

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE- UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

DANIELL ALVES DE ANDRADE

DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO  
PENAL BRASILEIRO

SOUSA  
2013

DANIELL ALVES DE ANDRADE

DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO  
PENAL BRASILEIRO

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

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA

2013

DANIELL ALVES DE ANDRADE

DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO  
PENAL BRASILEIRO

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. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

Banca Examinadora:

Data da aprovação: 25/04/2013

---

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira

---

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

---

José Idemário Tavares de Oliveira

## RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa a viabilidade da aplicação do instituto da prescrição retroativa virtual que é uma forma de prescrição retroativa que ocorre de forma antecipada, levando-se em conta uma pena fictícia que o acusado receberia caso fosse condenado. Este tema é de grande discussão doutrinária e de divergências entre os tribunais, pois o seu uso, para os seus defensores, implica no respeito a diversos princípios constitucionais, entre eles o da celeridade processual. Já para os que são contrários a sua aplicabilidade, este instituto infringiria alguns princípios constitucionais, tais como o da legalidade. O tema está intimamente ligado à pretensão punitiva estatal, que é o poder/dever que possui o Estado em aplicar as sanções penais aqueles que violam a lei, e a sua perda que ocorre com as causas extintivas da punibilidade. Sendo a prescrição uma das mais polêmicas e comentadas, causas extintivas de punibilidade, por ocorrer devido à inércia do poder judiciário em julgar que deixa transcorrer grande lapso temporal. Gera ainda mais divergência a prescrição virtual por não possuir previsão legal e se basear em uma suposta pena que o acusado receberia. Como metodologia utiliza-se, o método hipotético-dedutivo, o comparativo e o bibliográfico para pesquisar e estudar estas questões. Os resultados que a pesquisa aponta demonstram que o uso da prescrição virtual deve ser acatado para melhorar a funcionalidade do poder judiciário e respeitar os princípios do Direito, entre eles, o da dignidade da pessoa humana e da celeridade processual.

Palavras-chave: Prescrição virtual. Extinção da punibilidade. Viabilidade.

## **ABSTRACT**

This monograph examines the feasibility of applying retroactive prescription virtual institute which is a form of retroactive prescription that occurs in advance, taking into account a notional sentence that the defendant would receive if convicted. This topic is of great discussion and doctrinal differences among the courts as to its use, to its proponents, involves respecting the various constitutional principles, including the speed of the procedure. As for those who oppose its applicability, this institute would violate some constitutional principles such as legality. The subject is closely related to claim punitive state, which is the power / duty that the State has to apply criminal sanctions those who violate the law, and their loss that occurs with the causes of criminality extintivas. Being one of the most controversial prescription and commented, extintivas causes of criminality, to occur due to the inertia of the judiciary in judging course that leaves large time gap. Generates further divergence virtual prescription for not having legal provision and relying on a supposed penalty that the accused would receive. The methodology is used, the hypothetical-deductive method, the comparative literature and to research and study these issues. The results demonstrate that the research shows that the use of virtual prescription must be complied with to improve the functionality of the judiciary and respect the principles of the law, among them the dignity of the human person and the speed of the procedure.

Keywords: Virtual prescription. Extinction of criminal liability. Viability.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2 DIREITO DE PUNIR ESTATAL</b> .....	<b>8</b>
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA.....	8
2.2 ASPECTOS DO DIREITO DE PUNIR .....	14
2.3 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE .....	16
<b>3 PRESCRIÇÃO</b> .....	<b>20</b>
3.1 CONCEITO .....	21
3.2 ANÁLISE HISTÓRICA.....	22
3.3 NATUREZA JURÍDICA.....	23
3.4 TEORIAS JUSTIFICADORAS.....	24
3.5 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA .....	25
3.6 EFEITOS .....	27
3.7 ESPÉCIES .....	29
3.8 IMPRESCRITIBILIDADE .....	32
<b>4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL</b> .....	<b>34</b>
4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL .....	35
4.1.1 Falta de Interesse de Agir.....	36
4.1.2 Proteção aos Princípios da Economia Processual, Razoável Duração do Processo e Eficiência.....	37
4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	39
4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS Á APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL .....	41
4.2.1 Falta de Previsão Legal.....	41
4.2.2 Violação ao Princípio do Contraditório.....	43
4.2.3 Violação ao Princípio da Ampla Defesa.....	45
4.2.4 Violação ao Princípio da Presunção de Inocência.....	46
4.2.5 Violação ao Princípio do Devido Processo Legal.....	47
4.2.6 Óbice à <i>Emendatio libelli</i> e à <i>Mutatio Libelli</i> .....	49
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o escopo de expor o tema no que concerne a utilização da prescrição virtual, também conhecida como prescrição retroativa projetada, antecipada, em perspectiva ou prognose prescricional, como forma de extinção da punibilidade.

O Brasil sofre com o descrédito por parte da população quanto a sua atuação jurisdicional, isso se dá principalmente pela sua lentidão em julgar, ganhando maior repercussão essa problemática na seara penal em que as pessoas acabam tendo a sensação de impunidade. E essa sensação se torna em realidade quando o lapso temporal é muito grande e ocorre a prescrição que extingue a punibilidade.

A prescrição virtual surge como uma forma de o judiciário extinguir os processos antigos, que conseqüentemente terão sua prescrição declarada no futuro, e se dedicar a processos novos que surtirão maiores efeitos em relação a sociedade e o agente infrator.

Assim, no presente trabalho, busca-se enquanto objetivo geral analisar a prescrição virtual frente a sua aceitação pela doutrina e o poder judiciário brasileiro, apresentando os argumentos a favor e contra. Em relação aos objetivos específicos tem-se identificar as conseqüências da prescrição virtual quanto à maior eficiência com que o poder judiciário atuaria devido à utilização do princípio da celeridade processual e verificar a possível não observância dos princípios da presunção de inocência, da legalidade e do devido processo legal com a utilização da supracitada causa extintiva da punibilidade.

Esta monografia tem por finalidade analisar a prescrição antecipada uma vez que há sua utilização nas instâncias inferiores, contudo ela é rechaçada nas superiores. Da mesma forma a doutrina não é unânime acabando por criar uma problemática que leva a um impasse que está longe de um fim.

Sob este aspecto, constata-se a relevância do tema, uma vez que, se devem buscar alternativas para tentar haver determinada pacificação quanto às divergências que a permeiam, posto que o tema contribui para o debate jurídico, pois a extinção da punibilidade é ponto sensível que possui grande repercussão prática e aguça a sociedade e o seu modo de enxergar o judiciário.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, será utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo em que se construirão conjecturas quanto à aplicabilidade da prescrição virtual para se analisar quais hipóteses são válidas. Como método de procedimento será usado o comparativo tendo por objetivo fazer comparações entre os posicionamentos doutrinários que a defendem e a rechaçam. Para tanto, recorre-se, as técnicas de pesquisa utilizando-se de documentação indireta, desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

O presente trabalho será estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo será feita uma análise histórica do direito de punir estatal. Percorrendo-se desde o seu surgimento até os dias atuais. Observar-se-á também os seus aspectos mais importantes, vislumbrando o direito de punir tanto de maneira abstrata como concreta. Sendo analisadas, ainda neste capítulo, as causas que levam o Estado a perder o direito de punir os infratores.

O segundo capítulo tratará da prescrição de um modo geral analisando seu conceito, o seu evoluir no decorrer da história, as discussões quanto a sua verdadeira natureza jurídica, as teorias que a fundamentam, a sua atuação nos efeitos primários, secundários e extrapenais da sentença penal, bem como as espécies de prescrição punitiva e executória.

Por fim, no terceiro capítulo será abordada a prescrição virtual apresentando-se o seu conceito e as divergências que a circundam. Será feita uma análise dos argumentos contrários e favoráveis a sua aplicabilidade por meio da jurisprudência e da doutrina.



## 2 DIREITO DE PUNIR ESTATAL

Antes de se iniciar o estudo da prescrição virtual faz-se necessário analisar o direito de punir estatal, afim de se melhor entender este instituto. Tendo em vista que a prescrição antecipada é uma forma de extinção da punibilidade que faz com que o Estado perca o direito de aplicar a sanção.

### 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA

O homem no início da pré-história era nômade, ou seja, não se fixava por longos períodos em um mesmo local, isso se dava devido as suas necessidades para conseguir alimento. Assim sendo, os homens mais primitivos tinham que migrar em busca da caça de animais e da coleta de frutos e vegetais.

Há 10.000 anos a.C., o homem percebeu que as sementes colhidas na natureza, quando postas no solo produziam frutos. Dessa forma, deu-se início à agricultura, atividade que transformou de maneira radical a forma de viver do homem, deixando ele de ser nômade para se tornar sedentário, pois não era mais necessário se percorrer longas distâncias em busca de alimento, vez que o mesmo podia ser cultivado. A caça já não era mais tão primordial, pois se podiam plantar pastagens e através delas domesticar animais e criar rebanhos. Essa transformação também propiciou que o homem deixasse de viver isoladamente e formasse grupos, tendo em vista que a prática da agricultura e da criação de animais torna-se facilitada quando feita por um número maior de pessoas.

Esses grupos eram as primeiras sociedades que por sua vez se tornaram civilizações. Enfatiza Tourinho Filho (2006, p.1): “O homem não pode viver senão em sociedade. As sociedades são organizações de pessoas para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual”. A vida em sociedade proporcionou ao ser humano que ele evoluísse e conquistasse diversos avanços tecnológicos. Contudo, a convivência entre várias pessoas com pensamentos diferentes fez com que surgissem varias divergências impossibilitando uma total harmonia.

Com o aparecimento desta sociedade e sua estrutura organizacional, surge a necessidade de se criar leis para punir os infratores e manter a paz social. Montesquieu (2003, p.18) afirma que o mundo físico é muito mais bem governado do que o mundo inteligente. Este não consegue seguir suas leis constantemente, pois, como seres inteligentes, por mais inteligentes que sejam, são limitados pela própria natureza, estando assim sujeitos à ignorância e aos erros. Por conta disso, asseverou Rousseau (2001, p.49) que uma sociedade não subsiste sem as leis, uma vez que estas atuam como condição para a existência da associação civil.

Dessa forma, observa-se o papel de grande importância que a lei exerce para controlar a sociedade e protegê-la de seus próprios erros. O ser humano nasce livre e é de sua essência permanecer assim, nem que para isso ele tenha que abdicar parte dessa liberdade, entregando-a para o Estado através das leis, para que a liberdade em um aspecto mais amplo seja alcançada. Referindo-se a esse aspecto limitador que o Estado cria para a obtenção do bem comum esclarece Bonfim (2010, p. 33):

[...] a presença do Estado enquanto entidade interfere cotidianamente na vida da sociedade, direcionando sua atuação, impondo restrições ao que os indivíduos podem ou não fazer, reprimindo os infratores que afrontam bens ou interesses da sociedade ou do próprio Estado. Este, exercendo o poder, limita a liberdade individual [...]

A punição é o meio encontrado pelas civilizações para reprimir os comportamentos contrários à estrutura social. Nesse sentido, enfatiza Beccaria (1998, p. 41):

Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

Essa é a forma encontrada para que a sociedade, essa união de pessoas com objetivos comuns, possa dar certo e evoluir. E para isso, os que contrariam os objetivos da sociedade e andam em desacordo com ela devem ser punidos. No início a punição não passava de uma vingança e ela era exercida pela vítima ou por seus familiares, que na maioria das vezes exageravam em sua aplicação, conforme explicita Costa Jr (2010, p. 54):

A pena representava inicialmente a vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou do agrupamento social (tribo) a que pertencia. A reação costumava superar em muito a agressão, a menos que o transgressor fosse membro da tribo. Era então punido com o banimento, que o deixava entregue à sorte de outros agrupamentos.

Percebe-se então, que em decorrência do caráter pessoal e privado das punições, estas não possuíam as funções de pena que lhes são concebidas nos dias de hoje, faltando-lhes o caráter de reintegração.

Costa (2009, p. 148) arremata dizendo que:

Entendia-se a pena no sentido lato como reação contra o membro da sociedade que viola-se a norma de convivência. A função da pena era um meio de conservação social, principalmente porque tal função indefinida permanecia escondida sob várias formas. Aliás, quanto à sua origem psicossocial, deriva da necessidade instintiva de vingarse da ofensa, que nada mais era do que uma forma de defesa, necessidade de todo homem (vingança privada) [...].

Assim, as punições eram apenas formas de retribuir a conduta reprovável praticada pelo ofensor. Entretanto, ele ficava nas mãos da vítima que acabava por retribuir de forma desproporcional a gravidade do crime cometido, só produzindo mais injustiça com a punição.

O surgimento da Lei de Talião que ocorreu por volta de 1780 a.C., com previsão no Código de Hamurábi, foi um grande avanço para a época. Pois através de sua máxima “olho por olho, dente por dente”, houve uma limitação no direito de punir, fazendo com que existisse uma proporção entre a ofensa e a punição evitando-se os exageros.

Posteriormente, com o evoluir da sociedade e o surgimento de um esboço do que viria a se tornar o Estado, a vingança privada é sucedida pela vingança pública e divina. Com isso, a punição passa a ser aplicada pela autoridade que detém o poder sobre a população. Esse método de punir atravessou a Idade Clássica, fortalecendo-se na Idade Média e no absolutismo, em que os déspotas se vinculavam às figuras divinas com o intuito de legitimar os seus atos. Elucidam Mirabete e Fabbrini (2010, p.16):

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da *vingança pública*. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou do soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O Mesmo ocorreu em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas (grifo do autor).

Foi de suma importância essa mudança, pois o Estado chamou para si a responsabilidade do direito de punir e afastou de vez a vingança privada. Tourinho Filho (2010, p.28) se reportando a Fenech explica:

Conforme acentua Fenech, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica, e, assim, cabe ao próprio Estado, por meio de seus órgãos, tomar a iniciativa *motu proprio*, para garantir, com sua atividade, a observância da lei (grifo do autor).

Entretanto, a pena de morte prevalecia, sendo aplicada pelos métodos mais cruéis, podendo durar horas e até mesmo dias. Lopes Jr.(2012, p.64) sobre o tema explicita:

A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada por muitos contra um.

O autor refere-se ao cenário de horrores criado pelo Estado para punir os seus cidadãos de forma exemplar, que eram verdadeiros espetáculos públicos, no qual a multidão que assistia vibrava com a carnificina.

Cesare Beccaria escreveu o livro “Dos delitos e das penas” no qual apregoava a humanização das penas. Com isso propiciou-se o um período em que as penas se tornaram mais humanas. Beccaria (1998, p. 91) afirma: “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave”.

Costa Jr. (2010, p. 58) descreve o pensamento de Beccaria:

Sustenta que as penas devem ser moderadas, com a finalidade de impedir que o autor do crime continue a delinquir, desviando da conduta criminosa seus concidadãos. Para tanto, devem revestir-se de severidade, porém sem exorbitância. Investe contra a pena capital, baseado no contrato social. Isto porque o homem, ao ceder uma parcela mínima de sua liberdade para possibilitar a vida em comum, não se privou de todos os seus direitos, nem iria conferir a outrem o direito de matá-lo.

Com isso, começou a se dar as sanções um caráter mais humanitário. A pessoa que comete um crime não deixa de ser humano, desta forma não poderia vir a sofrer penas cruéis, penas que ultrapassassem a justa retribuição pelo seu mal praticado. Ao Estado é que foi confiada a responsabilidade de aplicar as penas de maneira exclusiva e intransferível, de estipular delitos e cominar as penas. Mas devendo estar submetido ao império da Lei, pois a razão do Estado está em servir ao povo, tendo a finalidade de conceder as suas necessidades e perspectivas sem usar de maneira arbitrária o poder que lhe é dado.

Com o evoluir da sociedade, percebe-se que nem todas as atitudes contrárias a sociedade devem ser punidas, que as diferenças devem ser respeitadas e as opiniões contrárias devem ser toleradas: é o surgimento da democracia.

E com ela surge também o Direito Penal que deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes como a vida, a liberdade, o patrimônio etc., deixando para outros campos do direito os bens jurídicos de menor importância. Dessa forma, as punições criminais só devem recair sobre os bens mais importantes que são protegidos pelo direito penal. Sobre o assunto comenta Muñoz Conde, citado por Greco (2006, p.53):

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

No mesmo sentido se posiciona Tourinho Filho (2006, p.5):

Dos bens ou interesses tutelados pelo Estado (por meio das normas), uns existem cuja violação afeta sobremodo as condições de vida em sociedade. O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas

penais, e sua violação é o que se chama ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possui o homem, e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social.

O direito penal é o ramo do direito mais gravoso, pois ele pode acabar por privar o indivíduo do seu bem mais precioso, que é a liberdade. Devendo intervir nas relações sociais somente quando realmente necessário, em último caso quando todos os demais ramos do direito se demonstrarem ineficazes para a resolução da lide.

O Estado passa a ter o Poder/Dever de punir quando as normas penais são infringidas. Ele é um Poder, pois é dado pelo povo, para que o Estado tenha a liberdade de punir, e é ao mesmo tempo um dever, pois o Estado tem a obrigação de punir nos casos previstos em lei.

Contudo, o Estado não pode ter o direito de punir um crime eternamente em suas mãos, punindo quando achar mais conveniente, ele tem um prazo para fazer isso, pois se não o tivesse haveria uma sensação de impunidade mesmo que os crimes fossem punidos, pois o grande lapso temporal, entre o fato e a punição, faz criar a sensação de que não houve justiça.

Com isso, a sociedade acaba perdendo a confiança no sistema judiciário, influenciando a algumas pessoas a violarem a lei por acharem que não serão punidas, devido perceberem no seu meio social que os delinquentes não são punidos de imediato. Nesse sentido, descreve Beccaria (1998, p.80):

É, pois, de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da ideia associada à pena. A longa demora não produz outro efeito além de dissociar cada vez mais essas duas ideias.

Assim, observa-se quão importante é para a segurança pública a punição imediata a fim de dar uma resposta à criminalidade e frear o avanço da mesma. Só com respostas imediatas aos violadores da lei é possível construir uma sociedade eficiente e que acredite no poder público e na sua seriedade. Sociedade esta que respeitara as leis não só por temer a punição por parte do Estado, mas também por estar contagiado por enxergar no Estado um verdadeiro organizador da sociedade que reflete os seus objetivos.

Contudo, devido às deficiências do Poder Judiciário, nem todas às vezes é possível por parte do Estado dar uma resposta de imediato aos infratores. Com isso, uma punição depois de grande lapso de tempo não surtiria os efeitos desejados. Observa-se que quanto mais rápido ocorrer à punição, mais eficaz ela será, pois o infrator que é punido o quanto antes liga o seu ato a mesma, ficando uma mensagem de que aquela violação traz como consequência a punição. Essa mensagem também é recebida pela sociedade. Porém quando se demora muito para punir essa mensagem desaparece, esvaziando assim um dos propósitos da pena que é a prevenção.

Desta forma, quando o Estado, por negligência, deixa transcorrer um grande lapso temporal, entre a data do fato e a punição, é melhor ocorrer à prescrição, que é a perda do direito de punir por parte do Estado. A prescrição faz com que o processo seja extinto, não havendo mais a condenação do réu. Com isso o Estado ganha tempo podendo dar mais atenção a processos mais novos e fazendo, conseqüentemente, que a justiça seja mais célere e eficiente.

## 2.2 ASPECTOS DO DIREITO DE PUNIR

O tema prescrição penal está intrinsecamente ligado à punibilidade. O Estado é atualmente o legítimo detentor do *jus puniendi*, como esclarece Tourinho Filho (2006, p. 5):

Porque os bens tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, o direito de punir os infratores corresponde à sociedade. Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, e a sociedade é a principal vítima; por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência e conservação.

Como a sociedade, assim entendida, é uma entidade abstrata, a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em mãos do Estado, que a realiza por meio dos seus órgãos competentes.

Assim, não há mais espaço no Direito para o exercício da justiça com as próprias mãos, podendo inclusive esta atitude se caracterizar como exercício

arbitrário das próprias razões, que é crime e está previsto no artigo 345 do Código Penal.

O Estado agora é o responsável para pacificar os litígios, como explica Tourinho Filho (2010 p. 23-24):

Então o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar a justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu. Os litígios afetavam sobremaneira a segurança da ordem jurídica, e assim, para manter a ordem no meio social, para restaurar a ordem jurídica quando violada – arte de dar a cada um o que é seu – passou a ser exercida, administrada pelo Estado.

O Poder Judiciário, totalmente imparcial, deverá realizar um julgamento justo e longe de qualquer influência, podendo, ao final, aplicar a pena cabível. Desta forma, se está protegendo o indivíduo de uma violência arbitrária, de vinganças imerecidas e desproporcionais e, ao mesmo tempo, impondo-lhe o dever de cumprir uma pena, caso seja condenado.

Observa-se que sempre que um indivíduo pratica um fato típico, ilícito e culpável pratica um crime, segundo a teoria tripartida. Logo, surge para o Estado a obrigação de punir o infrator. A punibilidade surge quando se verifica que o autor praticou uma conduta culpável, neste momento o direito de punir Estatal passa do abstrato e materializa-se na sanção.

Sobre o tema, esclarece Tourinho Filho (2010, p.29):

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe em *abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena (grifo do autor).



Como se pode observar da citação acima, o direito de punir estatal é dividido em dois, um ocorre antes do cometimento do ilícito com a previsibilidade penal que é o direito de punir em abstrato e o outro quando o indivíduo pratica essa conduta sendo o direito de punir em concreto.

O Estado possui o poder-dever de agir quando um indivíduo viola a legislação. Essa atuação do Estado é vista como poder pelo fato dele possuir o *jus puniendi* e vista como dever por não poder abster-se de atuar quando uma norma criada para beneficiar a sociedade é ferida.

Nessa relação jurídica que é criada por esse poder-dever de Estado, cabe ao investigado ajudar e não atrapalhar a instrução criminal, da mesma forma que se impõe ao Estado o dever de aplicar a sanção penal se porventura vier o réu a ser condenado. O “contrato social” firmado entre o Estado e a sociedade impõe esses direitos e deveres para ambos.

No que se refere ao exercício do poder punitivo em termos práticos que é a jurisdição Bonfim (2010, p.48) esclarece:

Nesse sentido, pode a jurisdição ser definida como o poder estatal de aplicar o direito objetivo a um caso concreto, objetivando restaurar a paz social abalada pela eclosão do litígio, por meio da solução justa dos conflitos de interesses que surgem na sociedade.

Dessa forma, o Estado, por meio de um juiz investido do poder de jurisdição estatal será o responsável por dar andamento ao processo, fiscalizá-lo e por fim sentenciar seguindo o devido processo legal.

Antes da sentença penal irrecorrível o que há é o *jus puniendi*, posteriormente a sentença transitada em julgado surge o *jus executionis*, que obrigará o Estado a executar a pena já que nesta fase não cabe mais recurso.

### 2.3 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O Estado, por possuir o poder punitivo, tem a obrigação de aplicar a pena, quando um delito é praticado. Segundo Greco (2006, p.757):

A punibilidade é uma consequência 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 seu *ius puniendi* (grifo do autor).

No mesmo sentido Damásio de Jesus (2010, p. 719):

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

Contudo, esse poder possui limites, sendo restringido por fatores que servem para regular a aplicação da justiça. Podem ser citados como limites do poder punitivo estatal os princípios da legalidade, proporcionalidade, da limitação das penas, bem como as causas extintivas da punibilidade.

Nucci (2011, p. 593) conceitua a extinção da punibilidade como sendo “o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei”.

Enfatiza Greco (2006, p.758):

Entretanto 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 *ius puniendi*, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de *extinção da punibilidade* (grifo do autor).

As causas extintivas da punibilidade acabam por extinguir a própria punibilidade do agente, retirando do Estado o direito de punir. A punibilidade é a relação jurídico-penal entre o infrator e o Estado. As causas que extinguem a punibilidade são circunstâncias que excluem essa relação jurídico-penal, persistindo, porém os elementos do crime que são: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

O artigo 107 do Código Penal elenca as causas extintivas de punibilidade, contudo esse rol não é taxativo, pois outras causas existem no Código Penal e na

legislação especial penal. A seguir as causas extintivas da punibilidade previstas no artigo citado:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I- pela morte do agente;

II- pela anistia, graça ou indulto;

III- pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV- pela prescrição, decadência ou preempção;

V- pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI- pela retratação do agente, nos casos em que a lei permite;

VII- (Revogado pela Lei nº 11.106/2005)

VIII- (Revogado pela Lei nº 11.106/2005)

IX- pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

As causas extintivas da punibilidade retiram todos ou alguns dos efeitos penais do crime, os quais se subdividem em principais e secundários. Os efeitos principais são aquelas consequências imediatas da sentença condenatória, por exemplo, o cumprimento da pena imposta. Já os efeitos secundários eles também vem da sentença condenatória, mas não são efeitos fundamentais desta, a exemplo da reincidência.

Observa-se que, anteriormente a sentença penal transitada em julgado, qualquer causa extintiva da punibilidade extinguirá os efeitos penais primários e secundários. No entanto, se a causa extintiva da punibilidade ocorrer posteriormente à sentença condenatória transitada em julgado só extinguirá os efeitos primários.

Desta forma, se a prescrição se der antes do transito em julgado, na prescrição da pretensão punitiva, não gerará nenhum efeito para o indivíduo, será como se o agente não tivesse cometido crime, estando livre de qualquer tipo de sanção, inclusive sendo considerado réu primário. Entretanto, extinguirá também os efeitos secundários, independentemente do momento, nos casos de *abolitio criminis* ou anistia, situações em que não se poderá caracterizar a reincidência. A *abolitio criminis* e a anistia possuem efeito *ex tunc*, retroagindo de forma a extinguir os efeitos primários e secundários, mesmo após a sentença transitada em julgado.

Da mesma forma, a morte do indivíduo extingue todos os efeitos penais, só podendo a vítima ressarcir o seu dano na esfera civil em face dos herdeiros do autor do fato até as forças da herança transmitida, de acordo com o inciso XLV, do artigo 5º da Constituição Federal que assim expressa: “Nenhuma pena passará da pessoa

do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

O juiz, no curso da ação penal, quando nota a presença de uma causa extintiva de punibilidade ele deve declarar de ofício. Com isso observa-se a importância que a legislação dá para que se extinga um processo quando ele não puder mais levar a punição ao infrator. Quando não se pode mais punir o infrator o processo não possui mais serventia, não possui mais valor.

No que se refere às causas extintivas da punibilidade, o fator tempo é detentor de proeminência quando do estudo da prescrição, decadência e perempção, cada uma tendo o momento próprio de verificação, sendo que a prescrição é a mais polêmica e destacada.

### 3 PRESCRIÇÃO

A prescrição é um tema muito discutido pelos juristas, pois ela envolve duas questões muito polêmicas que são a punição e o esquecimento quanto ao crime. Quando ocorre um crime, a princípio há uma grande repercussão no meio social, tomando uma abrangência maior ainda quando o fato é noticiado pela mídia, gerando um clamor público para que os responsáveis pelo fato delituoso sejam punidos. São normalmente nesses momentos em que as pessoas começam a discutir mais sobre a maioria penal, pena de morte e outros assuntos polêmicos no meio social. Contudo, com o decorrer do tempo é natural que os crimes acabem caindo no esquecimento e apenas sejam lembrados como estatísticas. Isso se dá devido o tempo apagar as memórias do fato e por fim o próprio desequilíbrio social causado pelo crime.

Ela possui importância real e concreta para o direito porque mantém com esta ciência íntima relação de garantia individual e desenvolvimento social. No Direito Penal, sua existência e segurança são aceitas sem ressalvas, operando-se para extinguir a punibilidade antes ou depois da sentença penal condenatória. Ela se configura como a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Como explica Jesus (2010, p.761):

O decurso do tempo possui efeitos relevantes no ordenamento jurídico, operando nascimento, alteração, transmissão ou perda de direitos. No campo penal o transcurso do tempo incide sobre a conveniência política de ser mantida a persecução criminal contra o autor de uma infração ou de ser executada a sanção em face de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma. Com a prescrição o Estado limita o jus puniendi concreto e o jus punitonis a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição violada pelo sujeito.

O Estado, quando admite a prescrição, não está deixando de lado o direito de punir, apenas verifica que este se extinguiu devido ao desaparecimento da necessidade/utilidade da punição. O Estado possui o seu poder de punir de forma restringida, devendo seguir normas de política criminal. Desta forma, quando cessar o seu poder punitivo deve-se cessar também a sua atuação para que não se torne arbitrário.

O grande decurso do tempo faz com que a punição se torne prescindível, pois ela deixa de ser necessária e útil, perdendo sua finalidade retributiva e preventiva. O lapso temporal faz com que o crime caia no esquecimento e a punição seria aplicada fora de um contexto fático, não surtindo efeito tanto para o infrator quanto para a sociedade.

Da mesma forma, não seria coerente que o Estado tivesse o poder de punir eternamente, não seria vantajoso para sociedade que o Estado só punisse ao tempo que lhe conviesse, que lhe fosse proveitoso, pois o direito de punir poderia ser usado de maneira mascarada, atendendo interesses particulares e sendo usada como uma arma para constranger os indivíduos pelo resto de suas vidas.

Desta forma, observa-se a importância do instituto da prescrição que dá ao cidadão uma segurança jurídica, proibindo que ele seja perseguido criminalmente por tempo indeterminado e ainda pressiona o Estado a agir de forma mais rápida em sua atividade jurisdicional para evitar a prescrição.

### 3.1 CONCEITO

Jesus (2008, p.17) conceitua a prescrição penal, como "[...] a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo".

Segundo Masson (2008, p. 969), "Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da omissão, da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto".

Greco (2006, p. 781) conceitua a prescrição penal: "[...] 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".

Capez (2011, p. 614) afirma que a prescrição é a "perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não-exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de execute-la) durante certo tempo".

Tourinho Filho (2010, p. 644) se reportando a Haus afirma que a prescrição é “[...] meio de se liberar das consequências de uma infração pelo efeito do tempo fixado e sob as condições determinadas pela lei. Ela põe fim a ação ou a pena.”

Para Nucci (2011, p. 607) a prescrição é: “A perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social”.

A prescrição, nada mais é, do que o prazo que o Estado possui para agir, fazendo valer o seu poder punitivo, aplicando a sanção penal. A prescrição limita esse poder, fazendo com que o Estado perca o direito de punir, se decorrido o período previsto em lei para a sua manifestação e ele se tenha mantido inerte.

### 3.2 ANÁLISE HISTÓRICA

A prescrição é tida como um instituto originário da Grécia e de Roma, não se tendo ao certo a sua origem. Em Atenas o tempo já era utilizado como forma de extinguir a ação penal que apresentava dificuldades probatórias, reservando, contudo, a imprescritibilidade para alguns crimes.

Já em Roma, a prescrição surgiu no século XVIII a.C., com a *Lex Julia de Adulteriis*, era previsto nesta lei um prazo de cinco anos, sendo aplicada nos casos de estupro, lenocínio, adultério e incesto. Com o passar do tempo à prescrição foi ganhando espaço no Direito Romano, surgindo posteriormente à prescrição vintenária como regra na legislação do Império.

Contudo, a maioria da doutrina afirma que tanto no Direito Romano quanto no Direito Grego só vigia a prescrição da pretensão punitiva, não existindo a prescrição da pretensão executória. Já na França, no século XVII, este tipo de prescrição era admitida pela jurisprudência.

No Brasil colonial vigorou a imprescritibilidade. As ordenações de Portugal, que eram a legislação vigente, sendo as Filipinas, no aspecto criminal, não a previam. O instituto só surgiu depois de proclamada a independência, sendo o

primeiro diploma a tratar da prescrição a Lei de 30 de setembro de 1830. Somente em 1832 o Código de Processo Criminal o instituiu.

### 3.3 NATUREZA JURÍDICA

Há uma grande divergência doutrinária quanto a natureza jurídica da prescrição penal. A maioria se posiciona no sentido de que ela seja um instituto de direito material; já outra corrente compreende ser ela de cunho processual; existindo ainda uma terceira corrente que sustenta a ideia de caráter misto, isto é, ela possuiria caráter processual e material.

Levando-se em conta que a prescrição seja a perda ou a extinção do poder de punir do Estado, conseqüentemente se terá o entendimento que sua natureza é de direito material, tendo em vista que o direito de punir se encontra no Direito Penal. Esse é o posicionamento defendido por Capez (2011, p.614) que assim expressa:

A prescrição é um instituto de Direito Penal, estando elencada pelo CP como causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV), Embora leve também à extinção do processo, esta é mera consequência da perda do direito de punir, em razão do qual se instaurou a relação processual.

Da mesma forma, leciona Jesus (2010, p. 762):

Creemos, entretanto, que a prescrição tem natureza exclusivamente penal. Tanto que, constituindo causa extintiva da punibilidade, vem disciplinada no CP. O impedimento a persecução penal que dela decorre configura simples efeito de natureza processual penal, como acontece com outras causas, como a anistia, a renúncia do direito de queixa, a reparação do dano do peculato culposo etc.

Contudo, se for defendido que o que ocorre é a prescrição da ação penal, então, a sua natureza será processual.



Já a teoria mista sustenta que a prescrição está inserida tanto no direito processual quanto material, por conta de abranger características típicas de ambos. A respeito desse assunto, afirma Jesus (2010, p.762):

Parte da doutrina entende que a prescrição tem natureza mista, pertencendo ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Sob o aspecto material (penal), o Estado, diante do decurso do tempo, não tem mais razões para aplicar ao fato o Direito penal objetivo, extinguindo-se a exigência de punição. Pelo prisma processual, a passagem do tempo faz com que a produção das provas se dilua e surja a possibilidade de sentenças injustas. Por isso, fica impedida a iniciativa da persecução penal.

A importância de se saber qual a natureza jurídica da prescrição penal, está na possibilidade de se aplicar ou não a retroatividade da lei, quando esta for mais favorável ao réu.

Os que defendem que a prescrição possui natureza processual, se posicionam a favor da aplicação do princípio *tempus regit actum*, que tem como característica a aplicação da lei ao tempo que vigorava, mesmo surgindo lei posterior mais benéfica ao acusado.

Entretanto, atualmente já é pacífica a noção de que a prescrição penal é instituto de direito material, com isso caso apareça lei posterior mais benéfica ela deverá retroagir para beneficiar o réu.

### 3.4 TEORIAS JUSTIFICADORAS

Há várias teorias na doutrina que embasam a existência da prescrição penal. Uma das principais teorias é a teoria do esquecimento, a qual afirma que o lapso temporal faz desaparecer a memória coletiva do delito praticado, fazendo assim, desaparecer o interesse a ser protegido.

Sobre a teoria do esquecimento Nucci (2011, p. 607) afirma:

[...] baseia-se no fato de que, após o decurso de certo tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime apaga-se

da mente da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando, pois de haver motivo para a punição.

Com isso, não existiria mais para o Estado o interesse em punir o delinquente quando se passa um longo período de tempo da época do cometimento do crime, pois uma das principais funções da pena, que é a prevenção geral, não mais surtiria os efeitos desejados.

Há ainda, a teoria do desaparecimento das provas, a qual alega que com o passar do tempo se torna muito mais difícil se apurar o delito e as circunstâncias em que ocorreram, podendo com isso provocar erros judiciários. Sobre a referida teoria, afirma o supracitado autor (2011, p. 608):

Lastreia-se na ideia de que o decurso do tempo provoca a perda das provas, tornando quase impossível realizar um julgamento justo muito tempo depois da consumação do delito. Haveria maior probabilidade de ocorrência de erro judiciário.

Outra teoria é a teoria da emenda, segundo a qual, o grande lapso temporal desde a prática do crime faz presumir, se o indivíduo não delinuiu que ele se reabilitou. Assim, essa teoria invoca a terceira função da pena, possuindo como fundamento a prevenção especial, que presa pela recuperação do delinquente para que ele seja reinserido na sociedade. De acordo com Nucci (2011, p. 608) essa teoria: “tem por base o fato de que o decurso do tempo traz, por si só, mudança de comportamento, presumindo-se a sua regeneração e demonstrando a desnecessidade da pena”.

Capez (2011, p.614) apresenta como fundamentos da prescrição os seguintes: “a) inconveniência da aplicação da pena muito tempo após a prática da infração penal; b) combate à ineficiência: o Estado deve ser compelido a agir dentro de prazos determinados”. De acordo, com este doutrinador, além dos problemas causados com a aplicação da pena tardiamente, a prescrição é uma forma de pressionar o Estado a atuar de forma mais célere, combatendo assim a sua morosidade.

### 3.5 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

A prescrição gera a impossibilidade de se firmar a relação jurídico-penal entre o Estado e o agente delituoso, isto é, a extinção da punibilidade. Ela atua como um limitador do direito de punir estatal, extinguindo a pretensão deste em impor a sanção e punir.

De acordo com Capez (2011, p. 614):

[...] a prescrição extingue o direito de punir do Estado, enquanto a decadência atinge o direito do ofendido de promover a ação penal privada. A prescrição atinge, portanto, em primeiro lugar o direito de punir do Estado e, em consequência, extingue o direito de ação (a ação se iniciou para a satisfação do direito; não existindo mais *jus puniendi*, o processo perde seu objeto); a decadência (e a perempção), ao contrário, alcança primeiro o direito de ação, e, por efeito, o Estado perde a pretensão punitiva (grifo do autor).

A decadência, no âmbito penal, pode se manifestar de duas formas: como limitadora da propositura da queixa-crime, bem como do direito de representação. Na queixa-crime, o ofendido tem o prazo de seis meses para dar início à ação penal privada, sob pena de decair de seu direito. No caso da representação, também há o prazo de seis meses só que para que o indivíduo prejudicado manifeste sua vontade de dar prosseguimento à ação penal. Neste caso a ação é pública, mas condicionada a representação sendo esta uma condição de procedibilidade.

Como bem afirma Tourinho Filho (2010, p. 516):

Mesmo sendo privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado. Este, apenas, concede ao ofendido ou ao seu representante legal o *jus persecuendi in judicio*. Trata-se de um caso, no campo processual penal, de substituição processual. As verdadeiras partes, em qualquer infração penal, são aquelas que têm interesse na lide. De consequência, as partes jurídico-materiais são: o genuíno infrator da norma penal, de um lado, e, de outro, o Estado, como titular exclusivo do direito de punir. Mas, em face daquelas razões já acentuadas, o Estado, a despeito de ser o único interessado em reprimir as infrações, função que ele deve exercer para lograr um dos fins essenciais para os quais foi constituído, transfere ao particular o direito de acusar. O ofendido, então, passa a ser titular da ação penal (nos casos previstos em lei) e ingressa em juízo para, em nome próprio, defender um interesse alheio, vale dizer, um interesse exclusivo do Estado, qual o de reintegrar a ordem jurídica violentada pela ação penal. Por isso se diz que, nas hipóteses de ação privada, o particular é parte extraordinária legítima para agir, porquanto comumente, ordinariamente, a parte legítima para intentar a ação

penal é o titular do interesse em litígio, vale dizer, o Estado (grifo do autor).

Observa-se que, apesar de ser o particular o titular da ação penal privada, o direito de punir, a pretensão punitiva e o interesse na lide continuam pertencendo ao Estado. Quando ocorre a decadência, na ação penal privada, o indivíduo, que é titular da ação, perde o direito de promovê-la. Já para o Estado é extinta a pretensão punitiva.

Nas ações penais privadas a decadência atinge primeiramente o direito de ação e indiretamente a punibilidade. Entretanto, na ação penal pública condicionada a representação, a decadência extingue somente a pretensão de punir estatal, pois nesse caso o particular manifesta a vontade ou não em prosseguir com a persecução penal.

Faz-se importante se observar que até mesmo nos delitos de ação privada poderá ocorrer a prescrição. Contudo, a prescrição nestes casos só poderá ocorrer após o recebimento da denúncia. Isto ocorre pelo fato de ser o prazo decadencial, de seis meses, inferior ao prazo prescricional mínimo que é de três anos.

### 3.6 EFEITOS

As sentenças penais condenatórias possuem efeitos primários e secundários, além dos efeitos extrapenais. De acordo com o tipo de prescrição, se da pretensão punitiva ou executória, os seus efeitos variam.

Quando ocorrer a prescrição da pretensão punitiva, que se dá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o seu efeito principal é a extinção da punibilidade. Nesse sentido, de acordo com Capez (2011, p.616) os seus efeitos são:

- a) Impede o início (trancamento de inquérito policial) ou interrompe persecução penal em juízo;
- b) Afasta todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais, da condenação;
- c) A condenação não pode constar da folha de antecedentes, exceto quando requisitado por juiz criminal.

Desta forma, não será aplicada nenhum tipo de pena ao réu, sendo afastados todos os efeitos penais, principais e secundários, e extrapenais.

Já em relação à prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, somente é excluído o efeito penal principal que é o cumprimento da pena aplicada, permanecendo, porém, os seus efeitos secundários e extrapenais, que estão previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

- I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
- II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
  - a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
  - b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art.92-São também efeitos da condenação:

- I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:
  - a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
  - b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 04 (quatro) anos nos demais casos.
- II - a incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;
- III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Segundo Capez (2011, p. 622) "ao contrário da prescrição punitiva, essa espécie de prescrição só extingue a pena principal, permanecendo inalterados todos os demais efeitos secundários, penais e extrapenais, da condenação". Desta forma, ocorrida a prescrição depois de transitar em julgado a sentença, o delinquente ficará apenas isento de cumprir propriamente a pena a ele imposta, por se tratar de mero efeito primário da sentença.

### 3.7 ESPÉCIES

Existem duas espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Nesse sentido assevera Capez (2011, p.616):

[...] o Estado possui duas pretensões: a de punir e a de executar a punição do delinquente. Por conseguinte, só podem existir duas extinções. Existem, portanto, apenas duas espécies de prescrição: a) a prescrição da pretensão punitiva (PPP); b) prescrição da pretensão executória (PPE).

Uma das principais diferenças entre elas é o momento em que ocorrem se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, com base na pena em abstrato, em uma pena “fictícia”, ainda não há uma condenação, inexistindo, portanto, uma pena concretizada a servir de base para o cálculo da prescrição, sendo necessário então fazer uso da pena máxima cominada à conduta delituosa praticada pelo agente, como afirma Nucci (2011, p. 612): “prescrição da pretensão punitiva: é a perda do direito de punir, levando-se em consideração prazos anteriores ao trânsito em julgado definitivo, isto é, para ambas as partes”.

Já na segunda espécie a prescrição ocorre na pena em concreto, pois já existe a sentença condenatória transitada em julgado e, portanto, uma pena fixada que servirá de base de cálculo da prescrição, como se pode observar da explanação de Tourinho Filho (2010, p. 649):

A prescrição, por outro lado, verifica-se, também, depois da transitar em julgado a sentença condenatória. Neste caso, fala-se em prescrição do *jus punitionis*, isto é, prescrição da pretensão executória. Passada em julgado a sentença condenatória, já não há pretensão punitiva, mas, sim, pretensão executória. A prescrição, aqui, atinge o direito de aplicar a sanção imposta na sentença (grifo autor).

A prescrição da pretensão punitiva ainda é subdividida em: Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita; Prescrição Retroativa; Prescrição

Superveniente ou Intercorrente e Prescrição Retroativa Antecipada ou Virtual, que é o objeto principal deste estudo.

A Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita é calculada com base na maior pena prevista no tipo legal (pena abstrata), possuindo fundamento no artigo 109 do CP, a saber:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

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

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

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

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

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

VI - em 03 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 01 (um) ano.

Greco (2008, pág.735) conceitua a prescrição retroativa da seguinte maneira:

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a data do fato, com algumas peculiaridades que veremos a seguir.

Ela se efetuará antes do trânsito em julgado da sentença, como a anterior, entretanto, será regulada pela pena em concreto, em razão de já ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação ou improvimento do seu recurso.

O instituto da prescrição retroativa sempre foi um tema muito polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ela é vista por uns como uma forma de abrandar a morosidade do Poder Judiciário. Em contrapartida, outros entendem que ela promove a impunidade, por possibilitar o benefício a condenados.

Com o surgimento da Lei 12.234/10 a prescrição retroativa foi alterada mudando-se o artigo 110 do CP, e excluindo-se o § 2º e modificando para esta redação o seu parágrafo primeiro:

Art. 110. [...] § 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.

Antes do advento desta lei a prescrição retroativa poderia se dar tanto entre a data do crime e o recebimento da denúncia, como entre esta e a publicação da sentença penal condenatória. Com a nova legislação, só poderá incidir a prescrição retroativa entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença.

Com a extinção parcial da prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade retroativa beneficiou-se o órgão responsável pela investigação criminal com o aumento do prazo fatal de eventual prescrição quando fosse verificada a aplicação da pena concreta ao agente. Isto é, a polícia, só passa a se preocupar com o prazo prescricional referente à pena máxima cominada ao crime.

Já na atividade jurisdicional, que precisa se adequar aos princípios constitucionais, necessitando de mais tempo para julgar, ainda está sob o jugo da prescrição retroativa em caso de inércia durante o momento do recebimento da denúncia e a condenação de primeiro grau.

A prescrição intercorrente ou superveniente ocorre após trânsito em julgado para a acusação ou quando o recurso da mesma é improvido, começando a ser contada a partir da data da publicação da sentença, sendo regulada pela pena em concreto. Nesse sentido elucida Costa Jr. (2010, p.334):

A partir da data da publicação da sentença, começa a correr o prazo prescricional calculado com base na pena concretizada naquela decisão. Se o prazo completar-se antes do trânsito em julgado da sentença para a defesa, ou do julgamento do recurso interposto pelo réu, consuma-se a extinção da punibilidade pela prescrição intercorrente.

Desta forma, se tiver decorrido o tempo referente à prescrição em relação à pena aplicada, depois de feita a publicação da sentença, sem haver o trânsito em julgado da mesma, ocorrerá à prescrição intercorrente ou superveniente.

Por fim, há ainda a prescrição retroativa antecipada ou virtual, objeto principal deste trabalho, cuja existência é polêmica tanto entre os doutrinadores quanto entre os tribunais. Ela, nada mais é, que um reconhecimento da prescrição retroativa de maneira antecipada, antes da existência de sentença, pelo fato de se verificar que inevitavelmente no futuro será aplicada uma pena em que incidirá a prescrição.



Desta forma, em casos excepcionais e em que estiverem claramente comprovadas as circunstâncias do delito, personalidade do agente e sua culpabilidade e se certificar que ao final do processo será cominada uma pena ao crime que será atingida pela prescrição retroativa, reconhece-a de forma antecipada.

Reconhece-se a prescrição para que não se gaste o tempo do Poder Judiciário com processos inúteis, prezando-se assim pelo princípio da economia processual. Apesar de ser aplicada em primeiro grau de jurisdição, a prescrição virtual é rejeitada pelos tribunais superiores, com o argumento de não haver previsão legal. Com o advento da lei 12.234/10, por ser uma prescrição retroativa, a prescrição virtual só poderá ser aplicada entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença penal condenatória.

### 3.8 IMPRESCRITIBILIDADE

A imprescritibilidade refere-se aos crimes que não se sujeitam a prescrição, isto é, aos crimes em que a pretensão punitiva do Estado não se extingue, fundamentando-se na necessidade de haver crimes em que se deve manter a contínua necessidade da punição.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, em seus incisos XLII e XLIV, trata dos dois únicos casos de imprescritibilidade na legislação pátria. Assim dispõe a Carta Magna:

Art. 5º. [...]

XLII - A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]

XLIV - Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Com isso, os dois únicos crimes em que não ocorrerá a prescrição serão os crimes de racismo e nas ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Nesse diapasão, afirma Capez (2011, p. 615-616):

A constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não correrá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea (núcleo constitucional intangível), conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo art. 60, § 4º, IV, da CF. Com efeito, não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal.

Por fazer parte dos direitos fundamentais do indivíduo, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão sofrer emenda constitucional que tenha por intuito ampliar o rol dos crimes imprescritíveis. Caso contrário, se estaria adentrando no âmbito dos direitos individuais, de modo a reduzi-lo.

## 4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição virtual, também conhecida como prescrição retroativa antecipada, projetada ou prognose prescricional é um tema suscetível de muitas discussões quanto a sua aplicabilidade no mundo jurídico, vez que tal modalidade prescricional vem sendo muitas vezes rechaçada nos tribunais, mas acolhida por parte da doutrina e juízes monocráticos.

Em verdade, a prescrição virtual consiste em uma forma de prescrição retroativa feita antes da prolação da sentença, levando-se em conta a pena que o réu viria a ser condenado para efeito do cálculo prescricional. Evitando-se desta maneira o dispêndio de tempo na apuração de um processo que resultaria em um nada, devido à evidente extinção da punibilidade que o alcançaria.

No conceito de Masson (2008, pág. 1005) na prescrição virtual, “Decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa”. Para Nucci (2011 p 612): “A denominada prescrição antecipada ou virtual leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado por ocasião da futura sentença”.

Ela é uma antecipação do reconhecimento da prescrição, tomando como referência a pena mínima aplicada, pois ao se verificar que as circunstâncias processuais são favoráveis ao indivíduo, observa-se que a pena será a mínima prevista legalmente. Com isso, o prazo para efeito de prescrição será baseado nesta pena e não na pena em abstrato.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão pacificando o seu entendimento predominante em sentido contrário à prescrição antecipada:

O Tribunal, após reconhecer a existência de repercussão geral no tema objeto de recurso extraordinário interposto contra acórdão de Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da inadmissibilidade de extinção da punibilidade em virtude da decretação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva e deu provimento ao apelo extremo do Ministério Público. Asseverou-se que tal orientação fora consolidada, de regra, sob o fundamento de ausência de previsão legal da figura. Alguns precedentes citados: RHC 98741/MA (DJE de 7.8.2009); AI 728423 AgR/SP (DJE de 19.6.2009); Inq 2728/BA (DJE de 23.3.2009); HC 94338/PR (DJE de 17.4.2009); RHC 94757/SP (DJE

de 31.10.2008); RHC 88291/GO (DJE de 22.8.2008). Recurso Extraordinário nº 602.527/RS, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009.

Em abril 2010, o Superior Tribunal de Justiça também expôs entendimento no sentido de rechaçar a prescrição antecipada por meio da súmula 438 que diz: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal". Essa súmula procurou encerrar a discussão quanto à aplicabilidade da prescrição, contudo ela vai de encontro com a tendência dos tribunais que decidem pela sua aplicabilidade.

A Lei 12.234/10 proibiu que a prescrição retroativa tivesse por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa. Contudo, a prescrição virtual ainda prevalece, tal como esclarece Capez (2011, p. 632):

Isso não quer dizer, no entanto, que a prescrição virtual foi abolida, pois o lapso prescricional poderá ser contado a partir do recebimento da peça inicial acusatória e a publicação da sentença condenatória, tal como sucede com a prescrição retroativa.

Nesse mesmo sentido, argumentam Gomes e Sousa (2010):

Que é a prescrição virtual? É a prescrição que se conta pela pena em perspectiva aplicável (pena que se vislumbra como aplicável, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto). Essa prescrição sempre foi atrelada à prescrição retroativa. Com a nova lei, se a prescrição retroativa acabou pela metade, parece muito acertado afirmar que a prescrição virtual também se extinguiu pela metade. Como assim? Ela já não pode ser contabilizada entre a data do fato e a denúncia (isso é que está proibido pela nova lei). Mas pode ser contada a partir do recebimento da denúncia ou da queixa.

Desta forma, faz-se possível afirmar que a prescrição retroativa foi extinta parcialmente, com isso extinguiu-se também, em parte, a prescrição virtual.

#### 4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Serão analisados, a seguir, os principais argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência que sustentam a viabilidade e os benefícios da aplicação da prescrição virtual no ordenamento jurídico vigente.

#### 4.1.1 Falta de Interesse de Agir

Os defensores da aplicação da prescrição antecipada têm como um dos principais argumentos a inexistência do interesse processual de agir, afirmando que este interesse deve estar presente, sob pena de carência da ação. O interesse de agir pode ser desdobrado em três: na necessidade, utilidade e adequação.

A necessidade está focada na indispensabilidade de se obter a tutela jurisdicional, assim, quando houver a perda do direito de punir o processo se torna desnecessário. Esclarece Bonfim (2010, p. 180): “A necessidade de agir em juízo consubstancia-se na circunstância de que a pretensão do autor não possa ser satisfeita por outro meio senão pelo pronunciamento jurisdicional”.

O processo também deve ser útil na eficácia da atividade jurisdicional. Nesse sentido, explica Capez (2012, p.158): “Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir”. A adequação, por sua vez, está relacionada ao tipo de procedimento e provimento utilizado de acordo com o devido processo legal.

É visível a falta de interesse de agir nos casos em que ocorre a prescrição pela pena futuramente aplicada. Tourinho Filho (2010, p. 663) defende a prescrição virtual afirmando:

Malgrado a corrente majoritária condene o reconhecimento da prescrição ante a pena virtual, parece-nos incensurável a v. decisão do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: “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” (RT, 669/414) (grifo do autor).

No caso de se dar continuidade a uma ação nessas circunstâncias a pena jamais virá a ser aplicada, inexistindo, dessa forma, interesse de agir, em vista da imprestabilidade da ação penal.

Observa-se que a prescrição virtual provoca a ausência do interesse de agir no caso concreto, já que, se for dado continuidade ao provimento, esse será inútil, pelo fato de não se poder aplicar, ao final, a sanção, por conta da prescrição retroativa. Assim considerando, caso decorra a prescrição virtual, pode-se pleitear, por meio de Habeas Corpus, o trancamento da ação penal, fundamentando-se na ausência de interesse de agir da ação penal.

#### 4.1.2 Proteção aos Princípios da Economia Processual, Razoável Duração do Processo e Eficiência

A prescrição virtual também é defendida com os argumentos dos princípios da economia processual, da razoável duração do processo e da eficiência, os quais mantêm entre si íntima relação.

A economia processual é um dos principais argumentos para se defender a prescrição antecipada, uma vez que se demonstra inútil e dispendioso movimentar a máquina estatal com processos natimortos, isto é, com processos em que inevitavelmente o Estado perderá o direito de punir o infrator. Esse é o entendimento de Baltazar (2003, p. 107):

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

Esse argumento encontra forças na jurisprudência, tal como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DESACATO. ART. 331, CAPUT, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA PROJETADA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1 – Correta a declaração de extinção da punibilidade dos recorridos em face da prescrição virtual da pretensão punitiva do

Estado. 2 – Em caso de condenação, eventual pena aplicada seria alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, não se justificando, desse modo, a movimentação da máquina judiciária. 3 – Aplicação do princípio da economia processual, uma vez que todo o processo deve carregar utilidade. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71003092210, Turma. (71003092210 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales. Data de Julgamento: 20/06/2011, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2011).

O princípio da economia processual está ligado ao interesse de agir que se pauta na necessidade e utilidade do processo. De modo que, na ausência deste interesse, o processo perde sua eficácia, desrespeitando também o princípio da economia processual, pois continuará a pratica de atos inúteis, gastando-se tempo e dinheiro.

Com o advento da emenda constitucional nº 45, consagrou-se na Constituição Federal o direito de todos os litigantes à razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A respeito do assunto relata Bonfim (2010, p. 102-103):

Trata-se de um princípio pelo qual não só os atos processuais, vistos isoladamente como partículas do procedimento, mas também a concessão da própria tutela requerida, nos casos em que o requerente tenha razão, sejam providos com celeridade, privilegiando a eficácia da tutela concedida.

Consiste, portanto, a aplicação do princípio da celeridade processual em mais um argumento utilizado para se defender o reconhecimento antecipado da prescrição. Este princípio impõe ao Estado a obrigação de se assegurar um processo célere, sob o fundamento de que, uma tutela tardia é uma tutela inadequada. Segundo Fayet Júnior (2007, p. 172):

[...] a prescrição antecipada colocar-se-ia como um meio (entre tantos outros que pode haver) por intermédio do qual se pode concretizar o direito à celeridade processual; e, sobretudo, trata-se um meio que não implica derrogação de garantias (como aqueles que pretendem a redução dos prazos, dos meios de impugnação ou instâncias dos próprios processos em andamento, da diminuição do número de testemunhas, etc.).

Com isso, a prescrição antecipada, serviria para preservar a razoável duração do processo, tornando-o mais célere, mas sem prejudicar garantias como a do contraditório e da ampla defesa.

Visa-se, desta maneira, a realização de uma prestação jurisdicional eficiente por parte do Estado, que, o quanto antes, possa dar uma resposta aos indivíduos envolvidos na relação jurídica e que também sirva de resposta para a sociedade. Não se pode conceber que um processo dure por um tempo demasiadamente longo, causando desconforto e constrangimento às partes.

Em todos os processos devem ser resguardados os direitos pertinentes às partes envolvidas, exigindo-se cautela em relação às suas minúcias e, ao mesmo tempo, sem deixar de afastar os empecilhos que por ventura venham a deixar o processo lento.

O princípio da eficiência consiste em uma forma imposta ao agente público para que o mesmo atinja o fim desejado com o mínimo de dispêndios. Sobre tal princípio, afirma Capez (2012, p. 71):

O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível.

Desta forma o direito processual, deve garantir a concretização do direito material trazendo a paz social. Contudo, não pode haver apenas a tutela formal do direito afastada da realidade fática e distante dos efeitos materiais da norma o que ocorre quando não é respeitada a razoável duração do processo e a eficiência. Em tais casos, a finalidade da norma não é atingida, por conta do longo decurso do tempo entre o fato e a sentença.

Assim, para que o Judiciário se torne mais célere e eficiente, deve-se priorizar os processos mais novos e realizar a prescrição virtual naqueles em que, conseqüentemente, com o decurso do tempo será extinta a punibilidade.

#### 4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana



A palavra dignidade provém do latim *dignitas*, o qual significa honra, virtude. A dignidade da pessoa humana está fundada no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa e também no conjunto de direitos estabelecidos para a coletividade.

A dignidade é um valor em si mesmo. Consiste na obrigação do Estado em garantir as condições mínimas de existência propiciando aos indivíduos uma vida digna. A Lei maior, em seu artigo 1º, inciso III, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Feitoza (2009, p. 131) comenta a respeito deste princípio:

O princípio jurídico constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) é previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, significando que a pessoa humana tem um valor intrínseco em razão da sua própria condição humana, e não com meio para outro fim, independentemente de suas qualidades culturais, econômicas, intelectuais, étnicas, familiares, profissionais etc.

O processo penal é algo muito penoso para o acusado, sendo sua imagem associada a do criminoso, além do que este é alvo de preconceito por parte da sociedade. Sobre o “martírio” do processo Penal comenta Feitoza (2009, p.131):

No cotidiano da persecução penal, é comum o esquecimento da condição humana dos sujeitos do direito processual, reduzindo-os a conceitos abstratos, como réu, indiciado, testemunha, ofendido, peritos etc. Assim, frequentemente podemos observar réus provisórios acumulados em estabelecimentos prisionais em condições subumanas, juízes destrutando testemunhas em audiência, policiais tratando cruelmente supostos agentes de um fato delituoso, testemunhas acumuladas por horas a fio sem qualquer atenção a suas necessidades fisiológicas, delegados e promotores de justiça atendendo com agressividade advogados, advogados insultando desnecessariamente a parte contrária, vítimas tratadas como criminosos etc.

Em verdade, o processo penal só tem razão em existir se houver uma sentença penal condenatória. A impossibilidade de sobrevir sentença penal condenatória, associada à continuação do processo, fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o prosseguimento da ação penal quando constatada a prescrição antecipada gera um constrangimento desnecessário e ilegal.

## 4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Parte da doutrina é contrária a aplicação da prescrição virtual, apontando vários argumentos para rechaçá-la. Logo em seguida, serão analisados os principais fundamentos contrários.

### 4.2.1 Falta de Previsão Legal

A doutrina contrária à aplicação da prescrição virtual possui como um dos principais argumentos a falta de previsão legal do instituto. Tourinho Filho (2010, p. 663) comentando a respeito desta doutrina afirma:

A corrente majoritária entende que, ante a falta de previsibilidade legal, não pode o juiz, antes da sentença condenatória, presumir a pena a ser imposta, prever a pena virtual, de molde a reconhecer, antecipadamente, a “prescrição ante a pena em perspectiva ou projetada” [...].

Os defensores desta ideia afirmam que a utilização deste instituto fere um dos mais importantes princípios do Direito, o princípio da legalidade. O referido princípio deixou uma marca na história, pois significou a substituição das monarquias absolutistas, nas quais o que valia era a palavra do monarca, pela forma de governo democrática, sistema este em que todos, sem exceção, estão submetidos ao império da lei.

O princípio da legalidade faz com que tudo que seja feito esteja de acordo com norma anteriormente prevista. Explica Nucci (2011, p. 84):

Trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição.

A necessária previsão legal para regulamentar as condutas humanas visa, sobretudo, resguardar os indivíduos de eventuais punições por condutas que não tenham sido clara e devidamente determinadas como passíveis de penalização. Visa-se, portanto, proteger as pessoas de possíveis interferências abusivas por parte de autoridades estatais. Costa (2009, p. 417- 418) expõe:

O princípio de legalidade, dos direitos e das penas constitui uma garantia essencial do cidadão em virtude do poder punitivo do Estado; determina precisamente a esfera da ilicitude penal e assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do cidadão, evitando a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada.

Dessa forma, o indivíduo pode fazer tudo que não seja proibido por lei e só ser coagido a fazer algo que for obrigatório em lei, ou seja, o indivíduo é livre dentro da esfera da legalidade. Assim considerando, para que a norma seja considerada legal ela deve obedecer aos trâmites previstos na Lei Maior.

O Direito Penal e o Direito Processual Penal mantêm íntima relação com esse princípio, sendo ele uma verdadeira base de sustentação para esses ramos, impedindo ocasionais arbitrariedades que venham a ser cometidos pelo Estado. Tal visão coaduna com o exposto no art. 5º, XXXIX, CF e no CP, em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Desta feita, o direito criminal só se sustém havendo normas incriminadoras previstas legalmente. Faz-se imperiosa, portanto, a submissão e o respeito à lei, devendo a atuação estatal determinar-se dentro dos parâmetros estipulados pelo legislador.

O Tribunal de Justiça do Piauí defendendo a falta de previsão legal para o instituto da prescrição virtual decidiu nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO INDEVIDA DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 438 DO STJ. RECURSO PROVIDO. 438 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que não se admite no ordenamento jurídico pátrio 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 resultado do processo criminal. Incidência da Súmula 438 do STJ. 2. Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada ou virtual da pena, que tem como referencial condenação hipotética. Ofensa ao Princípio do devido processo legal e seus corolários. 3. Recurso conhecido e provido para anular a sentença proferida. (201200010026430 PI, Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 03/07/2012, 2ª. Câmara Especializada Criminal).

Assim, observa-se que tanto alguns tribunais quanto parte da jurisprudência veem na falta de previsão legal uma grande falha no instituto da prescrição virtual e, desta forma, acabam por não aplicá-la. Entendem que o rol das causas extintivas de punibilidade é um rol taxativo, não podendo ser ampliado em virtude do princípio da legalidade.

#### 4.2.2 Violação ao Princípio do Contraditório

Um dos princípios basilares do direito processual penal é o do contraditório que possui previsão constitucional em seu art. 5º, inciso LV, que diz: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Lopes Jr. (2012, p. 239) a respeito do contraditório elucida:

[...] pode ser inicialmente tratado como método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Este princípio assegura que as partes do processo exponham suas manifestações, criando um diálogo capaz de formar a correta convicção do juiz. Elucida Tourinho Filho (2006, p. 21): “O réu deve conhecer a acusação que se lhe

imputa para poder contraditá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido”. Para Nucci (2008b, p. 78), o princípio do contraditório:

[...] quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação da prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

O contraditório é o direito que o acusado tem de participar do processo, de saber o que está ocorrendo, de ser comunicado de todos os atos processuais e poder se contrapor, discordar.

Os juristas contrários a prescrição em perspectiva alegam que o seu uso estaria infringindo o princípio do contraditório, pois não é dada ao réu a chance de contra argumentar, extinguindo-se antes o processo. A segunda turma do Tribunal Regional Federal possui decisão na qual não aceita a prescrição virtual com fundamento no desrespeito ao princípio do contraditório:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO OCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM. I – O dies a quo do prazo prescricional do crime de estelionato contra a Previdência Social, quando se trata de réu beneficiário das prestações, é a data do último recebimento do benefício previdenciário. II – A permanência do crime não engloba o período em que o benefício foi restabelecido por decisão judicial em mandado de segurança, pois, a partir do momento em que se apura a irregularidade nos pagamentos, a autarquia não mais se encontra em erro. III – O reconhecimento antecipado da prescrição pela pena ideal, em perspectiva ou virtual, violaria o princípio constitucional da presunção da inocência, da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando ao acusado o direito de obter uma sentença absolutória, bem como afetaria, por via transversa, o princípio da obrigatoriedade da ação penal. IV – Considerando-se que o mérito propriamente dito ainda não foi analisado, os autos deverão baixar à Vara de origem, pois eventual cognição ampla por parte desta Corte importaria em verdadeira supressão de instância, uma vez que não houve pronunciamento pelo Juízo a quo acerca do meritum causae. V – Recurso provido para determinar a remessa dos autos à Vara de origem. (200651015094996 RJ 2006.51.01.509499-6, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 07/06/2011, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 14/06/2011 - Página: 12).

O uso desse instituto prescricional acabaria por condenar o réu de forma antecipada, com o prejulgamento de um fato do qual não foi feita prova em juízo, ferindo assim o princípio do contraditório. Seria retirada do réu a sua oportunidade de contra-argumentar todas as acusações feitas pela parte oponente.

#### 4.2.3 Violação ao Princípio da Ampla Defesa

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV apresenta o princípio da ampla defesa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Poder Judiciário deve dar ao acusado os meios para exercer o seu direito de defesa, dando a chance de trazer ao processo os elementos necessários ao esclarecimento da verdade. Segundo Nucci (2008a, p.76) “ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”. A ampla defesa é composta pela defesa técnica que é a assistência de um indivíduo com conhecimentos jurídicos, devendo ser exercida por um advogado; a defesa pessoal que é quando o próprio acusado resiste a pretensão estatal defendendo a si mesmo e a facilitação ao acesso á justiça, por meio da prestação jurisdicional gratuita aos necessitados.

A doutrina contrária a prescrição virtual afirma que este instituto afronta o princípio da ampla defesa, pois ele encerra o processo sem dar chances para o acusado de se defender apresentando as provas para esclarecimento dos fatos. Esse é o entendimento do Superior Tribunal Militar:

EMENTA: Habeas Corpus. Ação Penal Militar. Art. 309 do Código Penal Militar (corrupção ativa). Prescrição antecipada (virtual), pela pena em perspectiva. Inadmissibilidade. Prevalência do princípio da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Construção doutrinária repelida pelas Cortes Superiores de Justiça. Súmula 483 do STJ. Conhecimento e denegação da ordem. Falta de amparo legal. Decisão por maioria. 309 Código Penal Militar (1353920117000000 MS 0000135-39.2011.7.00.0000, Relator: Carlos Alberto Marques Soares, Data de

Julgamento: 20/09/2011, Data de Publicação: 27/10/2011 Vol: Veículo: DJE).

Observa-se assim, por meio desse julgado, que parte dos tribunais, com o intuito de resguardar o princípio da ampla defesa, não admite a prescrição virtual, uma vez que, se esta ocorrer, o réu não poderá se defender da acusação, nem provar a sua inocência.

#### 4.2.4 Violação ao Princípio da Presunção de Inocência

Este princípio há muito tempo já era visualizada a sua importância, sobre o assunto comenta Beccaria, citado por Lopes Jr. (2012, p.237): “[...] um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”.

Tourinho Filho (2006, p. 28) fala a respeito da importância da presunção de inocência declarando:

Este princípio nada mais é que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre [...]. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia (grifo do autor).

Percebe-se que a presunção de inocência parte do princípio de que a pessoa não cometeu o ilícito penal, ou seja, consiste em uma relação de confiança do Estado com o indivíduo. Este princípio possui previsão no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A presunção de inocência possui, entre outras, as seguintes consequências práticas: cabe ao órgão acusador provar a culpabilidade do acusado, não tendo este o dever de provar sua inocência; o juiz só pode condenar o acusado se tiver certeza

que foi ele que praticou o crime; e, a liberdade do acusado só pode ser cerceada antes da sentença definitiva a título de medida cautelar.

Este princípio institui que a única maneira de abstrair do acusado a premissa legal de que ele é inocente seria através de uma sentença condenatória que tenha tido trânsito em julgado. Assim, os que são contrários a prescrição antecipada afirmam que a utilização deste tipo de prescrição afronta o princípio da presunção de inocência, pois este instituto presume a culpabilidade do acusado, pondo-o na situação de autor da prática do crime.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte como se pode observar na ementa do Acórdão abaixo:

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NA PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA (ART. 397, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). APELAÇÃO MINISTERIAL INTERPOSTA, OBJETIVANDO A NULIDADE DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA. PRETENSÃO QUE MERECE ACOLHIDA. PRESCRIÇÃO VIRTUAL QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA LEGISLAÇÃO E VAI DE ENCONTRO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO INOCÊNCIA (PRECEDENTES). DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA ANTERIORMENTE REVOGADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA CONSTRITIVA CAUTELAR. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO. 397 IV CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (141448 RN 2010.014144-8, Relator: Des. Caio Alencar, Data de Julgamento: 16/08/2011, Câmara Criminal).

Os que concordam com essa decisão alegam que a prescrição virtual ao antever a pena hipotética estaria incriminando o indivíduo, o que resultaria em afronta ao princípio da presunção de inocência.

#### 4.2.5 Violação ao Princípio do Devido Processo Legal

A Carta magna consagrou de modo expreso o princípio do *due process of law*, dispondo em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assevera-se, desta forma, a toda indivíduo a garantia de não ser privada de sua liberdade ou de seus bens sem a



tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei. É uma garantia dada a todo cidadão de que seus direitos não serão violados, não podendo sofrer restrições sem que haja previsão legal. Nesse sentido, afirma Bonfim (2010, p. 72): “O Estado está obrigado, na busca da satisfação de sua pretensão punitiva, a obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador, vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual ou o desrespeito à ordem do processo”.

Esse princípio produz a garantia de que os processos só surjam em relação a acontecimentos cuja ocorrência é posterior às leis que os regulamentam e também que o Poder Judiciário tem a obrigação de apreciar as lesões e ameaças a liberdade das pessoas.

O devido processo legal se mostra como uma garantia processual do indivíduo em relação ao Estado evitando-se a prática de arbitrariedades por parte do Poder Judiciário no decorrer do processo penal, pois ele delimita previamente as normas que deverão ser seguidas. Assim enfatiza Lenza (2012, p. 76):

Para toda espécie de crime deve existir lei regulamentando o procedimento para a sua apuração. Esse procedimento descrito em lei, por se tratar de matéria de ordem pública, não pode ser modificada pelas partes, que também não podem optar por procedimento diverso daquele previsto.

Dessa forma, há uma maior segurança jurídica não temendo a parte que as regras se alterem “no decorrer do jogo”. O Tribunal de justiça do Piauí rejeitou a tese da prescrição antecipada por entender violado o princípio do devido processo legal:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO INDEVIDA DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 438 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 438 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que não se admite no ordenamento jurídico pátrio 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 resultado do processo criminal. Incidência da Súmula 438 do STJ. 2. Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada ou virtual da pena, que tem como referencial condenação hipotética. Ofensa ao Princípio do devido processo legal e seus corolários. 3. Recurso conhecido e provido. (201000010055341 PI, Relator: Des. Sebastião Ribeiro

Martins, Data de Julgamento: 26/04/2011, 2ª. Câmara Especializada Criminal).

A doutrina contrária a prescrição virtual a vê como violadora do devido processo legal, por constatar que não existe a sua previsão no trâmite do processo penal, devendo, desta forma, ser anulada a sentença que declarar a prescrição antecipada, por desrespeitar este princípio.

#### 4.2.6 Óbice à *Emendatio libelli* e à *Mutatio Libelli*

A *emendatio libelli* é a faculdade dada ao magistrado de corrigir a classificação jurídica apresentada pelo acusador na denúncia ou na queixa em relação aos fatos nele apresentados, não se trata de fatos novos, mas sim uma mutação na definição jurídica. Segundo Bonfim (2010, p. 497): “Em decorrência da mencionada autonomia decisória do juiz, pode ele dar ao fato definição diversa da que constar da peça acusatória, ainda que tenha de aplicar pena mais grave (art. 383). Essa é a figura da *emendatio libelli*”. Isso se dá quando a peça acusatória descreve perfeitamente um determinado fato delituoso, mas se engana em relação a sua tipificação.

Por conta de o réu apenas se defender dos fatos e não da classificação jurídica, o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, conforme dispõe o artigo 383 do CPP: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Já a *mutatio libelli* ocorre quando o juiz percebe a possibilidade de dar ao fato descrito na inicial uma classificação jurídica diferente por conta de prova constante nos autos referente à circunstância elementar não contida implícita ou explicitamente na denúncia ou queixa. Nesse sentido, afirma Feitoza (2009, p. 977):

Na *mutatio libelli*, há prova nos autos de que o fato não é aquele descrito na denúncia ou na queixa. Há uma elementar que não se encontra descrita explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa, com a qual a classificação legal do fato se altera.

No mesmo sentido, estabelece o artigo 384 do Código de Processo Penal:

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 05 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

No que se refere ao uso da prescrição em perspectiva, parte da doutrina e jurisprudência alegam que ela impediria o reconhecimento da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* no curso do processo penal, pois dependendo do estágio em que se encontre o processo a produção de provas não teria sido satisfatória para a mudança da definição legal da peça acusatória. Importante se frisar que uma alteração na definição legal pode fazer com que o prazo prescricional seja alterado, podendo assim impedir a extinção da punibilidade.

Os opositores da prescrição virtual alegam que ela não pode ser aceita, pois a qualquer momento durante o processo pode-se modificar a tipificação do crime por conta de nova prova ou simplesmente uma melhor análise quanto ao tipo penal pelo juiz. Desta forma, ocorreria a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli* que impediriam a prescrição. Esse posicionamento é defendido pelo Tribunal de Justiça do Piauí:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO À TESE DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. REEXAME DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS CONHECIDOS E NEGADO PROVIMENTO. 1. Os embargos de declaração têm por finalidade corrigir decisão que se apresenta viciada por obscuridade, contradição, ambigüidade ou omissão (art. 619 do CPP). Também tem sido admitido, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para prequestionar questão federal ou, em última hipótese, esta excepcionalmente, para alterar ou modificar o decisum quando houver erro material. De tal sorte, considera-se impróprio o manejo de embargos que visem exclusivamente provocar reexame da matéria. 619 CPP 2. Cuidou o acórdão recorrido apreciar e rejeitar, de forma fundamentada, a questão atinente à aplicabilidade da "prescrição virtual", deixando claro, ainda, que os parâmetros utilizados pelo juiz de 1º grau para aferir a prescrição podem ser alterados com eventual reconhecimento, no curso da instrução processual, da existência de outro crime não imputado na denúncia, o que é perfeitamente possível através da aplicação dos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli*. 3. Anote-se que o julgador não está obrigado a se manifestar

sobre todas as alegações suscitadas pela defesa, bastando que a decisão proferida esteja devidamente fundamentada. 4. Embargos conhecidos e improvidos. (201000010010102 PI, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 21/06/2010, 2ª. Câmara Especializada Criminal).

Por esse posicionamento se entende que a prescrição antecipada, por se dar antes da sentença penal condenatória dificulta a ocorrência da *emmendatio libelli* e da *mutato libelli*, pois poderá ser suprimido o momento da produção das provas que seriam capazes de alterar a tipificação do crime.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da discussão sobre a viabilidade da prescrição virtual, também denominada prescrição retroativa antecipada, pôde-se observar que ela está intrinsecamente ligada ao *jus puniendi* estatal.

Verificou-se que esse poder punitivo estatal não seria apenas um poder, mas também um dever. Da mesma forma que ele é um poder, devido ser dado pelo povo para que o Estado tenha a liberdade de punir os infratores da lei, ele é um dever, pois se torna obrigado a punir nos casos previstos em lei, de acordo com os tramites legais.

Pode-se observar que este poder/dever de punir possui limites, sendo restringido por fatores que servem para regular a aplicação da justiça. Sendo demonstrado que dentre os mais importantes limitadores do poder punitivo estatal se encontram as causas extintivas da punibilidade.

Foi evidenciado que essas causas extintivas da punibilidade extinguem a punibilidade do violador das normas penais, retirando do Estado a possibilidade de aplicar a justa sanção penal. Observou-se também que a prescrição surge como uma das causas extintivas da punibilidade que envolve mais questões polêmicas e é também a mais discutida pelos juristas.

Ficou demonstrado que quando o Judiciário declara a prescrição de um crime ele não está deixando de lado o direito de punir, apenas verifica que este se extinguiu devido ao desaparecimento da necessidade/utilidade da punição.

Quanto às espécies de prescrição, estabeleceu-se que ela se divide em duas, na prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado, e a prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado com a pena em concreto. Além disso, a prescrição da pretensão punitiva ainda é subdividida em: prescrição da pretensão punitiva propriamente dita; prescrição superveniente; prescrição retroativa e prescrição retroativa antecipada ou virtual.

No que tangencia a discussão sobre a viabilidade da aplicação do instituto da prescrição virtual, verificou-se que existem duas correntes bem delimitadas e solidificadas, tanto doutrinariamente como jurisprudencial.

Para a corrente favorável à prescrição virtual falta interesse de agir por parte do Estado em dar continuidade a uma ação natimorta, que possui um fim certo e

será alcançada pela prescrição. Além do mais, a declaração antecipada de sua prescrição gerara uma economia processual tornando o judiciário mais eficiente e cumpridor da razoável duração do processo.

A corrente contrária, por sua vez, discorda da aplicação do instituto da prescrição virtual afirmando que não se poderia usá-la devido à falta de previsão legal, além do mais feriria o princípio da presunção de inocência e impediria o *emendatio libelli* e o *mutatio libelli*.

Embora os tribunais superiores sejam contrários a sua aplicação, e o Superior Tribunal de Justiça já até sumulou este entendimento, vê-se que esse não é o melhor posicionamento. Tendo em vista que continuar um processo o qual já é sabido que será alcançado pela prescrição é um total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pois, esta ação inútil, só prolongará o sofrimento do acusado que será obrigado a continuar fazendo parte de um processo e suportando as mazelas deste.

A admissão da prescrição virtual tornará o Poder Judiciário mais célere, pois ele se dedicará a processos mais novos, não perdendo tempo com processos que não redundarão em nada. Além do mais, ele estaria cumprindo com o princípio da economia processual e da eficiência.

O uso deste instituto ainda contribuiria para uma melhor imagem do Judiciário, pois o Estado daria uma resposta mais rápida á sociedade, quanto aos delitos que são praticados em seu meio, fazendo com que desaparecesse a sensação de impunidade.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. Bauru: Edipro, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martis Fontes, 1998.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acessado em: 8 dez. 2012.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº438**. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 20 Jun.2012.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 1353920117000000. Relator: Carlos Alberto Marques Soares. 20 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20990543/habeas-corpus-hc-1353920117000000-ms-0000135-3920117000000-stm>>. Acessado em: 18 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 602.527/RS, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo568.htm>>. Acessado em: 22 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Recurso em sentido estrito nº 201000010010102. Relator: Desembargador Erivan José da Silva Lopes. 21 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15704126/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-201000010009872-pi-tjpi>. Acessado em 25 de jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Recurso em sentido Estrito nº 201000010055341. Relator: Desembargador Sebastião Ribeiro Martins. 26 de abril de 2011. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18807367/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-201000010055341-pi-tjpi>>. Acessado em: 15 ago. de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Recurso em sentido estrito nº 201200010026430. Relator: Desembargador Sebastião Ribeiro Martins. 3 de julho de 2012. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21877316/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-201200010026430-pi-tjpi>>. Acessado em: 23 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Criminal nº 141448 RN 2010.014144-8. Relator: Desembargador Caio Alencar. 16 de ago. de 2011. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20261979/apelacao-criminal-acr-141448-rn-2010014144-8-tjrn>>. Acessado em: 18 de dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Crime nº 71003092210. Relator: Cristina Pereira Gonzales. 20 de julho de 2011. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19851409/recurso-crime-rc-71003092210-rs-tjrs>>. Acessado em: 15 de set. de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2º Região. Apelação Criminal nº 2006.51.01.509499-6. Relator: Desembargadora Federal Liliane Roriz. 7 de junho de 2011. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21594683/apelacao-criminal-acr-20065101509499-6-rj-20065101509499-6-trf2>>. Acessado em: 23 nov. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.1 v.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: parte geral 8.ed. Corrigida. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 1 v.

COSTA JR, Paulo José da. **Curso de direito penal** 11. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.



FAYET JÚNIOR, Ney. **Prescrição penal, temas atuais e controvertidos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6.ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição retroativa e virtual**: não desapareceram completamente. Disponível em: <  
[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100510122722926](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100510122722926) >.  
Acessado em: 17 set. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.1 v.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.1 v.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

LENZA, Pedro (Cor.). **Direito processual penal esquematizado** São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber Rogério, **Direito penal esquematizado**: Parte Geral. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8 ed. São Paulo: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo pena**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.