



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PAULO LACERDA DE OLIVEIRA JÚNIOR

OS REFLEXOS PROCESSUAIS DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

SOUSA - PB
2010

PAULO LACERDA DE OLIVEIRA JÚNIOR

OS REFLEXOS PROCESSUAIS DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Francivaldo Gomes de Moura.

SOUSA - PB
2010

PAULO LACERDA DE OLIVEIRA JÚNIOR

OS REFLEXOS PROCESSUAIS DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Francivaldo Gomes de Moura

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Francivaldo Gomes de Moura

Examinador interno

Examinador externo

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele, nada seria possível e não estaríamos aqui reunidos, desfrutando, juntos, destes momentos que nos são tão importantes.

À minha Família (Dilzete, Hilda e Daílson); que em nenhum momento mediram esforços para a realização dos meus sonhos, que me guiaram pelos caminhos corretos, me ensinaram a fazer as melhores escolhas, me mostraram que a honestidade e o respeito são essenciais a vida, e que devemos sempre lutar pelo que queremos.

E a minha noiva, Roseanny, pelo carinho, compreensão e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a minha mãe, Dilzete, que sempre acreditou em mim, oferecendo seu apoio, compreensão, tolerância e imensurável amor, sempre me incentivando, para que eu nunca abandonasse o caminho a ser trilhado. A minha Avó, Hilda, por seu carinho especial e por sempre me aconselhar com os ensinamentos que só a experiência da vida pode oferecer. A meu irmão, Daílson, que sempre esteve ao meu lado me ajudando a superar as dificuldades, mesmo quando esta superação parecia ser impossível.

Agradeço a toda minha família, pelo estímulo e ajuda dispensada para a concretização dos meus sonhos.

Agradeço a todos os meus inesquecíveis amigos, Miquéias, Crisdaiane, Rafael, Ítalo, Nelson, Victor, Gustavo, ao pessoal da Procuradoria da República, que estiveram comigo durante estes curtos mais preciosos cinco anos que jamais serão apagados da memória.

Quero agradecer ainda ao meu orientador neste trabalho, o Professor Francivaldo Gomes de Moura que desde o primeiro instante soube direcionar meu trabalho para os rumos que eu desejava, mas não conseguia delinear.

Além disso, aqui deixo registrado meu agradecimento aos professores Leonardo Figueiredo, Eduardo Jorge, Hanrafel, Monnizia, Carla Pedrosa, Antônio Nóbrega (Toinho), Jônica, Idemário, Guerrison e Remédios, pessoas que sempre levarei comigo.

Ao final, e não com menos importância, ao contrário, com um especial valor, agradeço a minha noiva, Roseanny Andrade, por existir na minha vida, por ser meu porto seguro nos momentos difíceis, por ser o sol que me aquece, a lua que faz refletir, por ser a bússola a me orientar, e pelo simples fato de que o seu sorriso e olhar foram – e sempre será – o estímulo necessário que me faz seguir em frente. Obrigado por me acolher, me ajudar, me apoiar em todos os momentos, me chamar à atenção quando foi preciso, me confortar quando era o melhor a ser feito e, principalmente, obrigado pelo seu amor e dedicação. Essa vitória também é sua, que lutou por ela junto comigo.

RESUMO

Versa o presente trabalho sobre a prescrição antecipada da pena, também denominada projetada, virtual ou em perspectiva, e seus reflexos na área processual penal, tema que gera grande controvérsia envolvendo uma plêiade de doutrinadores e aplicadores do direito, que trata da aplicação ou não da prescrição com base na pena eventualmente aplicada. A divergência pauta-se, de um lado, na ausência de previsão legal e no princípio da obrigatoriedade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como ainda, da presunção de inocência e do direito de do réu a sentença de mérito. De outro turno, cuida-se da falta de justa causa para a ação penal, ante a ausência do requisito essencial do interesse de agir, do princípio da economia processual e da reprimenda social como sanção do processo criminal. Inicia-se o estudo com o conceito do poder-dever de punir do Estado, passando-se sucintamente pela diferenciação entre o poder de punir abstrato e concreto, seguindo-se do rol das causas extintivas da punibilidade. Na seqüência, elabora-se um estudo apurado sobre a prescrição penal, dando o seu conceito, histórico, fundamentos, natureza jurídica e espécies, tecendo consideração especial sobre a prescrição retroativa e as alterações produzidas com a Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010. Por fim, faz-se uma análise da prescrição antecipada, utilizando-se tanto das opiniões doutrinárias quanto dos entendimentos jurisprudenciais, e, diante dos argumentos contrários e favoráveis, chega-se a ilação de que a prescrição antecipada possui grande amparo na falta de interesse de agir, sendo este seu principal argumento. O estudo em epígrafe constitui-se de investigação bibliográfica em todos os três capítulos, de caráter mais teórico nos dois primeiros, utilizando-se também de argumentos práticos no terceiro, a exemplo de entendimentos jurisprudenciais.

Palavras-Chave: Punibilidade. Prescrição Penal. Interesse de Agir. Utilidade do Processo. Prescrição Antecipada.

ABSTRACT

Versa, this research on early prescription of the penalty, also known as projected, virtual or prospective, and their reflections in penal area, a topic that generates much controversy involving a host of scholars and enforcers of law, which deals with the application or not prescription based on any penalty imposed. The divergence is guided on the one hand, in the absence of such law and the principle of obligation, due process, and the adversarial legal defense, as yet, the presumption of innocence and the right of the defendant's sentence merits. On the other hand, cares about the lack of just cause for the prosecution, considering the lack of the essential requirement to act in the interest of the principle of procedural economy and social reprimand as a sanction criminal prosecution. The study begins with the concept of power and duty to punish the state, posing briefly for the differentiation between the power to punish abstract and concrete, followed by the roll of the causes of criminality that cancel. Subsequently, we undertake a study found on prescribing criminal, giving the concept, history, rationale, legal status and species, weaving special consideration on the prescription backwards and the changes produced with Law 12.234 of 05 May 2010. Finally, it is an early analysis of the prescription, using both the doctrinal views and understandings of jurisprudence, and, in view of the arguments pro and contrary, you arrive at the inference that the prescription has great support in the early lack of interest to act, this being his main argument. The study is headed up the research literature in all three chapters, more theoretical in the first two, using also practical arguments in the third example of the jurisprudential understandings.

Keywords: Punishment. Criminal prescription. Interest Act. Usefulness of the Process. Advance prescription.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PODER DE PUNIR E À PUNIBILIDADE	10
2.1 Do direito de punir abstrato e concreto.	11
2.2 Das causas extintivas da punibilidade.....	14
3 DA PRESCRIÇÃO PENAL	18
3.1 Conceito de prescrição penal.....	19
3.2 Dos fundamentos da prescrição penal	19
3.3 Natureza jurídica da prescrição	21
3.4 Da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória.....	23
3.5 Da prescrição retroativa.....	25
4 DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA	33
4.1A prescrição antecipada e o interesse de agir.....	36
4.2 Prescrição antecipada e o princípio da economia processual	40
4.3 O constrangimento ilegal causado pelo processo penal.	41
4.4 A prescrição antecipada no curso da ação penal.	42
4.5 – Os argumentos contrários a prescrição penal antecipada.	44
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, várias questões vinculadas ao instituto da prescrição são objeto de debate entre os operadores do Direito. Dentre essas questões, a prescrição antecipada, também chamada “em perspectiva”, projetada ou virtual.

A visualizada prescrição penal antecipada é prescrição reconhecida previamente com base na provável pena concreta, que seria, em tese, fixada pelo juiz no momento de uma condenação futura.

A referida prescrição, longe de ser mera tese doutrinária, é um dado da realidade. Integrantes do Ministério Público têm preferido requerer o reconhecimento antecipado da prescrição à oferecer a denúncia. Juízes de primeira instância, agindo por provocação ou de ofício, têm reconhecido essa espécie de prescrição, no curso da ação penal ou até mesmo antes do recebimento da peça acusatória. Alguns tribunais do país, no julgamento de recursos ou de *habeas corpus*, vêm admitindo essa modalidade prescricional.

Essas decisões geram sérias conseqüências, que se confundem com os efeitos da prescrição antecipada, que são os mesmos efeitos da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que aquela pode ser considerada uma modalidade desta. As sérias conseqüências a que se referem atingem o Estado, o suposto autor do fato delituoso, a vítima e a sociedade.

Esse dado da realidade – a prescrição antecipada – em função justamente das suas sérias conseqüências, precisa ser objeto de profunda análise por parte dos operadores do Direito. O presente trabalho tem por escopo contribuir para essa análise, reunindo e confrontando as diferentes opiniões a respeito do tema.

Grande parte da doutrina e jurisprudência, contudo, não acolhe essa espécie de prescrição, pois, entre outros argumentos, como é o caso da inexistência de norma que possibilite sua aplicação, entende que o juiz se basearia numa pena ainda não aplicada, havendo, assim, um prejulgamento.

O método utilizado no presente trabalho fora o dedutivo, onde o estudo de normas gerais faz gerar conhecimento empírico acerca da realidade específica, alvo de análise no desenvolvimento deste trabalho.

Quanto ao método de procedimento foram adotados os seguintes: histórico – isso por partir da premissa de que o Direito contemporâneo é resultado da evolução histórica –, e por fim, o comparativo, pelo qual fora utilizado a investigação de vários institutos jurídicos, sendo analisadas as semelhanças e contrapontos.

Neste trabalho, antes de cuidar do tema proposto, imperiosa se faz uma abordagem ampla do instituto da prescrição. Será tratado, inicialmente e de um modo geral, o tema concernente ao objeto da prescrição, qual seja, a punibilidade e o direito de punir pertencente ao Estado, conceituando e indicando os fundamentos jurídico-sociais de sua existência.

Posteriormente, a prescrição será examinada de forma abrangente, mas sem a intenção de esgotar o tema, apenas com o intuito de expor o conceito, fundamentos, natureza jurídica, características gerais, e espécies desse instituto, dando uma ênfase especial a prescrição retroativa, já que é com base nela que se pode falar em prescrição antecipada.

Por fim, será analisado o ponto principal do trabalho, a prescrição penal antecipada e seus reflexos processuais, tratando da possibilidade de sua aplicação, ainda que não haja previsão legal.

Ressalta-se que a abordagem que aqui será efetuada não tem a pretensão de esgotar as vias de debate, mas apenas demonstrar a importância da aplicação da prescrição penal na sua modalidade antecipada na atual conjuntura do Direito Processual Penal Brasileiro.

2 O PODER DE PUNIR E À PUNIBILIDADE

Não há como falar em prescrição penal sem levar-se em consideração o direito de punir do Estado. A razão é óbvia: a prescrição penal incide sobre o direito de punir do Estado.

A pesquisa histórica mostra que o Direito Penal evoluiu da vingança privada para a assunção pelo Estado do monopólio da justiça punitiva. Isso porque, como ensina o *Marques de Beccaria*, os povos, cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda a parte, sacrificaram uma parcela de sua liberdade para gozar do resto com segurança.

Antes do surgimento do Estado, os conflitos sociais eram resolvidos pela própria sociedade e a pena aplicada aos infratores, o que ocorria pelas mãos do próprio ofendido e ao seu dispor, revestia-se puramente de vingança, por vezes uma ofensa maior àquela sofrida, não atendendo aos princípios de justiça.

Neste passado não remoto, os entraves eram solucionados pelos próprios cidadãos, num processo chamado autocomposição ou autodefesa. Em ambos os casos, geralmente prevalecia a lei do mais forte, não sendo esta a solução ideal.

Assim, diante do colossal desenvolvimento pelo qual tem passado a humanidade, o Estado avocou para si a tarefa de solucionar os litígios, eis que necessária seria a presença de um ente forte o bastante que tivesse capacidade de impor a sociedade suas decisões, justificando essa transmissão da titularidade do direito de punir, pela crueldade das penas aplicadas em tempos anteriores, quando ninguém poderia ajudar o autor de um crime, devendo este ser segregado da sociedade em que convivia. Conforme prelecionam Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO (2008, p. 27):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os impetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, com ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivum*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e

decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas.

Desse modo, o Estado, desde a abolição da vingança privada e da autotutela, passou a ser o único detentor do *jus puniendi*, que se restringe no poder de punir os indivíduos transgressores da Lei Fundamental Penal. Deve-se observar, no entanto, que tal poder não se caracteriza apenas como uma faculdade do Estado, mas como um dever, uma obrigação inerente à sua natureza. Trata-se do poder-dever estatal, exercido em diversos modelos e de diversas formas, sendo dividido em direito de punir abstrato e direito de punir concreto.

2.1 Do direito de punir abstrato e concreto.

O direito de punir abstrato vem a ser o direito que tem o Estado de definir quais violações à ordem jurídica devem ser consideradas infrações penais, por afrontarem os bens jurídicos mais caros à sociedade. No exercício do direito de punir abstrato, o Estado, além de definir violações, estabelece as sanções aplicáveis aos que forem por elas responsáveis.

Assim, tratando-se, por exemplo, de crime de furto, a *norma agendi* contida no art. 155 do CP delimita o âmbito de atividade humana, proibindo a prática do fato tipicamente descrito, sob efeito de sujeição às sanções penais cominadas no preceito secundário.

O direito de punir concreto, por sua vez, é o direito que tem o Estado de punir aquele que praticou uma conduta descrita como criminosa na lei penal anteriormente criada, ou seja, é o poder-dever do Estado em aplicar, no mundo dos fatos, a sanção imposta pelo legislador no preceito secundário da lei penal ao autor da infração, fixando os limites da pena a ser imposta, dosando-a e garantindo seu cumprimento. Acerca do tema, Betanho e Zilli (2007, p. 555-556) lecionam que:

Ao eleger determinados valores como essenciais para o resguardo do bem-estar social, o Estado chama para si a responsabilidade de protegê-los. Nesse campo, o Direito Penal constitui apenas uma das vias protetivas. É a mais grave, aliás. Afinal, ao responsável pela prática de condutas lesivas àqueles valores, o legislador comina uma sanção de natureza penal. A

simples previsão, note-se, fixa para o Estado um poder-dever punitivo que, em um primeiro momento, é latente, mas que assume concretude com a realização de uma conduta criminosa. Com efeito, é a partir desse momento que ao Estado incumbe a recomposição da ordem social mediante a imposição da sanção penal.

Capez (2006) argumenta que o poder de punir abstrato é genérico e impessoal, uma vez que dirigido a todos e não a uma só pessoa em específico, pois não visa a punição de determinado indivíduo, mas sim daquele que eventualmente transgredir a norma penal. Tal não é em relação ao *jus puniendi in concreto*, o qual dirige a força coercitiva do Estado a pessoa específica e determinada, de onde se erige o litígio penal. Na lição de Boschi (1993, p. 13):

É da prática, pelo homem, de fato previamente definido em lei como crime, (art. 1º do Código Penal, e art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), que nasce para o Estado o direito de punir, isto é, o direito de aplicar a sanção cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Ou seja, até o cometimento de um crime, o Estado detém o *jus puniendi in abstracto*, de maneira que a norma penal, acompanhada pela sanção correspondente, haja de forma coercitiva sobre as pessoas. Praticado um fato típico, ilícito e culpável, aquela pretensão do Estado que se direcionava a eventualidade de um crime, irá orientar na aplicação da pena ao agente do crime, em resposta à sociedade, ofendida pela ocorrência do delito. Consoante aduz Jesus (2003, p. 01):

Cometida a infração penal, o direito de punir, que era abstrato, passa a ser concreto. Antes o Estado tinha o direito de exigir a abstenção da prática criminosa. Realizado o fato delituoso, a relação entre o Estado e o delinqüente, que antes era de simples obediência penal, consubstanciada no preceito primário da lei incriminadora, tem seu suporte legal no preceito secundário, que comina a sanção, denominando-se relação jurídico-positiva. Esse *jus puniendi* concreto, verdadeiro poder-dever de punir, e não simples faculdade de punir, estabelece uma relação real, de natureza jurídico-penal, entre o Estado e o sujeito ativo do crime.

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

A prescrição penal, é preciso observar, diz respeito exclusivamente ao direito de punir concreto, nas suas duas fases – ação penal de conhecimento e

execução penal. Daí decorrerem as duas espécies prescricionais, da pretensão punitiva e da pretensão executória, que serão examinadas oportunamente.

De outro vértice, não é possível falar sobre a prescrição penal sem que se faça referência à punibilidade. Afinal, aquela é uma das causas de extinção desta. Para Lemos (2008, p. 36):

Punibilidade é a possibilidade de efetivação em concreto da pretensão punitiva estatal, que deverá ocorrer obedecendo a parâmetros, como o prazo, daí pode ocorrer uma causa extintiva da punibilidade, no caso a prescrição penal, isto se não observado o prazo para a conclusão da pretensão punitiva ou executória. Podemos afirmar que a punibilidade é a relação entre o Estado e o infrator que se estabelece com a violação da norma (...).

Com a prática do delito surge a relação jurídico-positiva, de natureza concreta (direito de punir concreto), estabelecida entre o Estado e o delinqüente, que se denomina *punibilidade*. Nas palavras de Greco (2007, p. 709):

A punibilidade é uma conseqüência natural da prática de uma conduta típica ilícita e culpável levada a efeito pelo agente. Toda vez que o agente pratica uma infração penal, isto é, toda vez que infringe o nosso direito penal objetivo, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o sue *jus puniendi*.

É de bom alvitre ressaltar que sendo a punibilidade conseqüência jurídica do crime, a qual se traduz na possibilidade do Estado em aplicar uma sanção ao transgressor da norma penal, deve ela respeitar os princípios e garantias constitucionais. Então, somente pode advir punição a alguém por meio do devido processo legal, honrados a ampla defesa e o contraditório, tendo uma acusação lastreada em elementos concretos e estando presente as condições básicas da ação.

A punibilidade nasce, pois, com a prática do crime, por que este tem como conseqüência necessária a punição. Entretanto, é preciso observar que a ocorrência do crime nem sempre é suficiente para determinar a punibilidade respectiva. Às vezes, a aplicação da pena depende da existência de outros pressupostos ou circunstâncias, conhecidos como condições objetivas de punibilidade e fundamentos excludentes da pena.

Na definição de Santos (2002, p. 273), as “condições objetivas de punibilidade consistem em determinados requisitos ou certos resultados cuja existência objetiva condiciona a punibilidade da ação típica, antijurídica e culpável”. São exemplos de condições objetivas de punibilidade: a sentença declaratória de falência, em relação aos crimes falimentares; o resultado morte ou lesão corporal grave no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122).

Ainda segundo Santos (2002, p. 273.) os fundamentos excludentes da pena “constituem circunstâncias cuja presença exclui a punibilidade já caracterizada de ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Como exemplos, o autor cita a imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (CF, art. 53), a relação de parentesco no favorecimento pessoal, entre outros.

Ordinariamente, a punibilidade se extingue com o cumprimento da sanção penal imposta ao autor do delito. Assim, se alguém cometeu um crime e foi condenado a pagar uma multa, a punibilidade se extingue com o pagamento dessa multa.

Se é certo que o Estado possui o poder-dever de punir aquele que praticou um fato típico ilícito e culpável, também é certo que o Estado, em determinadas situações previstas expressamente em seus diplomas legais, pode abrir mão ou mesmo perder esse direito de punir. Mesmo que, em tese, tenha ocorrido uma infração penal, por questões de política criminal, o Estado pode, em algumas situações por ele previstas expressamente, entender por bem em não fazer valer o seu *jus puniendi*, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de extinção da punibilidade, cujas causas estão previstas no art. 107 do Código Penal.

2.2 Das causas extintivas da punibilidade

Deve ser frisado que quando nos referimos a causas de extinção da punibilidade estamos diante de dados que não interferem na infração penal em si, mas, sim, que a existência desses dados pode impedir que o Estado, mesmo

existindo a infração penal, seja impedido de exercitar o seu direito de punir. Segundo Prado (2006, p. 719):

Após a realização da ação ou omissão típica, ilícita, e culpável, podem sobrevir determinadas causas que extinguem a possibilidade jurídica de imposição ou execução da sanção penal correspondente. São as denominadas *causas de extinção da punibilidade*, motivadas por certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política (...). As causas de extinção da punibilidade implicam renúncia, pelo Estado, do Exercício do direito de punir, seja pela não-imposição de uma pena, seja pela não execução ou interrupção do cumprimento daquela já aplicada.

Sendo assim, existem ocorrências que determinam a extinção da punibilidade antes que o Estado tenha a oportunidade de exercer o seu direito de punir concreto.

Isso decorre do fato de que, com a prolação da sentença penal condenatória e seu trânsito em julgado, havendo, portanto, a certeza jurídica da culpabilidade e o interesse real na execução da pena já devidamente imposta, podem incidir causas que fazem com que a pena seja considerada mal maior à sociedade do que a impunidade. Tais fatos podem fazer cessar a pretensão, isto é, o interesse na punição, uma vez que se torna infrutífero ao Estado aplicar ou executar a pena.

As causas ditas extintivas de punibilidade são aquelas que eximem o acusado de pena, ainda que não seja ele inocente, amparadas em situações, acontecimentos ou fatos que surgem após a conduta ilícita, reconhecendo, a lei, a eficaz exclusão da pretensão punitiva do Estado.

O Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, a respeito das causas extintivas de punibilidade, manifestou serem passíveis de extinção de punição, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência e oportunidade política.

Não se confundem com as chamadas causas justificativas (excludentes de ilicitude ou antijuridicidade) ou as de isenção da pena (também chamadas de excludente de culpabilidade), pois ocorrem após o fato delituoso.

Não se confundem, também, com as chamadas escusas absolutórias. Essas isentam de pena o acusado por questões de política criminal. É o que ocorre com os crimes contra o patrimônio praticados por infratores contra ofendidos que

possuem ligação ou vínculo familiar (seja por afinidade ou por consangüinidade), e desde que não haja violência ou grave ameaça à pessoa (art. 181 e 182 do Código Penal).

As causas extintivas de punibilidade, provenientes de certas contingências, extinguem a possibilidade jurídica de imposição de pena ou de sua execução. Importa em renúncia, por parte do Estado, do poder-dever de punir, seja pela não imposição de pena, seja pela não execução ou interrupção do cumprimento daquela já aplicada.

A primeira delas é a morte do agente, que tem por fundamento o princípio *mors omnia solvit*, o qual prescreve que a morte tudo apaga ou tudo dissolve, tendo em vista não ser possível a aplicação da pena aos descendentes do agente, consoante o princípio constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa delinqüente.

Outras causas de extinção de punibilidade são a anistia, o indulto e a graça. Pela a anistia, o Estado renuncia o seu *ius puniendi*, perdoando a prática de infrações penais que, normalmente, têm cunho político. A regra, portanto, é de que a anistia se dirija aos chamados crimes políticos¹. Contudo, nada impede que a anistia também seja concedida a crimes comuns. A concessão de anistia é de competência da União, conforme preceitua o art. 21, XVII, da Constituição Federal, e se encontra no rol das atribuições do Congresso Nacional

O indulto, por sua vez, exclui apenas a punibilidade de um grupo de sentenciados e não o crime, já a graça, se dá com a exclusão, total ou parcial, da punibilidade de pessoa determinada, sendo ambos de competência do Presidente da República.

A *abolitio criminis*, como é chamada a retroatividade da lei que não considera o fato como criminoso, também é causa de extinção, prevista no inciso III, do artigo 107, da Lei Substantiva Penal.

¹ Conforme a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que, por intermédio de seu art. 1º, concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Segundo Greco (2007, p. 715), "ocorre a chamada abolitio criminis quando o Estado, por razões de política criminal, entende por bem em não mais considerar determinado fato como criminoso".

Extingui-se a punibilidade, ainda, pela prescrição, que será detalhadamente analisada no próximo capítulo, pela decadência, que é a perda, pelo não exercício no prazo legal, da ação penal privada ou da representação; pela perempção, uma espécie de sanção ao querelante, por deixar de promover atos que lhe competiam, durante determinado período de tempo, suas hipóteses estão previstas no artigo 60, da Lei Adjetiva Penal; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite e pelo perdão judicial, nos casos em previstos em lei.

É preciso registrar que o elenco do art. 107 do Código Penal não exaure as causas de extinção da punibilidade do Direito Penal Brasileiro, pois existem outras que não estão previstas nesse dispositivo, a exemplo do cumprimento do período de prova no *sursis* (art. 82 do CP) e no livramento condicional (art. 90 do CP), entre outros.

3 DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição é um dos temas clássicos do Direito Penal provocando inúmeras discussões, porque confronta dois intensos sentimentos da alma popular: a punição e o esquecimento.

A passagem do tempo esmaece ou mesmo apaga a lembrança do fato punível fazendo cessar o alarma e o desequilíbrio social causado pela prática do crime. De acordo com Costa (1998, p. 2066):

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

A prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde o seu *ius puniendi*, o seu direito de punir. O vocábulo prescrição provém do latim *praescriptio*, que deriva do verbo *praescribere*, e tem como significado, o ato de escrever antes ou no começo.

Analisando sob uma ótica geral, é possível verificar que o instituto da prescrição é aplicado em todos os ramos do ordenamento jurídico. Isso porque retira seu fundamento de um dos princípios mais importantes: o princípio da segurança jurídica.

Seu real objeto cinge-se às pretensões exigíveis pela parte interessada, considerando tratar-se de exceção oposta ao exercício da ação, que tem por escopo extingui-la, fundando-se em um interesse jurídico-social. Assim, a prescrição age diretamente contra a inércia do titular, que deixa de propor ação, a fim de restaurar a estabilidade do direito. Nas palavras de Greco (2007, p.731):

Poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade.

A prescrição pode ser vista sob diversos prismas. Esses diferentes enfoques determinam a existência de diferentes conceitos de prescrição.

3.1 Conceito de prescrição penal

Alguns penalistas enxergam na prescrição a renúncia ao direito de punir. Assim, Garcia (1956, p. 699) ensina que a prescrição é "a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo". Nesse sentido, a prescrição representa a renúncia do Estado ao efetivo poder de punir.

A respeito desse conceito de prescrição, Marques (1999, p. 497) observa que essa renúncia "só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não no plano de sua aplicação após estar promulgada".

Outros autores destacam na prescrição a perda do direito de punir. Para Jesus (2003 p.17), "a prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo".

Do conceito exposto, a prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado.

3.2 Dos fundamentos da prescrição penal

Diversos são os fundamentos da prescrição. De forma sintetizada Palotti Júnior (1994, p. 303) afirma que:

Merecem destaque apenas os mais significativos: a presunção de emenda do criminoso, dela decorrendo a desnecessidade do castigo; o esquecimento, pela sociedade, do crime cometido, acarretando o desinteresse na punição; o remorso do criminoso, que presume-se tenha expiado sua culpa de forma suficiente, durante determinado lapso de tempo; a transmutação psíquica do infrator, consequência do decurso do tempo e

que o transforma em outro homem, não, mais aquele que perpetrou o crime e, finalmente, a dificuldade na coleção de provas, que impossibilitaria “uma justa apreciação do delito cometido, no dizer de Aníbal Bruno, secundado por Antônio Rodrigues Porto.

Do conceito exposto, observa-se que com relação à fundamentação do instituto prescricional, diversas teorias foram criadas, dentre elas:

Teoria do esquecimento – preceitua que, após o transcurso do lapso temporal contado da prática de um delito, sem que ocorra a punição do delinqüente, a infração praticada torna-se imemoriável no seio da sociedade, não subsistindo, dessa forma, interesse a ser protegido. Na lição de Benedetti (2009, p. 109):

Para esta teoria, o tempo faz com que a sociedade, pouco a pouco, esqueça o crime, diminuindo a intranqüidade social, bem como o desejo da obtenção de satisfação do ofendido. Como consequência lógica disso, não haverá mais interesse em punir o acusado.

Teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso – baseia-se no fato de que o criminoso sofre de forma suficiente no curso demorado do processo, compensando, então, o castigo, pelo sofrimento moral.

Benedetti (2009, p. 110), mais uma vez se pronunciando sobre o tema, afirma que “a teoria da expiação moral presume que o culpado, num determinado lapso de tempo, expiou, isto é, sofreu as conseqüências de sua falta com as angústias que sofreu ao longo deste tempo”.

Teoria da dispersão das provas – que tem como alicerce o argumento de que, com o decurso do tempo, a colheita das provas se torna mais difícil e mais passível de erros.

Teoria psicológica – o decurso do tempo faz com que o delinqüente modifique seu modo de agir, eliminando o nexos psicológico entre o fato e o agente. Sustenta-se na idéia de alteração da constituição psíquica do culpado em razão do decurso do tempo. Benedetti (2009, p. 113), assevera que:

A teoria psicológica busca justificar a prescrição, fundamentando-se no fato de que o tempo transforma, isto é, altera a formação psíquica do culpado, pelo rompimento do nexos psicológico entre o fato e o infrator.

Essas teorias, analisadas em conjunto, servem de sustentáculo para o instituto em tela, onde se observa que o fundamento da prescrição reside no fato de

que a justiça demasiadamente tardia não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação, a pena, com o transcurso do tempo, acaba por perder o seu cunho de necessidade e o seu caráter finalístico, e sua serôdia execução, deixa de ser um ato de justiça profícua, para se tornar um simples capricho da vingança.

3.3 Natureza jurídica da prescrição

É de bom alvitre ressaltar que há um embate doutrinário sobre o tema concernente à natureza jurídica desse instituto. Quando os estudiosos do Direito Penal discutem a natureza jurídica da prescrição, buscam definir se as normas que a regulam são de direito substantivo ou processual.

Essa definição tem importância prática. Se as normas que regulam a prescrição são processuais, então a lei nova que amplia o prazo prescricional tem aplicação imediata, por força do art. 2º do Código de Processo Penal. Ao contrário, se são normas de direito substantivo, segue-se que a lei nova mais gravosa não pode ser aplicada, em obediência ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, inc. XXXIX, e art. 1º do CP). Na lição de Fragoso (1994, p. 404):

os que afirmam o caráter puramente processual da prescrição, vêem nela apenas uma suspensão ou impedimento do processo, entendendo que o decurso do tempo não pode transformar a punibilidade em impunibilidade

Para outros, contudo, a prescrição penal tem natureza material, pertencendo aos limites do Direito Penal. Isto porque ela extingue o direito de punir do Estado, surgido com a prática do crime; é dizer, aniquilada a punibilidade de maneira direta e imediata.

Com efeito, Jesus (2003 p. 17-18) assevera:

Parte da doutrina entende que a prescrição é instituto de direito processual penal, uma vez que constitui obstáculo ao início ou prosseguimento da persecução criminal. Em face dela subsiste o direito de punir do Estado, não atingido pelo decurso de tempo. Em sentido diverso, alguns doutrinadores a consideram de caráter penal, de direito material, extinguindo o poder-dever de punir do Estado. Em posição intermediária, há o entendimento de que possui caráter misto, constituindo instituto ao mesmo tempo de direito penal

e de direito processual penal. Entendemos que a prescrição constitui matéria de direito penal, não de direito processual penal. Esse é o sistema de nossa legislação, que inclui entre as causas extintivas da punibilidade, disciplinando-a em várias disposições do CP (arts. 107, IV, 1ª figura, e 108 a 118).

No Brasil, a maioria dos penalistas situa a prescrição no direito material. Além de Damásio E. de Jesus, acima mencionado, podem ser citados: José Júlio Lozano Jr, Álvaro Mayrink da Costa, Celso Delmanto, Cesar Roberto Bittencourt, Luis Régis Prado, entre outros.

Deve ser ressaltado, ainda, que a prescrição é matéria de ordem pública e pode ser reconhecida *ex officio* ou a requerimento de qualquer das partes, conforme preceitua o artigo 61 do Código de Processo Penal.

Por fim, urge consignar que, dependendo da ocorrência de alguns fatos, a contagem do prazo prescricional pode ser interrompida (causas interruptivas da prescrição) ou suspensa (causas impeditivas ou suspensivas da prescrição).

A interrupção faz com que o lapso temporal já transcorrido seja descartado, voltando o termo inicial da prescrição da data em que cessar a causa da interrupção. O rol de causas interruptivas é descrito, *numerus clausus*, no artigo 117 do CP, lembrando que a Lei nº 9.268/96 instituiu mais uma causa interruptiva, qual seja, o despacho do magistrado que determina a citação do réu para o pagamento de multa.

A suspensão, por outro lado, é denominação da paralisação do curso da prescrição, sem que se perca o tempo já decorrido. Logo, cessada a causa impeditiva (artigo 116, CP²), a contagem do tempo é retomada de onde havia parado, computando-se o tempo já esvaído.

Convém, também, esclarecer que a prescrição pode se dar antes, durante ou após o curso do processo vez que, como entende a doutrina majoritária, o decurso do tempo derrota o interesse estatal em apurar a infração, aplicar a pena ou em exigir seu cumprimento. Neste diapasão, consubstanciando-se no momento em que se encontra, é possível diferenciar as diversas modalidades de prescrição.

² Diferentemente do que ocorre com as causas interruptivas da prescrição, o artigo 116, do CP, não esgota todas as possibilidades de se suspender o curso da prescrição, que é possível, por exemplo, durante o período de cumprimento da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, parágrafo 6º, da Lei 9099/95.

3.4 Da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória

Tem-se que a prescrição possui duas formas principais, definidas pelo momento em que ocorrem. Divide-se a prescrição penal em prescrição da pretensão punitiva (ou da ação), que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e, prescrição da pretensão executória (ou da pena), que ocorre após o trânsito em julgado, quando a sanção imposta não é executada.

A prescrição da pretensão punitiva tem origem no Direito Romano. A *Lex Julia de Adulteriis*, de 18 a.C., fixou o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes nela previstos – adultério, estupro e lenocínio. Já a prescrição da pretensão executória é bem mais recente, tendo sido introduzida pelo Código Penal Francês de 1971.

Quando ocorre uma infração penal, nasce para o Estado o direito de punir concreto, ou seja, o direito de aplicar a pena cominada à infração perpetrada. O exercício desse direito é limitado temporalmente pela prescrição em dois momentos. Num primeiro momento, há um limite temporal para o Estado obter uma sentença penal condenatória. Num segundo momento, há um limite temporal para o Estado executar essa sentença. Naquele primeiro momento, fala-se em *ius puniendi*; neste, em *ius punitiois*.

Bitencourt (2006) ensina que da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitiois* decorre a classificação da prescrição penal em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

A primeira modalidade citada, também denominada prescrição da ação penal é uma espécie prescricional que acarreta a perda do Direito do Estado-Administração de exigir do Estado-Juiz uma decisão sobre o mérito da acusação judicialmente formulada. Assim sendo, a prescrição da pretensão punitiva ocorre sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse contexto, Jesus (2003, p. 23.) explica:

Na prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada 'prescrição da ação', a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange a pretensão

(punitiva) de o poder judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva.

Sobre o tema, Greco (2007, p. 732) leciona que:

Por intermédio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial. Embora, em algumas situações, o Estado chegue até a proferir um decreto condenatório, tal decisão não terá força de título executivo, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

A prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em: prescrição em abstrato, descrita no artigo 109, *caput*, CP, prescrição superveniente à sentença condenatória recorrível, também denominada intercorrente, artigo 109, *caput*, *c/c* o artigo 110, § 1º, ambos do CP, e prescrição retroativa, prevista pelo artigo 109, *caput*, *c/c* o art. 110, §§ 1º e 2º, ambos do CP.

Na lição de Zaffaroni; Pierangeli (2002, p. 754), a prescrição da pretensão punitiva é aquela que se verifica “antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória e acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém”.

Convém ponderar que a espécie prescrição da pretensão punitiva se subdivide em outras quatro subespécies, que serão analisadas abaixo, salvo a prescrição em perspectiva ou antecipada, a qual será objeto de uma análise mais acurada no capítulo seguinte. Veja-se:

Prescrição em abstrato – é a que se dá com base no máximo da pena previsto na lei penal incriminadora, assim, para saber qual o prazo da prescrição incide no caso concreto, basta verificar qual é a pena máxima cominada pelo tipo penal e encontrar o inciso correspondente no artigo 109, da Lei Fundamental Penal;

Prescrição superveniente (subseqüente ou intercorrente) – ocorre nos casos em que, ao ser verificado dentre os incisos do artigo 109, Código Penal, a pena imposta pelo Juiz na sentença condenatória, a qual deve ter transitado em julgado para a acusação, mostra-se prescrita diante do transcurso de tempo entre a data da prolação da sentença e o trânsito em julgado para a defesa;

Prescrição retroativa – é a perda do direito de punir do Estado, que se dá quando o lapso temporal decorrido antes da sentença (denúncia – sentença) é maior do que o estipulado para prescrever a pena aplicada *in concreto* pelo juiz.

No que concerne a figura da prescrição retroativa é de bom alvitre tecer algumas considerações, haja vista que a prescrição antecipada, como o próprio nome já induz, nada mais é do que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa.

3.5 Da prescrição retroativa

Como fora dito, a prescrição retroativa orienta-se pela pena em concreto, voltando-se para o passado, a fim de abranger o período anterior à sentença de mérito. Segundo Nucci (2005, p. 472), a prescrição retroativa:

É a prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada, sem recurso da acusação, ou improvido este, levando-se em conta prazos anteriores à própria sentença. Trata-se do cálculo prescricional que se faz de frente para trás (...).

Não contemplada por nenhum outro Código do direito alienígena, a prescrição retroativa teve sua origem no Pretório Excelso a partir de uma corrente jurisprudencial que se formou após alguns anos do advento do Código Penal de 1940, que passou a considerar a pena concreta aplicada na sentença de forma retroativa, isto é, enquanto não havia sentença condenatória, a prescrição era regulada pelo máximo da pena cominada ao crime (pena *in abstracto*). Contudo, após a sentença condenatória e fixada a pena da sentença, o respectivo montante era utilizado para ser verificado o cálculo da prescrição, em fases anteriores do processo.

Seu maior defensor, no Supremo Tribunal Federal, foi o Ministro Nelson Hungria. Mas, como forte combatente à retroatividade, opunha-se o Ministro Luiz Gallotti, cada qual com seus pontos de vista. Com tamanha divergência e amplitude de fundamentos, surgiram, então, variados debates, vindo a se tornar vencedora aquela posição que defendia a retroatividade da prescrição.

Na verdade, o início da discussão sobre a prescrição retroativa deu-se com o Decreto nº 4.780 de 27 de dezembro de 1923. Os juristas divergiam das opiniões em relação ao fato de se poder ou não, o decreto supracitado, permitir a

retroatividade pela pena *in concreto* para que fosse atingida a extinção da punibilidade.

Após vários anos de debates sobre a possibilidade de poder ou não ser aplicada a prescrição retroativa pela pena em concreto, o Pretório Excelso, em julgamento de *Habeas Corpus* (nº 29.370), por unanimidade, concedeu a ordem acolhendo a tese da prescrição retroativa, árdua e longamente debatida, entendendo que o parágrafo único, do art. 110 do Código Penal de 1940, admitia a prescrição da pretensão punitiva e no *caput*, a prescrição da pretensão executória.

Contudo, no ano de 1947, o Supremo Tribunal Federal, retrocedendo, denegou a ordem de *Habeas Corpus* de nº 29.922, decidindo que o antigo parágrafo único do art. 110 do CP, cuidava da prescrição superveniente à sentença condenatória, logo não poderia reconhecer a extinção de punibilidade, tendo como referência prazo anterior à publicação da sentença.

Cristalizou-se a prescrição retroativa a partir da Súmula nº 146, cujo teor é *in verbis*: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Mesmo não sendo essa súmula evidente no que tange à retroatividade da prescrição, o Supremo Tribunal Federal, até hoje, a interpreta nesse sentido, tendo sido acompanhada essa mesma interpretação por todos os tribunais do país, excetuando-se alguns magistrados daqueles tempos.

Diante de várias discussões acerca da aplicação da Súmula 146, como, por exemplo, se haveria sempre necessidade de recurso do réu para sua aplicabilidade; se havendo recurso da acusação já não seria aplicável a súmula, entre outras indagações, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que a súmula somente poderia ser aplicada se houvesse recurso do réu, e que, havendo recurso da acusação, somente impediria a sua aplicação se houvesse pleito de agravação de pena.

Não poderia ser a súmula aplicada quando houvesse condenação em segunda instância, como também não se reconhecia o período que antecedia a denúncia. O lapso prescricional poderia ser aferido apenas entre a denúncia e a sentença.

O Código de 1969 fez sinal de não acolhimento da retroatividade. Entretanto, encampada posteriormente pela reforma de 1973, teve justificada na Exposição de Motivos pelo Ministro da Justiça, em 21 de agosto do mesmo ano que,

mesmo diante das diversas discussões doutrinárias e da tomada de posição do legislador de 1969, ele se manifestava no sentido de acolhimento da prescrição retroativa, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em posição predominantemente firmada, ao interpretar o art. 110, parágrafo único do Código de 1940, consagrava a prescrição retroativa conforme a súmula 146.

A discussão tinha como objeto a exceção prevista no parágrafo único do art. 109, do Código Penal de 1940: se da sentença somente o réu recorrer, a base de cálculo da prescrição é a pena concretizada na sentença, e não mais a cominada no crime. É de ser observado que, neste caso, é necessário pressupor efetivamente o recurso do réu, isto é, deveria haver, isoladamente, recurso do réu.

Impunha-se a exceção porque, apelando da sentença somente o réu, a pena não poderá ser agravada pela instância superior – caso contrário, incorreria na *reformatio in pejus* –, tornando-se a sentença irreformável quanto ao seu máximo, mesmo que ainda não fosse ela definitiva. Manifestando-se sobre essa questão, Carvalho Filho (1988, p. 360-361) aduz:

Não se perca de vista, principalmente, que o fato de ser esse recurso, exprime que a sociedade, por seus órgãos, se conformou com o grau de condenação. E com a sociedade, a parte ofendida se for o caso. Nada justificaria, em face dessas circunstâncias, o apego, quase fetichista, à pena legal, quando na hipótese, a pena judicial é conclusão a que a justiça chegou, depois de exame presumidamente cuidadoso, e conclusão inalterável, a não ser para benefício do acusado.

Contudo, questiona Carvalho Filho (1988), se da data da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido inicia-se a contagem do prazo prescricional com base na pena concreta, por que não poderá ser o prazo contado também quando somente o réu possa recorrer?

Ao Ministro Luís Gallotti, relator de um dos vários arestos sobre a matéria, foi apresentada a questão. Para ele, a prescrição pela pena em concreto somente deveria ser contada a partir da condenação, isto é, no dia em que fosse proferida a sentença condenatória recorrível, o prazo prescricional se interrompe, observando o dispositivo previsto no art. 117, IV, do Código Penal. Assim, zerado o prazo prescricional, tem-se início a um novo prazo a ser contado novamente por inteiro (art. 117, § 2º do Código Penal de 1940).

Ensina o Ministro não se saber, nesse momento, se vai ou não haver recurso da sentença (apelação), seja da acusação ou da defesa. Caso não haja, a sentença transita em julgado e daí em diante tem-se a prescrição da condenação regulada pela pena imposta na sentença (art. 110).

Por outro lado, a defesa e a acusação apelam, ou se somente a acusação o faça, entende o Ministro que ainda aqui se trata de ser regulada a prescrição pela pena abstrata. Entretanto, se houver recurso somente do réu, a situação se altera por força do parágrafo único do art. 110, do Código Penal: a pena que passa a regular a prescrição é a pena proferida na sentença. Ressalta Luiz Gallotti (apud, Carvalho Filho (1988, p.363) que:

Entender de outro modo, entender que embora apenas só se concretize na sentença, antes desta já se deve levar em conta a pena concreta para efeito de prescrição, seria, *data vêniam*, além de ilógico, esquecer que a mesma sentença também interrompeu a prescrição e que, conforme acentua *Garraud*, a interrupção torna inútil, apaga o lapso de tempo que antes dela decorreu, isso apesar de nem pronunciar a lei francesa a palavra interrupção.

Representando a minoria no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Nelson Hungria Justificou que a redação do parágrafo único foi assim colocada para que a prescrição nele determinada retroagisse à data da última causa interruptiva, sendo inadmissível que a sentença condenatória possa interromper uma prescrição que, relacionada à pena, já se consumou.

Vê-se que à época havia uma resistência em reconhecer a retroatividade da prescrição. Com a alteração da composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o pensamento da retroatividade, contrariamente ao momento anterior, passou a valer com a supracitada súmula 146 do STF, editada em 1964. Nessa época ainda não se admitia poder a prescrição retroativa atingir o lapso temporal antes da denúncia, ou seja, à data do fato, ocorrendo somente posteriormente.

Com o advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, se deu início, propriamente, à consagração da prescrição retroativa. O art. 110 passou a contar com os parágrafos 1º e 2º, determinou-se a prescrição pela pena em abstrato e a prescrição pela pena em concreto, permitiu-se então, por lei, a retroatividade entre o recebimento da denúncia e a sentença.

Mas foi somente a partir de 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal, que se cristalizou a prescrição da pretensão punitiva retroativa prevista no art. 110 do CP.

A partir dessa reforma passou-se também a ser admitida data anterior ao recebimento da denúncia para efeito da prescrição retroativa, bem como ficou definitivamente acertada a posição de ser a prescrição retroativa uma espécie do gênero prescrição da ação, e não da pena (pretensão executória).

Para uma melhor compreensão do que fora dito, mostra-se salutar o ensinamento de Prado (2006, p. 738), o qual aduz que:

Assim, se entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou se entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença condenatória excede-se o lapso prescricional – aferido com base na pena *in concreto* –, aplica-se a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

Ocorre, contudo, que recentemente, em 5 de maio de 2010, surgiu a Lei nº 12.234, com a finalidade de acabar com a chamada prescrição retroativa, ou seja, aquela que era contada da data do cometimento do fato até a data do efetivo recebimento da denúncia.

O cálculo da prescrição pode ser feito de duas formas: no primeiro, leva-se em consideração a pena máxima cominada em abstrato para cada infração penal; no segundo, considera-se a pena efetivamente aplicada na sentença penal condenatória e, com base nessa pena, todos os cálculos são refeitos, levando em conta os marcos cuja finalidade seja interromper a prescrição. Esse cálculo era iniciado partindo-se da data do fato em que a infração penal foi praticada, até o primeiro marco interruptivo da prescrição, vale dizer, a data em que a denúncia foi recebida.

Hoje, em virtude da nova lei, esse lapso temporal não mais será considerado para efeitos de reconhecimento de prescrição, partindo-se da pena aplicada pela sentença penal condenatória recorrível, mas tão somente para efeitos de cálculo relativo à prescrição pela pena cominada em abstrato.

Para efeitos de visualização do que se tem afirmado, imagine-se a seguinte hipótese: Alfredo, no dia 10 de março de 2005, praticou um crime de furto (consumado). A pena correspondente ao delito de furto simples varia de um a quatro anos de reclusão. A prescrição, considerando-se a pena em abstrato, ocorrerá em

oito anos, de acordo com o disposto no art. 109, V, do Código Penal. No entanto, a título de raciocínio, vamos supor que a denúncia tenha sido recebida no dia 10 de abril de 2009, ou seja, pouco mais de quatro anos após a prática do furto. Em 5 de janeiro de 2010, o juiz proferiu a decisão e condenou o autor do crime ao cumprimento de uma pena de um ano de reclusão.

Com base no conhecimento da pena concretizada na sentença condenatória recorrível, isto é, um ano de reclusão, teríamos de refazer os cálculos prescricionais, e nosso primeiro ponto de partida seria, justamente, a data do fato, ou seja, a data em que o crime se consumou, vale repetir, em 10 de março de 2005. Se entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia tivesse decorrido período igual ou superior a quatro anos (art. 109, V, do CP), teríamos de, obrigatoriamente, reconhecer a chamada prescrição retroativa, o que conduzia, fatalmente, à extinção da punibilidade.

Agora, em razão da nova Lei, esse cálculo já não será mais permitido. Assim, ou ocorrerá a prescrição levando-se em consideração a pena máxima cominada em abstrato, ou os cálculos, com base na pena concretizada na sentença condenatória, partirão do primeiro marco interruptivo da prescrição, vale dizer, a data do recebimento da denúncia.

A prescrição retroativa deve ser interpretada como a garantia de celeridade processual. Isso significa que a prescrição retroativa pode ser interpretada, essencialmente, como uma garantia do direito do acusado em ter contra si o desenvolvimento de um processo criminal célere, pois, uma vez havendo o descumprimento dos atos praticados pelos órgãos do Estado-Administração, ou sendo desrespeitados os prazos prescricionais em abstrato, seja por inércia ou qualquer ingerência do Estado, sobrevém a extinção de punibilidade pela pena em concreto (menor lapso temporal), retroativamente, que passa a ser considerada, nestas circunstâncias, a tradução de uma explícita impunidade.

A possibilidade de ser atingida a prescrição retroativa vincula os agentes da persecução penal à rapidez, os impulsionando para a obtenção da garantia da punição efetiva, bem como atua como proibição de persecução prolongada, além dos limites temporais traçados.

Assim, a prescrição retroativa funciona, concomitantemente, como a designação de um dever limitado no tempo, como também na proibição dos excessos ou abusos no cumprimento desse dever.

Mais uma situação nos mostra que o princípio da eficiência constitui-se na estrutura basilar do instituto da prescrição e na adequada e justa prestação jurisdicional.

O fundamento da prescrição em abstrato, antes de transitar em julgado a sentença, ampara-se no fato de ser possível impor-se ao réu a pena máxima prevista no crime que lhe é imputado. Até este momento, não há a menor possibilidade de saber qual a pena que será imposta em caso de condenação, ou ainda se será o réu absolvido.

Com a sentença condenatória, tem-se o *tantum quantum* justo a que deverá ser submetido o réu, em tese, no cumprimento de sua pena. Mas, havendo recurso da acusação, poderá ser a pena majorada, o que não ocorre em relação ao recurso do réu, em virtude da proibição da *reformatio in pejus*.

A prescrição retroativa consta do art. 110 do Código Penal e seu § 1º, cujo teor é o que se segue:

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

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Necessário se faz, portanto, o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ou que tenha sido negado provimento ao seu recurso. Tal exigência do legislador justifica-se para saber que a pena imposta na sentença não poderá ser majorada, obtendo-se a pena para que seja verificado o lapso prescricional da prescrição retroativa.

Entretanto, o art. 117 do Código Penal, apresenta, em seis incisos, as causas que interrompem a prescrição. Dentre elas, temos a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, IV, CP).

Portanto, sendo publicada a sentença condenatória, ou o acórdão condenatório recorríveis, o curso da prescrição é interrompido, zerando-se o prazo anterior e iniciando-se uma nova contagem.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal havia assim se manifestado: A prescrição se interrompe na data da publicação da sentença condenatória (STF – HC 54.925, DJU 1º, 4.77, 1966) em mão do escrivão, a teor do art. 389 do Código de Processo Penal ou, se publicada a sentença em audiência, é nessa data que ocorre a interrupção, pois passou a ser conhecida pelas partes (STF – RTJ 62/54).

A publicação da sentença, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, se dá no momento em que ela é recebida no cartório (RTJ 51/658 e 71/850). Não se pode confundir publicação da sentença em mãos do escrivão, que interrompe a prescrição, com publicação para efeito de intimação das partes. Jesus (2003, p. 294), assevera:

Entendemos também que a prescrição se interrompe na data em que o escrivão recebe a sentença do juiz, independentemente do registro e de outras diligências. Caso contrário, seria deixar ao critério do escrivão a contagem do prazo, o que certo não quis a lei.

Se a condenação for proferida pelo Tribunal, é na data da sessão de julgamento que se interrompe a prescrição (STF – RTJ 62/54 e 87/827).

Com as considerações traçadas acima, verifica-se que a prescrição retroativa possui legitimidade e legalidade para seu uso, uma vez que utiliza, para efeito de prescrição, a pena proferida na sentença com trânsito em julgado para a acusação (art. 110, § 1º do CP).

Verificada sua legitimidade, legalidade e/ou utilidade, é de se entender que a prescrição retroativa, desde que devidamente aferida, possui legitimidade jurídica para, por meio da pena concreta, considerada, portanto, justa para aquele caso, possa atingir a extinção da punibilidade que somente pode vir a ocorrer pela ineficiência do Estado. De qualquer modo, a contagem de prazo da prescrição retroativa, por meio de bases legais, deve ocorrer da data da publicação da sentença até o recebimento da denúncia ou da queixa, segundo dispõe a Lei nº 12.234/2010. Em qualquer caso, a pena a ser utilizada é a pena em concreto.

4 DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

A prescrição antecipada, também chamada “em perspectiva”, projetada ou virtual, não está prevista na legislação brasileira. Trata-se de uma construção relativamente recente da doutrina e da jurisprudência pátrias.

De acordo com Lozano Jr. (2002, p. 181) a prescrição antecipada “consiste no reconhecimento da prescrição retroativa, tomando-se por base a pena que possível ou provavelmente seria imposta ao réu no caso de condenação”. Benedetti (2009, p. 153) leciona:

a visualizada prescrição penal antecipada ou virtual é a prescrição reconhecida previamente, com base na provável pena concreta, que seria, em tese, fixada pelo juiz no momento de uma condenação futura.

Nas palavras de Baltazar (2003, p. 107) a prescrição antecipada é definida 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 do processo será a extinção da punibilidade.

Sobre o tema, NUCCI (2006, p. 173) pronuncia:

Denomina-se Prescrição Virtual (Antecipada ou em perspectiva) aquela que se baseia na pena provavelmente aplicada ao indiciado, caso haja processo e ocorra condenação. Levando-se em conta os requisitos pessoais do agente e também as circunstâncias componentes da infração penal, tem o juiz, por sua experiência e pelos inúmeros julgados semelhantes, a noção de que será produzida uma instrução inútil, visto que, ainda que seja o acusado condenado, pela pena concretamente fixada, no futuro, terá ocorrido a prescrição retroativa.

Em outras palavras, a prescrição antecipada é hipótese de extinção da punibilidade que ocorre no curso do processo criminal, levando-se em consideração a pena que supostamente seria aplicada ao réu, caso condenado fosse.

A prescrição antecipada é tema que tem gerado séria controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias, sendo que tal controvérsia parece que está longe de ser dirimida. Lozano Jr. (2002, p. 182) informa que:

“a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto ao não acolhimento da referida modalidade prescricional, no que vem sendo seguida pelos Pretórios Estaduais, também com posições majoritárias nesse sentido, acrescentando que contrariamente a esse tipo prescricional posicionam-se, dentre outros, os seguintes doutrinadores: BITENCOURT, C. R. Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 703; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, *RBCCrim*, 11:184-5; JESUS, D. E. de. Prescrição Penal, p. 144; MIRABETE, J. F. Manual de Direito Penal – Parte Geral, v. 1, p. 417.”

Lozano Jr.(2002) também enumera os autores que aceitam a tese da prescrição antecipada, a exemplo de Edison Aparecido Brandão, *Prescrição em perspectiva*, RT, 710:391; Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público*, **RBCCrim**, 3:128, entre outros.

Observa-se ainda que, ao lado da doutrina, encontra-se a jurisprudência, que, embora de maneira tímida vem aceitando a tese em exame para, com base nela, rejeitar iniciais acusatórias e, até mesmo, trancar ações penais eventualmente instauradas.

Recentemente nas cortes brasileiras, os magistrados têm reconhecido a prescrição antes da prolação da sentença condenatória. Ao assim agir, têm aplicado a chamada prescrição antecipada (em perspectiva ou virtual), que leva em conta a pena que, em tese, seria aplicada ao réu, por ocasião da sentença.

Essa nova postura, por vezes adotada, criou uma das mais polêmicas e atuais questões em Direito Penal, pois os ministros dos Tribunais Superiores entendem que, por não ter previsão legal, esta espécie de prescrição não pode ser aplicada.

Nesse sentido é súmula nº 438 do STJ: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo”.

No entanto, ao arrepio do entendimento das Cortes Superiores, os Tribunais de Justiça dos estados de Mato Grosso, Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul têm aplicado tal instituto, por entenderem que seria

um contra-senso deixar transcorrer uma ação penal que, ao final, não surtirá nenhum efeito prático, como se vê nos seguintes arestos:

TJMT: "RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ABORTO POR TERCEIRO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA – VIABILIDADE – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA DECORRENTE DA INEQUÍVOCA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO, EM PERSECUÇÃO PENAL FADADA AO INSUCESSO – OFENSA À GARANTIA INSERTA NO ART. 5º, LXXVIII DA CARTA CONSTITUCIONAL – RECURSO CONSTITUCIONAL – RECURSO PROVIDO.

A persecução penal só pode seguir adiante quando o provimento jurisdicional invocado guardar identidade com as regras de adequação, necessidade e utilidade. Se o decurso do tempo cuidou de estagnar o interesse de agir do Estado, vê-se que eventual pena – ainda que imposta com extremado rigor, em 08 anos dentre os limites de 03 a 10 anos previstos para o crime, em sendo primários e de bons antecedentes os implicados – não seria exequível diante da prescrição, indiscutível que já se faz ausente a justa causa para a persecução penal, que ora se esbarra na garantia constitucional do inciso LXXVIII do art. 5º." (TJMT - Recurso em Sentido Estrito nº 49921/2006 – Classe I-19 – Comarca da Capital – Rel. Dra. Graciema Ribeiro de Caravellas – J. 24/04/2007).

TJRS: "HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ESTELIONATO. ARGÜIÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. MANIFESTA INVIABILIDADE DA PRETENSÃO PUNITIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR OU PROCESSUAL. AUSÊNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE-UTILIDADE. O PROCESSO NÃO É UM FIM EM SI MESMO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL." (TJRS – HC 70018097741 – 6ª C. Criminal – Rel. Des. João Batista Marques Tovo – J. 08/03/2007).

TJRS: "PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DO PROCESSO PENAL. (...)

2. A prescrição penal que atinge o direito de punir do Estado, em face do transcurso do tempo, tem por base a ausência de resposta punitiva do Estado no prazo razoável, o que torna desnecessária a incidência do *ius puniendi*.

3. Possível é o reconhecimento da prescrição, antecipadamente, sem necessidade de instrução do feito quando, dos autos, houver de demonstração inequívoca de que, mesmo havendo condenação, em face da pena aplicada, esta resultaria sem utilidade.

4. Desaparece o interesse de agir do Estado quando o processo é utilizado para instrumentalizar o nada, o vazio, o inócua e para maquiar situações em que não há trabalho útil. É dever do magistrado julgar antecipadamente o feito e prestar uma jurisdição útil, que atinja a sociedade, com base nos artigos 3º do CPP e 267, VI, do CPC.

5. Mesmo após ter sido afirmada a ação em juízo e viabilizado seu trâmite, pela inutilidade superveniente da situação processual é de ser extinto o processo, na medida da perda do interesse processual e do interesse público prevalente". (TJRS – ReSe 70017049628 – 6ª C. Criminal – Rel. Des. Nereu José Giacomolli – J. 12/04/2007).

TACrim/SP: "De nenhum efeito a persecução penal com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura

condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, justifica a concessão ex officio de hábeas corpus para trancar a ação penal". (TACrim/SP – HC – Rel. Sérgio Carvalhosa – RT 669/315).

Observa-se, pois, que apesar do entendimento majoritário de que a prescrição não merece guarida no ordenamento jurídico pátrio, diversos tribunais entendem contrariamente, o que faz suscitar uma celeuma jurídica com diversos argumentos contrários e favoráveis que só a aprofundada análise de um caso concreto pode afirmar qual posição deve prevalecer.

São variados os argumentos apresentados por aqueles que defendem a prescrição antecipada, dentre eles temos: falta de interesse de agir; princípio da economia processual; constrangimento ilegal causado ao réu pela penalização desnecessária da morosidade do processo penal; a instrumentalidade do processo, etc.

Os defensores da prescrição antecipada também alegam, em favor do instituto, o dispêndio de tempo e o desgaste do prestígio da justiça pública, quando se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação.

Por outro pórtico, aqueles que se manifestam contra a prescrição antecipada dispõem de um grande leque de argumentos. Essa modalidade prescricional, dizem, não encontra respaldo legal, além de contrariar uma série de princípios do Direito, a saber: da legalidade, da obrigatoriedade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

4.1 A prescrição antecipada e o interesse de agir

A prescrição antecipada encontra seu principal fundamento na falta de interesse de agir, que acarreta a ausência de justa causa para a *persecutio criminis*.

Os operadores do Direito – advogados, membros do Ministério Público e magistrados – que defendem a prescrição antecipada invocam como argumento a carência de ação por falta de interesse de agir. Se for constatado, no caso concreto, à vista das circunstâncias do fato e das condições pessoais do réu, especialmente

sua primariedade e bons antecedentes, que a pena, no caso de condenação, seria atingida pela prescrição, segue-se que faltaria ao Estado o interesse de agir, porque de nenhuma utilidade se revestiria o processo.

Os defensores desta tese alegam, ainda, que não estaria presente o requisito da utilidade do provimento jurisdicional, que é o resultado material capaz de, em tese, servir de satisfação à propositura da ação, uma vez que, ao se impor uma pena ao condenado, fosse privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária, e ela não pudesse vir a ser executada, não poderia ser tal providência jurisdicional ser chamada adequada.

Nesse toar, tem-se a lição de José Frederico Marques (apud, LOPES, 1996, 148):

"(...) Ora, repiso, se a ação penal para existir precisa preencher o requisito do interesse de agir, desencadeando assim um processo e uma sanção àquele que cometeu um ilícito penal; se este fim não poderá mais ser materialmente realizado porque ao sentenciar e aplicar concretamente a reprimenda, o direito de punir pulverizou-se no tempo, qual a finalidade de desencadear ou até mesmo dar prosseguimento a um processo natimorto! Principalmente, se o Estado encontra-se abarrotado de processos cujas penas, pelo decurso do tempo, se tornaram utópicas, qual o fundamento lógico de se movimentar toda a máquina judiciária para se concluir ao término que a nada levou? Por outro giro, se o ente estatal encontra-se literalmente quebrado, logicamente deveria se restringir aos casos cuja prestação jurisdicional encontrasse ressonância na efetividade, mas, ao contrário, permanece cuidando dos feitos imprestáveis, onde, para impulsioná-los paga-se salários aos magistrados, servidores, promotores etc., gasta-se energia elétrica, fita de impressora, papel, gasolina, diárias de oficiais de justiça, telefone etc., e ao final nada penaliza, fato este que denigre a imagem da justiça, pois cria, a princípio, uma falsa perspectiva de punibilidade que jamais é obtida, gerando a partir de então, sentimento de impunidade, o que incentiva a prática de novas infrações. Como uma bola de neve que vai aumentando gradativamente, enquanto os processos prescritos lotam as pautas, os recentes permanecem no aguardo de novas datas para serem instruídos e julgados, e quando assim o forem, já serão velhos e certamente as penas estarão prescritas, é o conhecido cachorro correndo atrás de seu rabo! (...) Na atualidade, não há como se fazer proselitismo, face ao grande número de processos que se amontoam nas prateleiras e que nunca são julgados. Esse fato, insisto, denigre a imagem da justiça fazendo com que os jurisdicionados cada vez mais fiquem desacreditados em buscar guarida de seus direitos.

Na mesma esteira é o pensamento de Sergio Demoro Hamilton (2004) Procurador de Justiça aposentado do MPRJ, que aduz:

Em outras palavras mais simples: o processo não é instrumento para tertúlias acadêmicas. Somente a ocorrência de uma lide efetiva é capaz de

justificar o exercício do direito de ação. Daí a máxima francesa, bastante conhecida, *pas d'interêt, pas d'action*. Falando de forma mais acessível ainda: ninguém vai a juízo por nada.

De acordo com a teoria geral do processo, são três as condições fundamentais do direito de ação, a saber: (a) a possibilidade jurídica do pedido; (b) a legitimidade das partes; e (c) o interesse de agir. No momento, interessa apenas a última dessas condições.

Existe interesse de agir quando o provimento jurisdicional invocado é adequado, necessário e útil, daí decorrendo os requisitos da adequação, da necessidade e da utilidade. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 277):

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal).

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.

Na lição de Lopes (1996, p. 135) O provimento jurisdicional invocado será adequado no caso de:

Cabimento da providência jurisdicional invocada à situação concreta da lide e dos poderes legais conferidos à decisão de corresponder às expectativas do autor. Exige-se, caso por caso, uma correlação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida.

O provimento jurisdicional será necessário quando for o processo o meio de se obter a proteção do interesse substancial. A utilidade refere-se ao resultado materialmente capaz de, em tese, servir de satisfação à propositura inaugural. Diz-se útil o resultado possível de ser extraído da atividade persecutória, a tutela jurisdicional, em tese, apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial, ou o meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito, de acordo com Liebman

Humberto Theodoro Jr. (apud, LOPES, 1996, p. 149) assevera que:

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica.

O interesse de agir é, pois, representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio de proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito. Nas palavras de Sergio Demoro Hamilton (2004, p. 37):

O interesse de agir, portanto, traduz-se na “necessidade de ir a juízo para a obtenção de algo”. Não se discute, aqui, se o pedido encontra-se arrimado com a presença de um fato com aparência típica (pelos menos, em tese) ou se a punibilidade não está extinta; o que se indaga, em matéria de interesse de agir, é se ele configura-se adequado à situação concreta (fática) em que se lastreia a acusação. É nesse sentido, aliás, que os autores, em geral, fazem referência ao pedido idôneo, capaz de motivar a atuação jurisdicional. Sem ele, dar-se-á a carência de ação, tal como ocorre quando ausentes as demais condições da ação acima referida.

LOPES (1996, p. 134) aborda o interesse de agir na ação penal, afirmando que os processualistas:

são unânimes ao relatar que as condições da ação, tal como postas pela doutrina processual-civilística, têm integral aplicação no espectro do direito processual penal, apenas acrescentando que, às condições gerais, devem ser somadas as condições especiais, notadamente as de procedibilidade.

Observa-se, desse modo, que, em princípio, as condições da ação de que trata o processo civil são extensivas ao processo penal. Tais condições são os requisitos exigidos por lei para o exercício do direito de ação e devem coexistir, a fim de que o juiz possa decidir se o que o autor pretende é fundado ou infundado, procedente ou improcedente.

Lopes (1996) relaciona o interesse de agir à justa causa na ação penal, afirmando que o interesse de agir descansa na idoneidade do pedido e esta é aferida pela existência de justa causa.

Continuando, Lopes (1996) ensina, ainda, que a justa causa no processo penal manifesta-se na figura do *fumus boni iuris*, condição *sine qua non* para o

exercício do direito de ação, e que se subsume no interesse processual. E acrescenta que a justa causa é a *causa secundum ius* e deve ser examinada em face de toda a ordem jurídica, cabendo a invocação da analogia e os suplementos dos princípios gerais do direito para demonstrar-se a falta de justa causa.

Nos dizeres de Jardim (2002, p. 97), “torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova”.

Dessa forma, verificando-se que ao final do processo com o advento de eventual sentença condenatória, o fato delituoso restará acobertado pela prescrição penal retroativa, é imperioso que seja reconhecida a prescrição antecipada pela ausência de justa causa para o oferecimento da ação penal, ante a visualização, a *prima facie*, de que o pedido requerido pela parte autora será infrutífero. Caso essa observação seja realizada quando do despacho de recebimento ou não da denúncia, deve o magistrado, de pronto, rejeitar a denúncia com base no art. 395, II, do Código de Processo Penal.

A argumentação desenvolvida por Maurício Antônio Ribeiro Lopes não ampara somente a decisão do juiz que, certo de que a prescrição retroativa será reconhecida em caso de condenação, deixa de receber a denúncia, com base no artigo 395, II, do Código de Processo Penal. A referida argumentação também respalda a decisão do membro do Ministério Público que, em tais circunstâncias, deixa de oferecer a denúncia. Não haveria, nessa hipótese, violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

4.2 Prescrição antecipada e o princípio da economia processual

Os defensores da prescrição antecipada invocam, também, o princípio da economia processual. Inútil seria movimentar a máquina judiciária com um processo do qual já sabe de antemão que, após a prolação da sentença condenatória, será impossível a imposição de pena face à ocorrência da prescrição.

Edison Aparecido Brandão (1994), fiel defensor da pena em perspectiva, argumenta que é absolutamente inútil dar prosseguimento à ação penal porque gera

o dispêndio de esforços inúteis em prejuízo de outros processos que, por esta razão, também alcançarão a prescrição. Lopes (1996, p. 524) informa que os defensores da prescrição antecipada:

Encontram respaldo suficiente no princípio da economia processual, vez que é de indagar a razão de movimentar-se inutilmente a máquina judiciária com um processo onde já se sabe de antemão que, após a prolação de um édito condenatório, será impossível a imposição da sanção penal, face à ocorrência da prescrição.

Afirmam também os defensores que os recursos e processos inúteis não podem mais ser suportados pela sociedade, e que pretensões natimortas ocupam o espaço daquelas socialmente úteis. Luiz Sérgio Fernandes de Souza (1992) reforça esse entendimento, 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 de prescrição retroativa ou o aplicador da norma terá que ceder às evidências, impedindo que pretensões natimortas ocupem espaço da produção socialmente útil. 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.

Argumentam que essa modalidade prescricional pode ser considerada como meio de ser evitado o desperdício público e, por conseguinte, ser observado o princípio da moralidade administrativa.

Na verdade, os adeptos desta modalidade de prescrição entendem que a antecipação da prescrição surge como um caminho capaz de oferecer resultado eficiente, com uma justiça mais célere.

4.3 O constrangimento ilegal causado pelo processo penal.

Dentre os argumentos invocados favoravelmente à prescrição pelos defensores dessa modalidade de prescrição, temos o constrangimento ilegal

causado ao réu, pela instauração de um processo criminal que está fadado a não aplicação de pena pela ocorrência, em tese, da futura prescrição retroativa.

Edison Aparecido Brandão (1994) afirma que é evidente o constrangimento a que está sujeito o réu, que aguardará por longos meses seu julgamento para que, mesmo se condenado for, somente então se possa ter a prescrição reconhecida.

Argumentam, também, que não se trata apenas de isentar o réu dos “incômodos do processo”, mas de livrá-lo de um processo inútil, por que não terá benefício algum ou qualquer resultado concreto, diante da inevitável ocorrência da prescrição retroativa. Antônio Scarance Fernandes³ ensina que:

Submeter alguém aos dissabores de um processo penal, tendo a certeza de que será inútil, constitui constrangimento ilegal, uma vez que a mesma injustiça, decorrente da acusação posta sem que seja possível antever condenação do réu, existe quando não há possibilidade de cumprimento da sentença condenatória porque será alcançada pela prescrição.

Pelo exposto, percebe-se a íntima relação entre este argumento e o da carência da ação por falta de interesse de agir. Uma situação leva a outra. Vislumbrada a inutilidade do processo penal, em virtude do provável reconhecimento da prescrição retroativa, segue-se a falta do interesse de agir. Verificada esta, segue-se que o processo gera o constrangimento ilegal, por falta de justa causa.

4.4 A prescrição antecipada no curso da ação penal.

Pode ocorrer que no curso da ação penal fique evidente a probabilidade de ser reconhecida a prescrição retroativa, em havendo sentença condenatória.

O Estado, ao promover a *persecutio criminis*, tem por interesse material a imposição de uma pena ao autor da infração penal. A possibilidade de imposição dessa pena deve estar presente durante todo o processo penal. Caso contrário, desaparece o interesse processual.

³ A provável prescrição retroativa e a falta de justa causa para a ação penal, artigo publicado nos Cadernos de Doutrina e Jurisprudência da Associação Paulista do Ministério Público, n. 06, p.42.

Desse modo, se no transcorrer do processo verifica-se algum fato capaz de extinguir o fundamento jurídico do pedido, o juiz, de ofício ou a requerimento as partes, deve tomar conhecimento dele, aplicando por analogia o artigo 462 do Código de Processo Civil, que prescreve que:

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

Na lição de Nelson Nery Júnior⁴ as condições da ação:

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

Assim sendo, a verificação, no curso da ação penal, da probabilidade do reconhecimento da prescrição retroativa, em face da pena a ser concretizada na futura sentença, acarreta superveniente carência de ação penal, decorrente do desaparecimento do interesse de agir do Estado, tornando viável, por expressa disposição constante do art. 3º do Código de Processo Penal, a aplicação analógica do artigo 267, VI, do CPC, possibilitando-se assim, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Em apoio a tese desenvolvida, é de bom alvitre invocar o julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, segundo o qual:

De nenhum efeito a persecução penal com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê, o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de *habeas corpus* para trancar a ação penal. (4ª Câmara Criminal – HC 204.272-1 – Rel. Juiz Sérgio Carvalho – Acórdão de 26.02.1991 – RT 669/315).

⁴ Condições da Ação - parecer - NELSON NERY JÚNIOR, In Revista de Processo, 42/201.

4.5 – Os argumentos contrários a prescrição penal antecipada.

Para aqueles que rejeitam a prescrição penal antecipada, alguns argumentos são invocados: inobservância dos princípios da legalidade, da obrigatoriedade, do contraditório e da ampla defesa, presunção de inocência; a aplicação de uma sentença de mérito; e, por fim, a impossibilidade de ser previsto antecipadamente o “quantum” a ser punido.

O primeiro argumento apresentado em desfavor do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa foi o princípio da legalidade, porque havendo o reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva, tal procedimento estaria violentando o texto da lei, uma vez que o art. 110, § 1º do Código Penal determina o reconhecimento da prescrição retroativa após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o recurso.

Justamente por isso, a jurisprudência entende que, uma vez não sendo contemplada no ordenamento jurídico vigente a prescrição antecipada pela pena em perspectiva, não se pode reconhecê-la, pois a prescrição retroativa pela pena concretizada na sentença pressupõe a efetiva existência de sentença condenatória, que vai conferir ao réu o *status* de condenado, com a aplicação da pena correspondente, e o trânsito em julgado daquela para a acusação. Como forma de ilustrar esse pensamento, insta trazer à baila o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE FATO TÍPICO. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. DENÚNCIA. CUMPRIMENTO AO ART. 41 DO CPP. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INADMISSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO. 1. Esta Corte possui orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas, não podendo o remédio constitucional servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. A questão da inexistência de fato típico merece análise mais detida na oportunidade do julgamento do processo, com amparo nas provas produzidas durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório, o que impede o conhecimento do presente writ quanto a esse ponto. 3. O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída. Precedentes. 4. As condutas dos pacientes foram suficientemente individualizadas, ao menos para o fim de se concluir pelo juízo positivo de admissibilidade da

imputação feita na denúncia. 5. **É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.** Precedentes. 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

(HC 100637, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-03 PP-00590).

Argumentam que fora dos critérios legais não se pode admitir a ocorrência de prescrição, especialmente quando se está frente a existência de ato jurídico inexistente, futuro e totalmente impossível.

Aos que defendem a prescrição antecipada, não é o bastante, já que, o seu grande argumento é a falta de justa causa para a ação penal, em vista da ausência do interesse de agir, não havendo ilegalidade na sua aplicação, já que a falta de justa causa possui amparo no art. 648, I, do CPP. De outro lado, aduzem que os operadores do direito não estão compelidos às leis.

Outro argumento utilizado por aqueles que não coadunam com a tese da prescrição antecipada, diz respeito ao princípio da obrigatoriedade.

Tradicionalmente, os órgãos incumbidos da persecução não podem possuir poderes discricionários para avaliar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou inquérito. Apesar de exercer o Ministério Público, no Processo Penal, o comando sobre os atos judiciais, não possui a faculdade de dispor da ação penal pública. O argumento, segundo Baltazar (2003, p. 110), é o seguinte:

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.

Assim, aqueles que rejeitam a prescrição penal retroativa antecipada argumentam que, pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, o não recebimento pelo juiz da denúncia, fundamentado nessa modalidade de prescrição, viola o princípio da obrigatoriedade, atentando contra os princípios de justiça que, uma vez declarados, têm o dever de orientar a atividade repressiva do Estado.

Todavia, o Ministério Público, na posição de "Senhor da Ação Penal", muito embora tenha o dever de promovê-la, deve zelar pela estrita observância às

condições da ação e preservação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Desta forma, falecendo o interesse de agir do Estado, ante a inutilidade do processo, falta-lhe justa causa, devendo ser pugnado, em cada caso, o arquivamento do inquérito, a rejeição da denúncia, ou a prescrição antecipada.

Outro argumento que repele a prescrição antecipada é o princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Para eles, tal modalidade de extinção de punibilidade trata-se de um verdadeiro julgamento antecipado da lide penal, que não é previsto em lei, como já ressaltamos.

O princípio do contraditório e da ampla defesa nasce justamente com o exercício do direito de ação e relativamente à prescrição antecipada, não pode esse mesmo direito ser exercido.

O reconhecimento da discutida prescrição também não pode ser realizado, porque inexiste uma sentença de mérito, condenatória. Certamente, neste caso, por garantia do contraditório e da ampla defesa, deve ser ela decretada.

Há, também, manifestações relacionadas ao princípio do estado de inocência previsto no art. 5º, LII, da Constituição Federal, que impedem o reconhecimento da prescrição penal antecipada.

Quando se afirma não haver justa causa para se ingressar ou continuar com a ação penal porque a pena a ser fixada, quando do momento da sentença, estaria prescrita pela prescrição retroativa, tem-se um reconhecimento de uma pena em concreto que não chegou, ainda, a ser aplicada, admitindo o juiz, neste caso, que haverá condenação

Em tal hipótese, há a presunção da condenação do denunciado sem qualquer exame das provas, sem a presença do contraditório para que possibilite a defesa e, principalmente, sem a apreciação do mérito do caso. Há, conforme afirmam, total desprezo de garantia constitucional arduamente conquistada, vez que, ainda que hipoteticamente, como argumentam seus defensores, admitiu-se culpa sem examinar as provas e sem um edito condenatório.

Por outro viés, para aqueles que acolhem a tese da prescrição antecipada, a pena hipoteticamente aplicada ao réu, não o julga culpado, nem ataca o mérito da questão, mas tão somente visualiza as possibilidades que terá ao prolatar a sentença, quais sejam, absolver ou condenar o réu. Nesse sentido é a lição de Cláudia Ferreira Pacheco (2006):

A afirmação de que a prescrição em perspectiva presume culpa do acusado e, assim, violaria os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não nos parece correta. Ora, a antecipação de raciocínio feita pelo magistrado e pelo membro do *Parquet* não perquire sobre a culpabilidade do suspeito ou acusado.

Sendo assim, e com base no exposto, para aqueles que advogam a tese da prescrição virtual, não se visualiza nenhuma arbitrariedade ou ilegalidade na atividade jurisdicional que a reconhece e a utiliza.

5 CONCLUSÃO

O Estado, ao promover a *persecutio criminis*, tem por interesse material a imposição de uma pena ao autor da infração penal. A possibilidade de imposição dessa pena deve estar presente durante todo o processo penal. Caso contrário, desaparece o interesse processual.

Destarte, se no transcorrer do processo penal verificar-se algum fato capaz de extinguir o fundamento jurídico do pedido, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, deve tomar conhecimento dele, aplicando por analogia o art. 462 do Código de Processo Civil.

É nesse ponto, primordialmente, onde se aloca a prescrição antecipada. Esta encontra seu principal fundamento na falta de interesse de agir, que acarreta a ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal.

Essa condição da ação fundamenta-se na premissa de que, tendo o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar a máquina judiciária sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob essa ótica, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional provocada seja necessária e adequada.

Nesse sentido, tem-se que o interesse de agir é requisito essencial a instauração da ação penal, interesse este que se funda na idoneidade do pedido, ou seja, na capacidade do conjunto probatório para embasar o pedido, no caso do processo criminal, a condenação do réu. Do trinômio necessidade, utilidade e adequação, o requisito utilidade consiste no êxito logrado com o pedido, eis que a toda causa de pedir almeja-se um fim útil.

Isto é, caso o provimento desejado pelo *Parquet* ao denunciar um acusado não venha revestido de finalidade prática, falta-lhe justa causa para a ação penal, já que não há razão para se movimentar a máquina judiciária se não houver a concreta imposição da pena. Em outros termos, se o anseio em condenar um réu quedar vazio, têm-se a ausência de justa causa, o que obsta, por conseguinte, o prosseguimento da ação penal.

Outro argumento bastante utilizado para aqueles que advogam a aplicação da prescrição antecipada, reside no princípio da economia processual, vez

que é de indagar o motivo de movimentar-se inutilmente o aparato judiciário com um processo onde já se sabe previamente que, após a prolação de uma sentença condenatória, será impossível a imposição da sanção penal, face à ocorrência da prescrição.

O princípio da economia processual manda que, entre duas alternativas, deve ser escolhida aquela que for menos onerosa à parte e ao Estado. O que se procura com a efetivação desse princípio, é o Maximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais e, conseqüentemente, de despesas, sem, contudo, suprir atos previstos no rito processual em prejuízo às partes.

Utilizam-se, ainda, os autores afeitos a prescrição antecipada da pena, outros fundamentos para sair em defesa do instituto em tela, a exemplo do constrangimento ilegal caudado ao réu devido a instrução processual, quando provável o reconhecimento da prescrição retroativa. Ora, é evidente o constrangimento a que está sujeito o réu, que aguardará por longos meses seu julgamento para que, mesmo se condenado for, somente então se possa ter a prescrição reconhecida.

Por outro pórtico, aqueles que se manifestam contra a prescrição antecipada dispõem de um grande leque de argumentos. *Ab initio*, alegam que essa modalidade prescricional, não encontra respaldo legal em nosso ordenamento jurídico, além de contrariar uma série de princípios do Direito, a saber: da legalidade, da obrigatoriedade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da presunção de inocência.

A primeira corrente que tomou corpo para impedir o emprego da técnica do reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva orientou-se num sentido estritamente legalista, asseverando que o art. 110, §§ 1º e 2º do Código Penal, determina que a prescrição retroativa só pode ser reconhecida depois da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso; logo, afirmam, antes da sentença condenatória a prescrição só pode ser regulada pela pena máxima cominada em lei. Tal procedimento vem violentar o texto legal, pois somente após uma sentença condenatória é que se pode cogitar da prescrição em concreto.

Apregoam, outrossim, como argumento contrário a adoção da prescrição antecipada, o princípio da obrigatoriedade, no sentido de 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.

São estes, entre outros, os principais argumentos utilizados pelos opositores da prescrição antecipada, a fim de repudiá-la e expurgá-la completamente das discussões que se travam no âmbito judiciário acerca da sua aplicação ou não.

Malgrado os respeitáveis (e majoritários) entendimentos em sentido oposto, temos que a prescrição antecipada, pelos seus fundamentos, deve ser aceita no Direito Penal Brasileiro.

Não há dúvida de que o exercício da ação, concebida como o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, relativamente a determinado interesse em conflito com o de outrem, depende da coexistência das seguintes condições: (a) legitimidade da parte; (b) possibilidade jurídica do pedido; e (c) interesse de agir. A falta de qualquer uma dessas condições leva inexoravelmente à carência da ação, ou seja, impede que a prestação jurisdicional seja exigida do Poder Judiciário.

A prescrição antecipada constitui uma hipótese de carência de ação por falta de interesse de agir. Logo, a rigor, não se trata de uma nova causa de extinção da punibilidade.

O interesse de agir pode ser visto como a relação de adequação, necessidade e utilidade do pedido formulado pela parte em face do litígio em que se vê envolvida. A parte deve pedir ao Estado-Juiz o que seja adequado, necessário e útil à solução do litígio e, portanto, à satisfação da pretensão resistida.

No âmbito do processo penal, a parte autora, Ministério Público ou querelante, alegando a ocorrência de uma infração penal, busca sempre a imposição de uma pena ao autor de tal infração. Se, no caso concreto, concluir-se que eventual pena imposta não poderá ser executada, porque será inevitavelmente atingida pela prescrição retroativa, segue-se que a prestação jurisdicional buscada não será útil e, logo, falta o interesse de agir.

A falta de interesse de agir, com base na previsão da ocorrência da prescrição retroativa, pode ser reconhecida a qualquer tempo, antes ou durante o processo penal, a pedido do Ministério Público ou da defesa, ou mesmo de ofício pelo magistrado. Se reconhecida antes do processo penal, a relação processual não

será sequer estabelecida; se reconhecida no curso do processo, a relação processual será desfeita.

Deve-se, pois, analisar a questão da prescrição antecipada com imensa dedicação, haja vista que os olhares descompromissados podem acarretar uma preconceituosa rejeição do instituto em tela, o que em nada contribuiria para a construção de uma justiça mais célere e mais eficaz.

Dessa forma, os argumentos contrários à prescrição antecipada, apesar de respeitáveis, como já se anotou, não são fortes o suficiente para afastar a aplicabilidade dessa modalidade prescricional. Não se chega ao ponto de afirmar que tais argumentos podem ser refutados acima de qualquer dúvida. Contudo, sopesando tudo, conclui-se que a prescrição antecipada deve prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BENEDETTI, Carla Rahal. **Prescrição Penal Antecipada**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BETANHO, Luiz Carlos; ZILLI, Marcos. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1993.

BRANDÃO, Edson Aparecido. **Prescrição em perspectiva**. Revista dos Tribunais. nº 710/391 (dez/1994).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v 1.

_____, **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Parte Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, Tomo III.

DELMANTO, Celso, e outros. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HAMILTON, Sergio Demoro. Publicada na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 23 - DEZ-JAN/2004, pág. 37.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEMOS, Ricardo Teixeira. **Prescrição Penal: Retroativa e Antecipada em face da competência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 03, p. 129-150, jul./set. 1993.

_____, **Reconhecimento antecipado da prescrição retroativa**. Revista dos Tribunais. São Paulo. n. 724, p. 522-536, fev. 1996.

LOZANO JR, José Julio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Cmpinas: Millennium, 1999. v. III.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, Cláudia Ferreira. **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo Penal)**. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitopenal.adv.br>. Acesso em 12 out 2010.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. **Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PAULA, Rubens de. **Da Prescrição Antecipada**. Disponível em <http://www.mp.mt.gov.br> Acesso em 10 out. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, **Comentários ao Código Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional, artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, n. 680, p. 437-438, (jun. 1992).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.