3 A AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL

O antigo artigo 43<sup>211</sup> II, do Código de Processo Penal exigia para que a ação processual pudesse ser admitida, que não tivesse ocorrido qualquer causa de

---

<sup>210</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 52.

<sup>211</sup> “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

extinção da punibilidade, cujos casos estão hoje previstos no artigo 107<sup>212</sup>, do Código Penal e em leis especiais.<sup>213</sup> Essa condição da ação figura, atualmente, como causa de absolvição sumária, prevista no artigo 397<sup>214</sup>, IV, do Código de Processo Penal.

Sobre a ausência de causa extintiva da punibilidade, ainda que o artigo 43, do Código de Processo Penal, tenha sido revogado,

isso não significa que tenha deixado de ser uma condição da ação processual penal ou que somente possa ser reconhecida pela via da absolvição sumária. Nada disso. Deve o juiz rejeitar a denúncia ou queixa quando houver prova da extinção da punibilidade. A decisão de absolvição sumária fica reservada aos casos em que essa prova somente é produzida após o recebimento da denúncia (ou seja, após a resposta escrita do acusado).<sup>215</sup>

Assim, caso presente a causa da extinção da punibilidade, como a prescrição, por exemplo, a denúncia ou a queixa deverá ser rejeitada ou, conforme o momento em que seja reconhecida, deverá o réu ser absolvido sumariamente, posto que, uma vez presente qualquer das hipóteses elencadas no artigo 107, do Código Penal, “estaria extinta a punibilidade e defesa a obtenção da tutela jurisdicional, quando do exercício da ação penal [...] que, se intentado, resultaria na rejeição da denúncia ou queixa.”<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou perempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite; VII e VIII – revogados; IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

<sup>213</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 359.

<sup>214</sup> “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou V - extinta a punibilidade do agente.”

<sup>215</sup> Idem. Ibidem. p. 360.

<sup>216</sup> NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. Op. cit. p. 58.

### 3. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA

#### 3.1 O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA

A prescrição antecipada, também chamada de prescrição virtual ou em perspectiva, não possui previsão legal na codificação pátria, configurando-se como uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Francisco Afonso Jawsnicker, citando Antonio Lopes Baltazar, define a prescrição antecipada como

o reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade.<sup>217</sup>

Nas palavras do autor Fernando A.N. Galvão da Rocha:

A prescrição pela pena em perspectiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial recente que vem ganhando expressivo relevo. Refere-se à possibilidade de calcular-se a prescrição antecipadamente, antes da decisão condenatória, com base na pena que seria aplicável em caso de condenação. Como não ocorreu a condenação, a pena que servirá de base para o cálculo da prescrição será sempre uma pena hipotética ou em perspectiva. Antecipando a pena a ser, eventualmente, aplicada em decisão condenatória no caso concreto, calcula-se o prazo prescricional. Seria, de fato, um reconhecimento antecipado da prescrição retroativa.<sup>218</sup>

Na lição do professor Juarez Cirino dos 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**, com 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 setores

<sup>217</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 89.

<sup>218</sup> GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 918.

liberais do Ministério Público e da Magistratura nacionais.<sup>219</sup> (grifos originais)

Um exemplo torna o entendimento mais fácil: **A** foi denunciado pelo crime de fraude à execução previsto no artigo 179, do Código Penal. O referido delito prescreve em 4 (quatro) anos, à luz do artigo 109, V, do Código Penal já que o grau máximo da pena restritiva de liberdade cominada ao crime é de 2 (dois) anos.

Ocorre que, ao analisar o processo, o juiz constata que mesmo na hipótese de eventual condenação, sopesando as condições pessoais de **A** e as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59<sup>220</sup> do Código Penal, é possível antever que eventual pena imposta seria fixada no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) meses. Ademais, constata que já se passaram, por exemplo, mais de 4 (quatro) anos desde a data do recebimento da queixa-crime.

Dessa forma, da análise dos elementos coligidos aos autos, o magistrado pôde aferir que a culpabilidade, antecedentes criminais, motivos, personalidade, conduta social, circunstâncias, bem como as conseqüências, e o comportamento da vítima não prejudicam **A**.

Assim, como uma pena de 6 (seis) meses prescreve em 3 (três) anos, conforme artigo 109, VI, do Código Penal (redação dada pela Lei n.º 12.234, de 2010) e, no presente caso, esse lapso temporal já decorreu, é mister reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado, tomando como base a pena em perspectiva.

Em síntese, sopesadas as circunstâncias judiciais, as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento de diminuição da pena, em atenção ao artigo 68<sup>221</sup> do Código Penal, verifica-se que, em caso de eventual

---

<sup>219</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit. p. 682.

<sup>220</sup> “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:  
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;  
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;  
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;  
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

<sup>221</sup> “Art. 68: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

condenação, a pena a ser imposta seria inferior a 01 (um) ano, o que equivale ao prazo prescricional de 03 anos, nos termos do art.109, inciso VI, do Código Penal.

Portanto, no exemplo descrito, considerando que desde o recebimento da queixa-crime, transcorreu um lapso temporal de mais de 04 (quatro) anos, sem que houvesse causa de suspensão ou interrupção do prazo prescricional, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na pena retroativa antecipada.

### 3.2 OS ARGUMENTOS RESISTENTES À PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA

O reconhecimento da prescrição antecipada como causa de extinção da punibilidade é tema que tem gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Os defensores da prescrição antecipada invocam como principal argumento a ausência de uma importante condição da ação penal, qual seja a punibilidade concreta – erroneamente tratada por grande parte dos autores como ausência do interesse de agir com base na teoria unitária do processo. Dada a importância desse assunto, conforme já mencionado, a ele será dedicado um tópico exclusivo que a ser analisado em sequência.

Ainda, os operadores do direito – advogados, membros do Ministério Público e magistrados – favoráveis à prescrição retroativa antecipada afirmam que, além do desprestígio causado à Justiça Pública, não há qualquer razão em se movimentar toda a máquina judiciária para impulsionar uma ação fadada ao insucesso.

Por outro lado, os que se manifestam em sentido contrário ao reconhecimento da prescrição antecipada baseiam-se em uma série de argumentos que não nos parece suficientes para impedir a aplicação dessa “antecipação de raciocínio” feita pelo magistrado quando da aplicação da pena ao denunciado no caso concreto. De acordo com esses autores, tal modalidade prescricional não encontra fundamentação legal, além de contrariar diversos princípios do Direito, dentre eles: da obrigatoriedade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da presunção da inocência.

Primeiramente, cabe analisar o argumento de que a prescrição antecipada não encontra respaldo legal<sup>222</sup>, posição baseada em um sentido estritamente legalista não condizente com os princípios de um Estado Democrático de Direito. Ora, argumentar que tal modalidade prescricional não pode ser reconhecida posto não encontrar fundamentos em nossa legislação seria o mesmo que defender que nossos operadores do Direito devem estar “engessados”<sup>223</sup> às normas escritas, sem qualquer possibilidade de abertura às ponderações pessoais, bem como às influências externas (interdisciplinaridade), pressupostos essenciais para a ocorrência de uma interpretação justa e vinculada à realidade social.

Sobre esse “positivismo nauseante”<sup>224</sup>, o autor Ricardo Pieri Junior afirma que:

dentro do atual contexto de evolução da ciência jurídica, identifica-se um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com o início de uma fase onde desponta a normatização de postulados. Nesta incipiente era, os operadores do Direito extraem princípios do ordenamento jurídico enquanto todo harmônico, imputando-lhes densidade normativa, a fim de aplicá-los no deslinde de questões desprovidas de uma solução justa diante da legislação em vigor.<sup>225</sup>

E continua argumentando que a análise da prescrição antecipada deve ser realizada sob a ótica do princípio da razoabilidade, invocando a lição de Luiz Roberto Barroso, para quem “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum; aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> “Lesões corporais gravíssimas. *Prescrição antecipada Impossibilidade, vez que não encontra embasamento legal* Prova insuficiente para estabelecer um juízo de condenação Aplicação do princípio in dubio pro reo Absolvição mantida Recurso desprovido”. (grifo nosso) (PARANÁ, Tribunal de Justiça. Acórdão N. 29251. 1ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Campos Marques. Curitiba, 19 set 2010, **Diário da Justiça N. 480**. Curitiba, 2010).

<sup>223</sup> “O juiz, de regra, é apresentado como um robô, um ser transparente através do qual flui a ‘vontade’ da lei; e alguns, falando sério, acreditam realmente que ele a detém. Ignora-se, quase por completo, o homem, em um esforço incomum visando encalacrar nele – e em todos nós – a consciência de que sua função é espelhar uma vontade que não é sua”. (COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 136).

<sup>224</sup> A expressão é de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

<sup>225</sup> NUNES, Ricardo Pieri. Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, v. 10, N. 119, out. 2002, p. 10.

<sup>226</sup> NUNES, Ricardo Pieri. Op. cit. p. 10.

Assim sendo, deixar de reconhecer a extinção da punibilidade, com base na prescrição antecipada, ainda que desprovida de amparo na atual legislação, não nos parece a decisão mais acertada, uma vez que nenhum instituto jurídico encontra-se imune às imprevisões legislativas. Ademais, necessário se ter em mente o fato de que as ciências penal e processual devem ser analisadas sob a ótica do contexto político-social em que são inseridas, não devendo restar esgotadas apenas na norma escrita.

Nesse sentido, já julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

[,,] 1. A doutrina e a jurisprudência divergem, predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. *É chegada a hora, todavia, do novo triunfar.* 2. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. [...] 3. Não há lacunas no direito, a menos que se tenha o direito como lei, ou seja, o direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para a aplicação da prescrição antecipada. 4. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. *Seguir a lei 'à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente'* (Ponte de Miranda). 5. Recurso não provido.<sup>227</sup> (grifo nosso)

Frise-se que a jurisprudência encontra-se em constante evolução à luz das recorrentes transformações sociais, fazendo com que a atuação jurisdicional vá se aperfeiçoando e se adaptando a cada momento vivido pela sociedade, posto que nenhuma legislação ou codificação exaurem o estudo jurídico em sua completitude. Assim, além da necessidade de que se admita ao jurista, especialmente ao juiz, a criação do direito, é preciso também “abrir as portas à interdisciplinaridade, sob pena de não conseguirmos entender o processo de desabrochamento do mesmo e seus efeitos”.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal N. 1999.35.00.011674-4. 3ª Turma. Relator: Desembargador Tourinho Neto. Goiás, 06. Mar. 2006.

<sup>228</sup> COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 136.

Sobre o princípio da obrigatoriedade<sup>229</sup>, também definido como um obstáculo ao reconhecimento da prescrição antecipada, Francisco Afonso Jawsnicker, citando Antonio Lopes Baltazar afirma que

não tem o juiz poderes discricionários para analisar se instaura ou não a ação penal. Os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos até o final da decisão. Por isso, a autoridade policial deve instaurar o Inquérito Policial; o Promotor de Justiça deve oferecer a denúncia: o juiz deve presidir a instrução do processo e decidir.<sup>230</sup>

A nosso ver, o Ministério Público, ainda que *dominus litis*, não é legalmente autorizado a exercer a ação penal indiscriminadamente, uma vez que, tratando-se de fiscal da lei, cumpre ao órgão ministerial zelar pela rigorosa observância da caracterização das condições da ação, bem como resguardar os princípios fundamentais constitucionalmente previstos. Ressalta-se que aceitar a obrigatoriedade do exercício da ação penal quando ausente uma de suas condições, no caso a punibilidade concreta, seria o mesmo devaneio de se afirmar que uma ação em que as partes são nitidamente ilegítimas deveria ser obrigatoriamente ajuizada em razão de necessária obediência formal.

No mesmo sentido, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, argumenta que o Ministério Público apenas tem o dever de exercitar a ação penal uma vez constatada a presença das condições da ação, sendo que a ausência de uma delas desobriga o órgão estatal à manifestação pela pretensão punitiva devendo, pelo contrário, intervir pelo requerimento de arquivamento do inquérito policial.<sup>231</sup>

Sobre o argumento de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório<sup>232</sup>, bem como do devido processo legal<sup>233</sup> melhor sorte não assiste aos

<sup>229</sup> “Vigorando entre nós no que diz respeito à ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade e não o da oportunidade (CPP, arts. 5º, 6º, 24 e 42), é manifesto o interesse do Estado em exigir uma prestação jurisdicional ainda que fadada ao reconhecimento posterior da prescrição, sempre que haja notícia da ocorrência em tese de um delito”. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Acórdão N. 143.877-3. 3ª Câmara Criminal de Férias. Relator: Desembargador Gonçalves Nogueira. São Paulo, 03 jan. 1995. **JTJ 169/290**, São Paulo, 1995).

<sup>230</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 118.

<sup>231</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, N. 03, jul./set. 1993, p. 138.

<sup>232</sup> “Não pode o juiz reconhecer a prescrição retroativa antes da condenação com base na pena a ser hipoteticamente fixada, com fundamento no art. 267, VI do CPC a título de agilização da Justiça

doutrinadores que a defendem, uma vez que tal posição baseia-se na falsa premissa que o reconhecimento da prescrição antecipada pressupõe uma sentença condenatória e não proporciona ao acusado a possibilidade de ser absolvido, causando-lhe verdadeiro prejuízo.

Nas palavras de Ricardo Pieri Nunes, no entanto, o real prejuízo

ocorre quando, de antemão, diante da ampla e inequívoca benevolência das circunstâncias judiciais, constata-se que a prescrição retroativa decerto irá ocorrer no momento da eventual condenação, e, mesmo assim, deflagra-se a ação penal no desiderato exclusivo de cumprir a formalidade – que beira o capricho – da prolação da sentença de mérito, para em seguida reconhecer-se a materialização do fenômeno. Com o devido respeito, nada mais desproporcional e ilógico.<sup>234</sup>

Ora, não há dúvida de que para o indivíduo que esteja com seu *status dignitatis* abalado em decorrência de estar submetido a uma ação penal é preferível colocar fim à sua situação desgastante o quanto antes a continuar sofrendo os dissabores de um processo criminal.<sup>235</sup> “Afinal, no processo penal – sabe-o o jejuno – o réu sofre muito tão só pelo fato de ser réu”.<sup>236</sup>

Deve-se levar em conta o desgaste pelas infundáveis realizações de atos judiciais concatenados e, principalmente, o fator de estigmatização, que é algo evitável. Basta o indivíduo estar sofrendo um processo para ser rotulado socialmente. Mesmo que depois venha a ser declarada a sua inocência através de uma sentença absolutória, a marca indelével deixada pelo processo não se apaga.

---

sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção da inocência. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 290058379. 1ª Câmara Criminal. Relator: Juiz Armando Mário Bianchi. Porto Alegre, 01 ago. 1990. **RT 667/328**, Porto Alegre, 1990).

<sup>233</sup> “O ordenamento jurídico não prevê a extinção da punibilidade através da prescrição retroativa antecipada de pena hipotética a ser aplicada, configurando a sua aplicação flagrante ofensa ao princípio da presunção da inocência e do devido processo legal. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 000155029-2/00. 2ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro. Belo Horizonte, 29. Jun. 2000. **Diário da Justiça do dia 08 out. 2000**. Belo Horizonte, 2000).

<sup>234</sup> NUNES, Ricardo Pieri. Op. cit. p. 11.

<sup>235</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 32.

<sup>236</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, Ano 18, ago. 2010, Edição especial. pp. 16-17.

É muito mais fácil abrir uma ferida do que fechá-la, sem deixar marcas ou cicatrizes.<sup>237</sup>

Nessa mesma esteira não há qualquer razão em se argumentar sobre a violação ao princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que o reconhecimento da prescrição antecipada reforça a presunção da inocência por evitar que o então acusado seja estigmatizado e rotulado pela sociedade, bem como por impedir “a angústia prolongada (*stato di prolungata ansia*, reconhecido pelo atual Código de Processo Civil italiano)”<sup>238</sup>, evitando o sofrimento e o processo desnecessário.<sup>239</sup>

Aury Lopes Junior ainda complementa:

Em último caso, que se dê a ele – réu – o direito de escolher, entre submeter-se ao processo na sua integralidade (pois crê e prefere a absolvição final), ou abreviar o sofrimento de imediato, com o julgamento antecipado.<sup>240</sup>

Por fim, importante destacar o argumento relativo à impossibilidade de aferir-se antes do oferecimento da denúncia ou da queixa ou, durante o curso dessas, a futura necessidade de aplicação da sanção penal, baseada nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, bem como no *quantum* de pena a ser hipoteticamente calculado. Os defensores de tal posicionamento afirmam que:

não é demais lembrar que as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) não se limitam à primariedade e aos bons antecedentes do acusado. Há outras de extraordinária importância que somente a instrução criminal, repita-se, poderá evidenciar. Bem por isso, certeza nenhuma pode ter o Juiz acerca do *quantum* da pena, antes de o processo estar preparado para julgamento. Qualquer juízo que se antecipe a esse momento é inseguro e incerto. E inoportuno, porque nem ao menos se sabe se o pedido da acusação será acolhido.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 32.

<sup>238</sup> Idem. Ibidem. p. 32.

<sup>239</sup> Idem. Ibidem. p. 32.

<sup>240</sup> Idem. Ibidem. p. 32.

<sup>241</sup> PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, N. 709, nov. 1994, p. 302-306.

Ocorre, porém, que a possibilidade de reconhecer-se antecipadamente a benevolência das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal quando da necessidade de aplicação da pena não é em nada estranha ao atual processo penal, fazendo-se presente, sem sombra de dúvidas, no instituto da transação penal, ocasião em que o Ministério Público pauta-se em um juízo de probabilidade sobre a necessidade de aplicação da pena em uma antevisão dos elementos pessoais do acusado que lhe são apresentados no momento.

Sobre o assunto, argumenta Ricardo Pieri Nunes:

É certo que no instituto da transação penal não se afere o *quantum* penal a ser aplicado como ocorre no procedimento sumário ou ordinário, mas, de outro prisma, é igualmente exato que uma série de requisitos têm de ser preenchidos para que a correlata proposta seja ofertada, tais como os antecedentes do autor do fato, sua conduta social, sua personalidade bem como os motivos e circunstâncias do crime em tese (art. 76, §2º da Lei n.º 9.099/95), todos idênticos àqueles elencados no art. 59 do Estatuto Repressor.<sup>242</sup>

E continua afirmando que:

Ora, se tais requisitos podem ser aferidos preliminarmente para fins de transação penal, por que também não poderiam ser verificados antes do oferecimento da denúncia, ou no curso do processo, quando possível fazê-lo com segurança, à vista das particularidades do caso concreto, para efeito de idealização da pena que eventualmente seria aplicada quando da emissão do provimento jurisdicional de mérito? Inexiste motivo plausível para não fazê-lo, já que *ubi eadem ratio, ibi idem ius*.<sup>243</sup>

Destarte, é evidente que a antevisão da possibilidade de aplicação da pena é possível já que a antecipação da verificação das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime e o comportamento da vítima – não se dá de maneira absoluta e criteriosa, posto que não se está a afirmar o *quantum* preciso da pena a ser aplicada, mas sim que essa, caso aplicada não ultrapassaria determinada marca.

---

<sup>242</sup> NUNES, Ricardo Pieri. Op. cit. p. 9.

<sup>243</sup> Idem. Ibidem. p. 9.

### 3.3 A EFETIVIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA E A EVIDENTE FALTA DE PUNIBILIDADE CONCRETA

Como já mencionado a ausência de punibilidade concreta é erroneamente tratada por muitos doutrinadores adeptos da teoria unitária do processo como interesse de agir, o que não nos parece razoável na medida em que “se trata de categoria do processo civil que resulta inaplicável ao processo penal”.<sup>244</sup>

Então, o que faz a doutrina processual penal para aproveitar essa condição da ação processual civil? **Malabarismo lingüístico**. A intenção é boa, e isso não se coloca em dúvida, mas o resultado final se afasta muito do conceito primevo. Nessa linha, costumam tratar como “interesse” questões que dizem respeito à “punibilidade concreta”, tal como a inexistência de prescrição, ou mesmo de “justa causa”, como princípio da insignificância.<sup>245</sup> (grifo original)

Diante da inexistência dessa importante condição da ação, imperioso se dá o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa já que nada justifica manter-se um processo penal quando o “único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência da pretensão punitiva.”<sup>246</sup>

O processo criminal é uma coação somente admitida quando seu resultado se mostra útil, já que, do contrário, somente estaria caracterizando-o como meio de aflição, constrangimento e gerador de estigmatizações. Desse modo, pode-se concluir que a existência do processo será condicionada à determinação do delito e à imposição da pena correspondente. Seria ilógico pensar o processo com o objetivo de fixar uma pena que será atacada pela prescrição retroativa, que declarará extinta a punibilidade. Ou seja, é um processo inútil e ineficaz.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 354.

<sup>245</sup> Idem. Ibidem. p. 355.

<sup>246</sup> Extraído do voto proferido no Recurso em Sentido Estrito N. 70000866053, 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, DJ. 10. abr. 2000.

<sup>247</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 30.

Assim, uma vez que se percebe a inutilidade da persecução penal para atender aos fins a que se presta e sendo possível a antevisão de indubitável decretação da prescrição retroativa baseada na eventual pena a ser fixada em concreto, não há dúvidas de que a punibilidade deve ser extinta. Delira da lógica o pensamento em sentido contrário, mantendo-se um processo natimorto<sup>248</sup>, uma vez que esse descabido e inútil formalismo configura-se como

uma grave degeneração que legitima o discurso da existência de verdadeiras penas processuais, sem qualquer base legal ou constitucional. É uma *patologia judicial*, na qual o processo é utilizado como forma de punição antecipada ou pena em si mesmo, tendo em vista a estigmatização social que o agente sofre, a intimidação policial, o estado de angústia prolongada, a rotulação etc.<sup>249</sup>

Destarte, não há dúvida da efetividade do reconhecimento da prescrição antecipada quando ausente a punibilidade concreta já que, ainda que a prescrição seja “virtual”, reais são os prejuízos da tramitação de um processo fadado à prescrição. Ocupa-se “o tempo jurisdicional que estaria disponível para outras hipóteses cuja proteção de bens jurídicos poderia ser mais eficaz”<sup>250</sup>, enquanto outros processos “não prescritos, envelhecem nas prateleiras (caminhando, quem sabe, rumo a inefetividade total da Administração da Justiça Penal)”<sup>251</sup>.

Nesse sentido também é o entendimento jurisprudencial do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz:

[...] A persecução penal, como espécie do gênero das ações estatais, deve ser eficiente, eficaz e efetiva. De nada adianta impulsioná-la

<sup>248</sup> Esse entendimento é reforçado por Luiz Sérgio de Souza ao afirmar que “o tempo e os recursos despendidos em processos sabidamente inúteis têm um custo que a sociedade não pode mais suportar. De duas uma: ou o legislador reformula a idéia da prescrição retroativa ou o aplicador da norma terá que ceder às evidências, impedindo que as pretensões natimortas ocupem espaço da produção socialmente inútil. Com isto, o próprio titular da ação penal terá melhores condições de acompanhar o desenvolvimento do inquérito policial, concentrando esforços para erradicar um mau vezo que a instauração do processo não tem o condão de eliminar.” (SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. n. 680, p. 435-438, jun 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992)

<sup>249</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. pp. 31-32.

<sup>250</sup> ATAÍDE, Fábio. A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, Ano 17, set. 2009, n. 202, p. 14-15.

<sup>251</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 31.

quando verificada, ab initio, a impossibilidade de sua futura e eventual execução. Percebida a inutilidade do eventual e incerto provimento condenatório, é de rigor seja declarada extinta a punibilidade do agente em face da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal. 2. Inviável seja negada a aplicação do instituto por desproporcional apelo ao formalismo. Tutelar o processo penal natimorto implica malferir os basilares princípios constitucionais do Estado democrático de direito em flagrante e injustificado prejuízo do cidadão.<sup>252</sup>

Dito isso está claro que o impedimento do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa apenas reforça o fenômeno da lei penal simbólica, tornando as normas penais inaptas à finalidade a qual são de fato concebidas. Assegura-se uma “pseudoproteção aos bens jurídicos-penais”<sup>253</sup> na medida em que se ocupa pauta e tempo do sistema judiciário com ações incapazes de produzir qualquer efeito prático.

Sob a ótica do autor Eugênio Pacelli de Oliveira,

as ciências, e assim toda a formulação de suas proposições, servem ao homem e na medida em que se revelem aptas a satisfazer as finalidades últimas deste. [...] o processo sabidamente inútil não implica apenas a perda de atividade pública já desenvolvida; implica aumento de despesas e, por isso, de patrimônio e de serviços públicos, e, mais, incremento da burocracia estatal judiciária, já suficientemente atingida pelo descomunal número de processos em curso e em diária distribuição.<sup>254</sup>

Lamenta-se, portanto, como se verá no tópico adiante, que o Superior Tribunal de Justiça tenha sumulado posicionamento contrário à possibilidade do reconhecimento da extinção da punibilidade com base na pena hipotética. Ainda mais lastimável o fato de tal enunciado encontrar total apoio no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Cumprе mencionar, por fim, o interessante posicionamento do autor Fábio Guedes de Paula Machado sobre o embate em torno da prescrição antecipada. Diante de todo o exposto percebe-se que a questão debatida apresenta como núcleo

<sup>252</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal N. 2005.04.01.023823-0. 4ª Seção. Relator: Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz. Diário da Justiça do dia 31 dez. 2008. Porto Alegre, 2008.

<sup>253</sup> ATAÍDE, Fábio. Op. cit. pp. 14-15.

<sup>254</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 72.

central a constatação ou não da punibilidade concreta, pertinente ao processo penal, “ficando a *ratio* material da prescrição completamente afastada”.<sup>255</sup>

Feita a mencionada observação o autor propõe outro fundamento para a prescrição antecipada, baseado no funcionalismo como método de Direito Penal, integrado ao “sistema reitor que é de preservação de garantias fundamentais em obediência ao princípio da dignidade humana, acrescido ainda com as constatações de se buscar a necessária eficácia do Direito Penal”.<sup>256</sup>

Destarte, a prescrição retroativa antecipada recebe outro enfoque, “prioritariamente material, surgindo posteriormente no processo, e não o inverso”<sup>257</sup> como propugnado pela negativa de uma condição da ação – punibilidade concreta – em face da possibilidade de um processo penal incapaz de efetiva imposição de condenação.

O autor segue afirmando que a perspectiva funcionalista adéqua-se aos princípios do Estado Democrático de Direito, revestindo-se do que menciona o Direito Penal moderno em relação à intervenção penal mínima – limitadora da discriminada aplicação penal incriminadora.<sup>258</sup> Segundo esse doutrinador quando há a perda da efetiva intervenção da força *puniendi* estatal “e de sua conseqüente penalização pelo transcurso do tempo [...], qualquer processo penal em trâmite que não redundará na efetiva aplicação da lei penal constitui-se como atentado à dignidade humana”.<sup>259</sup>

Ademais, prossegue o autor,

pode-se afirmar que o Direito Penal que exercesse seu imperativo nessas condições [...] é ilegítimo, pois que somente a danosidade social pode constituir-se como fundamento para a legitimação da punibilidade, e, por conseqüência, onde houver estabilização social como resultado da prática de um fato delituoso alcançado pela prescrição projetada não se justifica a interferência do Direito Penal. Destarte a tolerabilidade social com um fato ocorrido não pleiteia a resposta do sistema através do processo e da pena.<sup>260</sup>

---

<sup>255</sup> PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 196.

<sup>256</sup> Idem. Ibdem. p. 196.

<sup>257</sup> Idem. Ibdem. p. 196.

<sup>258</sup> Idem. Ibdem. p. 197.

<sup>259</sup> Idem. Ibdem. p. 197.

<sup>260</sup> Idem. Ibdem. p. 197.

A ausência da punibilidade concreta deve ser vista, nessa linha de raciocínio, não como falta de uma condição da ação, ou seja, de maneira estritamente processual, mas sim “em razão da inexistência da necessidade de intervenção do Direito Penal pelo desaparecimento de sua legitimidade, racionalidade ou até mesmo de sua eficácia.”<sup>261</sup>

Conclui o autor, por fim, que a metodologia funcionalista penal concebe ao instituto da prescrição

um novo contorno e fundamento, alterando seu âmbito de aplicação por consequência reconhecendo a possibilidade da atuação antecipada, quando desaparece a partir da ocorrência do fato, basicamente, a necessidade preventiva como fundamento para a aplicação da pena, em cumprimento ao princípio constitucional da obediência à dignidade humana, que impede a imposição de um processo ou de uma pena desnecessários, reforçando-lhe a argumentação a partir da necessidade de se dotar o Direito Penal de maior eficiência e celeridade no combate à crescente criminalidade, reafirmando-se a natureza material e garantista da prescrição.<sup>262</sup>

Assim, o instituto da prescrição, sob essa ótica, legitima-se quando ausente o interesse material de punir o autor do fato.

#### 3.4 A EDIÇÃO DAS METAS DE NIVELAMENTO EM CONTRAPOSIÇÃO À EDIÇÃO DA SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu como meta para os magistrados brasileiros, o julgamento de todos os casos demandados até 31.12.2005. A princípio, tal medida objetiva-se, ao menos em tese, a proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado, bem como ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça.

---

<sup>261</sup> Idem. Ibidem. p. 197.

<sup>262</sup> Idem. Ibidem. p. 199.

Ocorre, porém, que a maioria dos processos criminais que demandados no Judiciário até 2005 já estão fadados à prescrição retroativa, tomando-se como referência a antevisão do possível *quantum* penal a ser aplicado no caso concreto. Assim, diversos juízes de primeira instância reconhecem antecipadamente<sup>263</sup> a prescrição retroativa e extinguem a punibilidade do acusado.

Em contrapartida aos inúmeros argumentos pautados no direito constitucional e ao contrário da tendência do processo penal moderno, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, parecem querer trilhar um caminho meramente burocrático, sem sequer levar em consideração as razões práticas e de extrema utilidade que levam nossos magistrados a encontrar no reconhecimento antecipado da prescrição retroativa uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo<sup>264</sup>, já perdida em decorrência do lapso temporal.

Se não bastasse a recorrente resistência dos Tribunais Superiores<sup>265</sup> em reconhecer a prescrição antecipada, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que, embora viesse sendo aplicada acertadamente por alguns magistrados do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>266</sup>, é impossível a aplicação da prescrição virtual, posicionamento que se encontra em flagrante atentado à “instrumentalidade do constitucional”<sup>267</sup> do processo.

---

<sup>263</sup> Conforme já exaustivamente afirmado a prescrição antecipada ou virtual configura-se como uma técnica pela qual o julgador analisa a provável pena a ser aplicada ao caso concreto, antes mesmo do julgamento da causa. Desse modo, verificando que a ação penal restará necessariamente prescrita no futuro, reconhece-se desde logo, sob a análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a prescrição que de fato irá acontecer.

<sup>264</sup> ATAÍDE, Fábio. Op. cit. pp. 14-15.

<sup>265</sup> “Contudo, muitos tribunais ainda não perceberam os efeitos colaterais que o processamento de ações penais sem nenhuma utilidade causa sobre outros processos que poderiam dar algum resultado. Ocupar um juiz com o trâmite de um caso sem utilidade, muitas vezes amparando a busca de testemunhas que nem ao menos lembram dos fatos, é o mesmo que impedi-lo de dar andamento aos outros casos com real consequência para a proteção de bens jurídicos fundamentais.” (Idem. Ibidem. pp. 14-15).

<sup>266</sup> “Não é tempo de repreender juízes que reconhecem a prescrição antecipadamente; essa técnica trata-se de um meio capaz de justificar os fins aos quais prestam o Direito Penal protetor de bens jurídicos em última instância. À vista disso, não será difícil inferir que a proteção da liberdade poderia muito bem fundar a opção de deixar para um plano secundário as ações penais incapazes de proteger ditos bens. Para que assim fosse, no exame do caso concreto, o valor dos processos velhos precisa ser ponderado com o dos novos, provavelmente mais sujeitos a produzir resultados práticos efetivos na proteção de direitos fundamentais.” (ATAÍDE, Fábio. Op. cit. pp. 14-15.)

<sup>267</sup> Essa expressão é de Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 29).

**Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça:** “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Em decorrência desse evidente retrocesso na esfera processual penal, diversas ações continuam tramitando sem que haja a possibilidade de se retirar delas qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São processos que, quando resultam em condenação, restam necessariamente atingidos pela prescrição retroativa, perdendo o ente estatal o poder de aplicar qualquer sanção.<sup>268</sup>

Em outros termos, preferiu-se pela estrita aplicação legal a prestigiar-se o entendimento racionalizante de processos inúteis, levando-se em consideração a evidente ausência da punibilidade concreta, evitando causas em trâmite que serão tão logo alcançadas pela prescrição retroativa.

Sobre a impossibilidade do reconhecimento da prescrição antecipada, o autor Fábio Ataíde afirma:

Não é necessário abrir aspas para dizer que a rejeição da prescrição antecipada somente vem a reforçar o fenômeno da lei penal simbólica, assegurando uma pseudoproteção aos bens jurídico-penais. Como se já não bastasse as cifras negras, temos, dentre os casos que finalmente chegam à Justiça, uma quantidade significativa de processos que continuam a ocupar a atenção da Justiça sem que sejam capazes de produzir efeito prático.<sup>269</sup>

E prossegue

Juízes criminais não precisam continuar fazendo de conta que estão julgando. A forma como vem sendo tratado esse tema nos tribunais revela a elevada importância que se dá às normas simbólicas, inapta às finalidades para as quais são concebidas. [...] O Estado tem o Direito Penal à disposição para enfraquecer o domínio da violência privada, mas pode conseguir justamente o contrário quando opta por dar mais força à punibilidade. E é assim que os tribunais não poderiam dar aos juízes um comando de não-efetividade, mas acabam referendando o não-julgar quando orientam instruir processos incapazes de proteger bens jurídicos. Na prática judiciária,

---

<sup>268</sup> ATAÍDE, Fábio. Op. cit. pp. 14-15.

<sup>269</sup> Idem. Ibidem. pp. 14-15.

já não se sabe onde termina o julgar e começa o fazer de conta, afinal de contas.<sup>270</sup>

Dito isso, conforme já mencionado a edição da súmula 438 pelo Superior Tribunal de Justiça está em flagrante afronta à instrumentalidade constitucional do processo que “tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade humana submetida à violência do ritual judiciário”.<sup>271</sup>

Vale esclarecer, no entanto, a necessidade que se compreenda que a referida instrumentalidade processual não quer dizer que o processo esteja fadado à satisfação de uma única finalidade, qual seja, da pretensão (acusatória).<sup>272</sup> Nesse sentido, Aury Lopes Junior, citando Alexandre Morais da Rosa, ressalta o perigo de se transmitir mecanicamente para o processo penal as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

A pretensão de Dinamarco de que o juiz deve aspirar aos anseios sociais ou mesmo ao espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico com o objetivo de realizar o sentimento de justiça de seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente.<sup>273</sup>

Resulta, portanto, demasiadamente necessário que se visualize o processo desde seu exterior, para que se possa constatar que “o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir (projeto democrático-constitucional<sup>274</sup>)”<sup>275</sup> não podendo ser transformado em mero instrumento de segurança pública.

Diante de todo o exposto, conclui-se, por fim, que a instrumentalidade constitucional do processo penal e a possibilidade da extinção da punibilidade pela

---

<sup>270</sup> Idem. Ibidem. pp. 14-15.

<sup>271</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. 28.

<sup>272</sup> Idem. Ibidem. p. 27.

<sup>273</sup> Idem. Ibidem. p. 28

<sup>274</sup> “Nesse viés insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual. Ademais, a Constituição constitui, logo, necessariamente, orienta a instrumentalidade do processo penal.”

<sup>275</sup> Idem. Ibidem. p. 27

provável pena a ser aplicada estão intrinsecamente ligadas, na medida em que, a postergação de um processo inútil e eficaz configura-se como uma “grave degeneração, que legitima o discurso da existência de verdadeiras penas processuais, sem qualquer base legal ou constitucional”.<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> Idem. Ibidem. p. 31

## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, procurou-se ressaltar a efetividade e a atualidade do reconhecimento da prescrição retroativa com base na pena em perspectiva como causa de extinção da punibilidade. Sob o prisma doutrinário e jurisprudencial, o instituto da prescrição antecipada sempre foi assunto controvertido, sendo os seus principais obstáculos baseados na ausência de previsão legal e na afronta a determinados princípios constitucionalmente garantidos.

Não obstante os respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, concluímos que a prescrição antecipada, por seus próprios fundamentos, deve ser admitida no Direito Penal brasileiro. Ressalta-se que essa modalidade prescricional impede a instauração ou o prosseguimento de uma ação penal fadada ao fracasso, uma vez que desprovida de uma importante condição para sua própria existência, qual seja, a punibilidade concreta.

Ora, não nos parece coerente pensar na prática de todos os atos processuais, tomando como base o procedimento comum, desde o oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, designação de audiência de instrução e julgamento para a inquirição das testemunhas da acusação e da defesa, interrogatório do acusado, realização de diligências, prolação da sentença, se, ao final, será reconhecida a prescrição retroativa e o dispêndio temporal e financeiro terão sido inúteis. Nesse sentido, não pode ser aceitável o absurdo dessa situação, apresentando-se o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada como solução mais favorável.

Ressalta-se, ainda, que a prescrição virtual não só não vai de encontro aos princípios constitucionais assegurados, como reforça a presunção da inocência por evitar que o então acusado seja estigmatizado e rotulado pela sociedade. Ademais, não permite que o réu seja submetido ao mero capricho formal da prolação de uma sentença que será posteriormente alcançada pela materialização do instituto prescricional.

Destarte, as vantagens dessa espécie de prescrição não sucumbem às suas críticas baseadas, de maneira recorrente, em argumentos estritamente formais, evidenciando um posicionamento visivelmente atrelado ao positivismo jurídico por parte dos operadores do Direito que repugnam seu reconhecimento. Importante deixar claro que para muito além da ausência de previsão legal, a relevância da

discussão sobre a efetividade da prescrição em perspectiva funda-se principalmente no atual despreparo dos órgãos de persecução penal.

Frise-se que o presente trabalho não questiona a competência e a boa intenção dos mencionados órgãos, mas sim procura atentar para a realidade com que nos deparamos em relação à Polícia Judiciária, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, ou seja, uma evidente indisponibilidade de recursos materiais e humanos para o efetivo exercício de suas funções. Se assim não fosse, nenhum trâmite processual penal correria o risco de, ao final, mostrar-se desprovido de utilidade em face do reconhecimento da prescrição retroativa e não haveria necessidade de qualquer preocupação em se discutir o tema. Fato é que não podemos nos esquecer dessa realidade ao analisar a prescrição antecipada.

Dito isso, lamenta-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça tenha sumulado posicionamento contrário à possibilidade do reconhecimento da extinção da punibilidade com base na pena hipotética, vez que tal postura encontra-se em flagrante afronta à instrumentalidade constitucional do processo que deve primar pela máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, baseando-se na superioridade do valor da dignidade humana quando em confronto com uma flagrante violência do ritual judiciário.

## REFERÊNCIAS

ATAÍDE, Fábio. A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, Ano 17, set. 2009, n. 202, p. 14-15.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. rev. e atual. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. t. 3. Pena e medida de segurança. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. V 1. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal: Pensamento Jurídico**. 2 série. Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, Ano 18, ago. 2010, Edição especial. pp. 16-17.

DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 1983.

DELMANTO, C. et al. **Código Penal Comentado**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 24 ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, Ano 18º, n.º 211, set. 2009, pp. 01-02.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Mudanças na Prescrição Penal: Lei 12.234/2010. **Editora: Magister**, Porto Alegre, 07 jun. 2010. Disponível em: <[www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=744](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=744)>. Acesso 18/08/2010.

GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. **Direito Penal: Curso Completo**. Parte Geral. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 2 ed. rev e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 03, jul./set. 1993, p. 138.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1 v. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

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

NUNES, Ricardo Pieri. Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, v. 10, n.º 119, out. 2002, p. 10.

NUNES DA SILVA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 709, nov. 1994, p. 302-306.

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 1 v. Parte Geral: arts. 1º ao 120, 5 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005,

SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. n. 680, p. 435-438, jun 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11 ed. v 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.