

DEIVE MORGANA MENDES CRUZ

**PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA
PENA EM PERSPECTIVA**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2013

DEIVE MORGANA MENDES CRUZ

**PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA
PENA EM PERSPECTIVA**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Msc. Dário José Soares Júnior

FIC – CARATINGA

2013

RESUMO

A prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial que arregimenta alguns adeptos e gera muito controvérsia acerca de sua aplicação, e, em razão disso, foi editada a súmula 438 do STJ contrária a aplicação desse tipo de prescrição. Este presente estudo tem por escopo esclarecer os benefícios da aplicação de tal prescrição justificada no princípio constitucional da duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, economia processual e interesse de agir do estado frente aos inúmeros processos que tramitam no judiciário. A partir de tais postulados faz-se mister esclarecer tais conceitos e os tipos de prescrição estabelecidas no Código Penal, bem como explanar a respeito das condições da ação e o interesse de agir estatal. O juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, vislumbrando que a pena aplicada em eventual sentença condenatória seria alcançada pela prescrição, poderá reconhecer, ainda na fase do inquérito policial, ou já durante a tramitação da ação penal, a prescrição penal. Mesmo que não haja previsão legal, a aplicação da prescrição virtual mostra-se possível, já que evitará que atos processuais desnecessários sejam praticados, obedecendo-se, com isso, os princípios da economia e celeridade processuais, bem como evita que outros processos sejam atingidos pela mesma causa extintiva de punibilidade.

Palavras-chave: interesse de agir; duração razoável do processo; celeridade processual; economia processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
CAPÍTULO I – O JUS PUNIENDI ESTATAL E AS CAUSAS EXTINTIVAS DE PUNIBILIDADE.....	10
1.1 O direito de Punir do Estado.....	10
1.2 As Causas Extintivas de Punibilidade.....	11
1.2.1 Prescrição, Decadência e Perempção.....	13
CAPÍTULO II – PRESCRIÇÃO PENAL	16
2.1 Conceitos e Peculiaridades.....	16
2.2 Espécies.....	18
2.2.1 Prescrição da Pretensão Punitiva.....	18
2.2.2 Prescrição da Pretensão Punitiva Abstrata.....	19
2.2.3 Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa.....	20
2.2.4 Prescrição da Pretensão Punitiva Superveniente ou Intercorrente.....	21
2.3 Prescrição da Pretensão Executória.....	22
CAPÍTULO III – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM PERSPECTIVA.....	25
3.1 Conceito.....	25
3.2 A Prescrição em Perspectiva e o Interesse de Agir.....	27
3.4 A Prescrição em Perspectiva e a Razoável Duração do Processo e Celeridade de sua tramitação.....	29
3.5 A Prescrição em Perspectiva e a Economia Processual	31
3.6 A prescrição em perspectiva e a Súmula 438 do STJ	32
3.6.1 Valor da Súmula no Direito Brasileiro	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS.....	37
ANEXO.....	41

INTRODUÇÃO

A prescrição em perspectiva é uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva não prevista em lei, defendida por parte da doutrina e jurisprudência. A matéria é controvertida e não tem previsão legal, mas seus adeptos argumentam com a economia processual, com a razoável duração do processo e celeridade de sua tramitação e com a falta de interesse de agir quando, de início, já se sabe da ineficácia de eventual sentença condenatória.

Isto porque a sentença não seria executada, já que a pena aplicada estaria prescrita, daí porque não seria razoável, nem recomendável, movimentar a máquina judiciária inutilmente se no curso do processo já se vislumbra que a pena a ser aplicada no futuro estará prescrita, considerando-se todas as qualificadoras, causas de aumento, agravantes e circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso.

Outrossim, para dirimir as controvérsias, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça que afirma ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva fundamentada em pena hipotética, independentemente se ao final do processo o Estado não consiga punir o acusado.

Pautada na incongruência desta Súmula, a presente monografia, sob o tema, “Prescrição da Pretensão Punitiva pela Pena em Perspectiva” tem o objetivo de rechaçar este entendimento equivocado, levantando como questionamento central se a não aplicação da prescrição em perspectiva irá ferir os princípios constitucionais da razoável duração do processo e celeridade de sua tramitação e a economia processual frente à falta de interesse de agir do Estado em prosseguir com uma ação fadada ao fracasso.

O estudo foi baseado em material essencialmente bibliográfico e jurisprudencial, realçando a opinião dos mais conceituados doutrinadores, assim como a citação de jurisprudências pertinentes ao tema, bem como a legislação, sendo uma pesquisa essencialmente teórico-dogmática, de natureza transdisciplinar, pois aborda os ramos de Direito Penal, Processual Penal e Direito Constitucional.

O marco teórico da monografia em comento é um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que tem como relator o Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, o qual defende que:

A prescrição antecipada, APELAÇÃO conectada à ideia do fim da pena, revela-se possível, considerando a necessidade de compreensão da justa causa na ação penal relacionada com a efetivação da finalidade de prevenção geral positiva do direito de punir. Aponta-se a total ausência de utilidade social de um processo criminal inócuo, ou seja, que ensejará, ao final, a declaração de um impedimento à punição de caráter jurídico-material, impondo-se a possibilidade de tal declaração já no início da persecutio criminis. Se a ação penal justifica-se na potencial concretização da pretensão punitiva estatal, com resguardo da isonomia, ampla defesa e contraditório aos seus protagonistas, é evidente a possibilidade de sua extinção, há qualquer momento, constatada que a punição não se efetivará face ao impedimento vindouro que se declara antecipadamente (...)¹.

Tal entendimento confirma a importância do reconhecimento da prescrição em perspectiva quando se vislumbra no curso do processo que a pena a ser aplicada no futuro estará prescrita, considerando-se todas as qualificadoras, causas de aumento, agravantes e circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso, evitando dispêndio de recursos e evitando que o processo se prolongue no tempo e não alcance seu objetivo principal, punir o acusado.

A monografia em epígrafe apresenta ganhos em três searas distintas, a saber; no âmbito jurídico, social e acadêmico.

Os ganhos jurídicos justificam-se pela sua grande contribuição em desafogar o Judiciário que se encontra abarrotado de processos esvaziados de pretensão punitiva estatal. Quando o Estado já prevê, de antemão, a futura extinção da punibilidade pela prescrição, seria inútil e dispendioso movimentar toda a sua máquina judiciária para condenar alguém que, certamente, não será punido.

Dessa forma, se a máquina do Estado não for capaz de, dentro do prazo estipulado, dar fiel cumprimento à lei, tendo em vista que os órgãos de persecução penal não dispõe de recursos materiais e humanos para exercerem com eficiência suas funções, não deverá ocupar-se, inutilmente, em casos em que já se vislumbra a prescrição em perspectiva.

No segundo caso, o ganho social revelado é a possibilidade das pessoas que se vêem processadas poderem, em tempo hábil, exercerem sua liberdade que se encontra de certa forma cerceada, bem como outras demandas possam ser vistas com a prioridade que merecem.

¹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **Processo: 1.0090.07.017727-5/001**, Relator: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho; julgado em 21/09/2010, publicado em 06.10.2010. Acesso em 19/05/2013.

Por derradeiro, o ganho acadêmico, encontra-se na necessidade de aprimoramento dos conhecimentos científicos do pesquisador, o que serão essenciais para futuros préstimos profissionais.

Com a finalidade de abordar o tema como mais clareza, a monografia foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo cuida do “*Jus puniendi* Estatal e as causas extintivas de punibilidade”, poder este soberano e indelegável, analisado frente às transgressões das leis penais por parte dos indivíduos e as formas e causas extintivas da punibilidade do agente, frisando de forma individualizada os institutos da prescrição, decadência e perempção.

O segundo capítulo trata do “Conceito de prescrição e suas espécies” abordando os conceitos adotados pela legislação e doutrina acerca da prescrição e suas espécies especificadas na lei.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre “A prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva frente à Súmula 438 STJ”, e abordará o conceito deste tipo de prescrição e os benefícios de sua aplicação nos processos que tramitam no judiciário e os princípios envolvidos neste tema, bem como discorrer sobre o valor da súmula no direito brasileiro.

Considerando a importância da aplicação da prescrição em perspectiva como forma de extinção da pretensão punitiva do Estado, é conveniente dissertar sobre alguns conceitos centrais em torno do tema, com o objetivo de mostrar a importância dos institutos e princípios que serão discutidos na presente pesquisa para o direito brasileiro.

Nesse intento, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem o conceito da duração razoável do processo, celeridade processual, economia processual e interesse de agir do Estado.

No que se relaciona à duração razoável do processo, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”².

² BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 11.

Não se pode negar excessiva demora da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente a inoperância do estado, que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em tempo hábil e ainda, em algumas situações, a demora causada pela duração do processo, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido³.

Nesse sentido, o processo penal, mesmo considerado como instrumento de garantia de direitos fundamentais pode acabar se tornando um grave prejuízo ao acusado, na medida em que se estende no tempo.

A celeridade processual, por sua vez, segundo Edilson Mougenot Bonfim, “consubstancia-se no aproveitamento dos atos judiciais que tenham atingido suas finalidades, ainda que conduzidos de maneira diversa daquela prescrita em lei”⁴, e os meios que garantam essa celeridade devem ser disponibilizados pelas leis processuais de modo que ofereçam soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo.

Por outro lado, a economia processual é entendida como o conjunto de esforços, aplicados na tentativa de evitar o desperdício de tempo e recursos, na condução dos processos, bem como dos atos processuais.

No mesmo sentido, Capez preleciona:

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 possível⁵.

O princípio da economia processual prioriza o máximo resultado na atuação do direito, com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

O interesse de agir, por seu turno, consiste na manifestação expressa do legitimado processual para processar criminalmente o autor do delito, provocando a prestação jurisdicional, a fim de o juiz aplicar o direito penal ao caso concreto, solucionando o conflito jurídico que se instalou no processo⁶.

³ BITENCOURT, Cézaro Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.884.

⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

⁶ SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de Processo e Prática Penal**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100.

No processo penal, o interesse de agir decorre da necessidade de ter o titular da ação penal que recorrer ao Estado para que este conheça e, se for convencido que ocorreu o delito, condene o agente ao cumprimento de uma pena justa.

CAPÍTULO I – O JUS PUNIENDI ESTATAL E AS CAUSAS EXTINTIVAS DE PUNIBILIDADE

1.1 - O Direito de Punir do Estado

A norma penal incriminadora cria para o Estado, seu único titular, o direito de punir abstrato. Passa a ter o direito de exigir que os cidadãos não cometam o fato descrito nela. Assim, se determinado indivíduo efetivamente pratica uma conduta prevista como punível em uma norma de direito material, surge para o Estado o direito de concretizar a sanção prevista abstratamente na lei penal⁷.

Segundo Greco:

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 nosso direito penal objetivo, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*⁸.

Quando alguém comete determinada infração penal, deve o Estado punir o infrator para que este não volte a cometê-la, mostrando aos outros indivíduos que aquele que transgredir a lei não ficará impune.

O artigo 144, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e do patrimônio”⁹ aduzindo que, não trata apenas de direito e sim dever do Estado de punir aquele que infringiu a norma penal.

Assim, para que o Estado exerça seu *jus puniendi* (...) deve (...) utilizar-se de um instrumento capaz de punir os culpados, que permita o desenvolvimento de uma atividade voltada para o descobrimento da verdade acerca dos fatos e, ao mesmo tempo, garanta ao acusado os meios de defesa necessários para opor-se a essa pretensão estatal. Esse instrumento é o processo penal¹⁰.

⁷ BONFIM, Edilson Mougnot, **Curso de Processo Penal**, - 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 685.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 51.

¹⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**, - 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37/38.

No entanto, o Estado encontra alguns limites no seu direito de punir, como os seguintes dispositivos constitucionais “[...] não há crime sem lei anterior que o defina” (art.5º,XXXIX)¹¹; “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(art.5º, XXXV)¹²; “[...] ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”(art.5º, LIII)¹³ e “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art.5º, LIV)¹⁴.

Outro exemplo dessa limitação do Estado em punir o indivíduo é a prescrição, onde o Estado perde o seu direito de punir pelo decurso de lapso temporal estabelecido na lei penal.

1.2 – As Causas Extintivas de Punibilidade

A pena não é elemento do crime, mas consequência deste. A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável¹⁵.

Conquanto, após a prática da infração penal podem ocorrer causas que impeçam a aplicação ou execução da sanção respectiva.

As causas extintivas de punibilidade “são causas que extinguem o poder de punir do Estado”¹⁶, impedindo que ele aplique ou execute a sanção e estão previstas no rol não taxativo do artigo 107 do Código Penal Brasileiro¹⁷.

A primeira causa extintiva de punibilidade elencada no art. 107 do Código Penal é a morte do agente, onde “cessa toda a atividade destinada à punição do crime: com o processo em curso encerra-se ou impede-se que ele seja iniciado, e a pena cominada ou em execução deixa de existir”¹⁸. Decorre do princípio

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 9.

¹² Idem, Ibidem, p. 9.

¹³ Idem, Ibidem, p. 10.

¹⁴ Idem, Ibidem, p. 10.

¹⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. E atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo:- Saraiva, 2012, p. 860.

¹⁶ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 804.

¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n.º. 2.848/40**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 519/520.

¹⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo:- Saraiva, 2012, p. 861.

constitucional da personalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF)¹⁹, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado.

Não obstante, é oportuno ressaltar que se o agente utiliza falsa certidão de óbito, o STF, apesar de forte oposição doutrinária, tem entendido que a retomada da ação penal não implica ofensa ao princípio da proibição da revisão *pro societate*, porque tal decisão (a que extinguiu a punibilidade) não analisou o mérito da acusação: “A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito²⁰”.

As outras causas de extinção de punibilidade são a anistia, o indulto e a graça. A primeira “é a declaração, pelo poder público, de que determinados fatos se tornam impuníveis por motivo de utilidade social. O instituto da Anistia volta-se a fatos e não pessoas. (...) Tem a força de extinguir a ação e a condenação, sem deixar efeitos secundários²¹”. Por disposição constitucional (art. 5º, XLIII)²², são “(...)insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, e os definidos como crimes hediondos (...)”.

O indulto, por sua vez, destina-se a um grupo indeterminado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada²³, concedido o indulto, de acordo com Mirabete “extingue-se somente as sanções mencionadas nos respectivos decretos, permanecendo os demais efeitos da sentença condenatória, sejam penais ou civis”²⁴.

Já a graça tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente²⁵.

A retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso ou *abolitio criminis*, também é causa de extinção, prevista no inciso III, do artigo 107, da

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 9.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC nº: 84525 MG**- Relator(a): Ministro Carlos Veloso, Julgamento: 15/11/2004, publicação: 16/11/2004, acesso em: 9/5/2013.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. - 4.ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 563.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 9.

²³ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. E atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. -São Paulo:- Saraiva, 2012, p. 862.

²⁴ MIRABETE Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**. 21. ed. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 389.

²⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. -São Paulo:- Saraiva, 2012, p. 862.

Lei Penal, onde a lei deverá retroagir para beneficiar o agente, para extinguir a punibilidade do fato e todos os efeitos penais da condenação, subsistindo apenas os efeitos civis.

Por conseguinte, a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito, nos crimes de ação privada também são formas de extinção da punibilidade, e, segundo Nucci a renúncia consiste na “desistência da propositura da ação penal privada. (...) E o perdão é a desistência do prosseguimento da ação penal privada propriamente dita”²⁶, a única diferença entre tais excludentes é que a primeira ocorre antes do ajuizamento da ação enquanto a segunda ocorre depois.

A retratação do agente nos casos em que a lei permite é o ato de retirar uma afirmação anteriormente feita e é permitida só em alguns crimes, como por exemplo, nos crimes de calúnia e difamação.

O perdão judicial, nos casos previstos em lei, é o instituto através do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias expressamente determinadas²⁷, neste caso, as consequências da conduta do agente o atingem de forma tão grave que a imposição de pena se torna desnecessária.

É necessário frisar que causas elencadas no artigo 107 do Código penal não é *numerus clausus*, pois outras causas encontram-se capituladas em dispositivos diversos, a exemplo do parágrafo 3º, do artigo 312, do Código Penal, bem como o parágrafo 5º, do artigo 89, da lei 9.099/95.

Dentre as causas retromencionadas, temos também a decadência, a perempção, e a prescrição, que são causas de extinção de punibilidade que dizem respeito a limites temporais, tanto para que o indivíduo exerça seu direito, quanto para que o Estado exerça seu poder de punir.

1.3 – Prescrição, Decadência e Perempção

A prescrição penal é perda do *jus puniendi* pelo Estado, em razão do decurso dos prazos estabelecido no artigo 109 do Código Penal.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. - 4.ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 568

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1, 17. ed. rev., ampl. atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 865.

Segundo Greco, a prescrição é “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 na lei, faz com que ocorre a extinção da punibilidade”²⁸.

No que concerne à natureza jurídica deste instituto, Greco afirma que é “instituto de direito material, por ser regulado pelo Código Penal, contando-se o dia do seu início”²⁹.

Ou seja, a prescrição impede a relação processual, sendo a extinção do processo uma mera consequência, no entanto, esta é apenas uma análise perfunctória deste instituto, o seu detalhamento se dará mais adiante, no próximo capítulo.

Por outro lado, a decadência, como forma de extinção da punibilidade, consiste na perda do direito de ação, pelo ofendido que permanece inerte, em razão do decurso de certo tempo fixado em lei.

No conceito de BITENCOURT:

Decadência é a perda do direito de ação privada ou do direito de representação, em razão de não ter sido exercido dentro do prazo legalmente previsto. A decadência fulmina o direito de agir, atinge diretamente o *ius persecuendi*³⁰.

A decadência está elencada como causa extintiva da punibilidade, mas, na verdade, o que ela extingue é o direito de dar início a persecução penal.

O ofendido perde o direito de prosseguir com a ação pelo decurso do tempo previsto em lei, ou seja, a decadência não atinge diretamente o direito de punir, pois este pertence ao Estado e não ao ofendido; ela extingue apenas o direito de promover a ação ou de oferecer a representação.

O prazo decadencial para o oferecimento da representação ou queixa pelo ofendido é de seis meses contados da ciência da autoria (CPP, art. 38, *caput*)³¹.

A perempção, por sua vez, é uma sanção processual imposta ao querelante inerte ou negligente na condução do processo.

O artigo 60 do Código de Processo Penal traz as hipóteses de perempção:

²⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 705.

²⁹ Idem, *Ibidem*, p. 706.

³⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 862

³¹ BRASIL. **Decreto-Lei n.º. 3.689/41**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 593.

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor³².

Portanto, na ação penal privada exclusiva, a ausência imotivada do autor na audiência acarreta extinção da punibilidade pela preempção.

Observa-se a partir de tais conceitos que, a punibilidade não é requisito do crime, e sim consequência de sua prática. Por isso é que o reconhecimento de alguma causa extintiva de punibilidade não faz o crime desaparecer, na verdade, ele permanece gerando todos os efeitos civis e criminais.

O delito só desaparecerá nos casos de *abolitio criminis* e anistia.

³² BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689/41**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 594.

CAPÍTULO II – PRESCRIÇÃO PENAL

2.1 – Conceitos e Peculiaridades:

Dentre as causas extintivas da punibilidade, a prescrição é a causa mais importante e mais famosa. Ela está inserida nos artigos 109 a 118 do Código Penal³³, e nestes artigos estão contidos a tabela de prazos prescricionais de cada intervalo de pena, os tipos de prescrição, as características gerais e os detalhes sobre os prazos, ou seja, quando que os prazos interrompem e suspendem e o porquê da suspensão e interrupção desses prazos.

Existem alguns fundamentos, que surgiram ao longo dos anos, e que justificam a prescrição. Segundo Rogério Greco, são estes:

(...) o esquecimento do fato a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator tranquilidade para aquele que praticou a infração penal, pois um erro cometido no passado não pode persegui-lo para sempre³⁴.

No mesmo diapasão, Bitencourt aduz que os fundamentos que embasam a prescrição são políticos, e se fundamentam no decurso do tempo que leva ao esquecimento do fato; o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; o Estado deve arcar com sua inércia; e o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório³⁵.

A prescrição atua como limite ao exercício do poder, mas, acima de tudo, porque existe um verdadeiro direito ao esquecimento. Mais, a prescrição é um esquecimento programado e necessário para o Direito.

Ademais, se determinado individuo efetivamente pratica uma conduta prevista como punível em uma norma de direito material, surge para o estado o direito de concretizar a sanção prevista abstratamente na lei penal³⁶.

³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848/40**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 520/521.

³⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. - 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 705.

³⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 869/870.

³⁶ BONFIM, Edilson Mougnot, **Curso de Processo Penal**, - 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

Por isso, foram estabelecidos critérios que limitam o poder de punir do Estado, levando-se em conta a sanção máxima cominada à infração penal, foi fixado o tempo dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a pena.

A essa limitação chamamos prescrição, que nada mais é que a perda do poder de punir ou executar a pena daquele que cometeu infração penal por desídia ou inércia do aparelho estatal durante certo lapso temporal estabelecido em lei, tendo como fundamento o decurso do tempo, devido à inoperância do Estado em apurar o fato criminoso ocorrido.

Para Rogério Greco:

A prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde seu *ius puniendi*. (...) 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 punibilidade³⁷.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt: “prescrição é a perda do direito de punir do estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”³⁸.

Na lição de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

A prescrição em matéria criminal é de ordem pública razão pela qual pode ser decretada pelo juiz *ex officio*, ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo, consoante o art. 61 do Código de Processo Penal, podendo, consoante a doutrina e a jurisprudência, ser pleiteada por meio de Habeas Corpus ou da revisão criminal³⁹.

No que se refere à natureza jurídica do instituto prescrição, embora seja matéria que guarda muita relação com o processo, segundo Rogério Greco⁴⁰ e Bitencourt⁴¹, é tema de direito material e por isso a regra para contagem de prazo é a do artigo 10 do Código Penal, ou seja, computa-se o dia do início na contagem do prazo.

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 705.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 867.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1**. - 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011, p. 647.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 706.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 868

Relativamente aos prazos prescricionais estabelecidos no Código Penal pode haver interrupção e suspensão deste prazo.

A interrupção ocorre a cada movimento do Estado mostrando não estar inerte e, portanto, tem como consequência zerar a contagem do prazo que recomeça não incluindo no cômputo o prazo anteriormente transcorrido, de acordo com o artigo 117 do Código Penal⁴².

Por outro lado, a suspensão do prazo se dá tanto na prescrição da pretensão punitiva quanto da executória sempre que surge determinado fator que impede, atrapalha o regular andamento do processo ou execução da pena, fazendo com que a contagem do prazo pare e ao ser retomada continue de onde parou, computando-se para o prazo prescricional o período de tempo já transcorrido anteriormente, conforme o artigo 116 do Código Penal⁴³.

No que diz respeito a imprescritibilidade dos crimes, a Constituição Federal elegeu duas hipóteses em que a prescrição punitiva e a executória não serão atingidas: a prática do racismo (art. 5º, XLII)⁴⁴; e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV)⁴⁵.

Superados os conceitos básicos e algumas peculiaridades deste instituto do Direito Penal Brasileiro, cabe-nos adentrar no cerne da presente pesquisa, a Prescrição da Pretensão Punitiva Pela Pena em Perspectiva, uma das modalidades específicas de prescrição adotada pela doutrina e jurisprudência que será abordada no próximo capítulo.

2.2- Espécies

Há duas grandes espécies de prescrição:

- 1) da Pretensão Punitiva;
- 2) da Pretensão Executória.

2.2.1 – Prescrição da Pretensão Punitiva

⁴² BRASIL. **Decreto-Lei n.º. 2.848/40**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 521.

⁴³ Idem, *Ibidem*, p. 520.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 9

⁴⁵ Idem, *Ibidem*, p. 9.

É aquela que se refere a lapsos temporais que vão desde a data do fato e sua consumação até o trânsito em julgado condenatório.

Já que há prazos impostos pela lei para que o estado atue, o que existe é apenas uma pretensão de punir o fato já que em face da presunção de inocência só se poder considerar culpado o agente a partir do trânsito em julgado condenatório, conforme dispõe o artigo 109, do Código Penal⁴⁶.

Tal prescrição, de acordo com Prado “produz-se antes de a sentença penal condenatória galgar foros de definitividade. O reconhecimento da pretensão punitiva encontra-se, de modo geral, lastreado na pena máxima abstratamente cominada”⁴⁷.

A ocorrência deste tipo de prescrição, em qualquer de suas modalidades, afasta teoricamente todos os efeitos de eventual sentença condenatória.

Nesse diapasão, é o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Amapá:

(...)Ocorrida a prescrição da pretensão punitiva, o réu não é responsabilizado pelo crime; seu nome não é inscrito no rol dos culpados nem há geração de futura reincidência; não responde pelas custas processuais e o dano resultante do crime só lhe poderá ser cobrado pela via ordinária do CPP, arts. 66 e 67, e não pela via direta do CPP, art. 63; 4) Ordem concedida⁴⁸.

Como ensina Bitencourt “a prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido”⁴⁹.

Neste caso, inicia-se a contagem do prazo prescricional antes de transitar em julgado a sentença final, nos termos do art. 111, do Código Penal⁵⁰.

A Prescrição da Pretensão Punitiva se subdivide em: prescrição abstrata, prescrição retroativa, prescrição intercorrente e a prescrição em perspectiva.

2.2.2 – Prescrição da Pretensão Punitiva Abstrata

⁴⁶BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848/40**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 520.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral – 10. ed. rev. atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 675.

⁴⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Amapá - **MS: 79404 AP**, Relator: Desembargador RAIMUNDO VALES, Data de Julgamento: 27/05/2004, Seção Única, Data de Publicação: 22/06/2004. Acesso em: 20/05/2013.

⁴⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. E atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo:- Saraiva, 2012, p. 871.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848/1940**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 520.

A Prescrição em abstrato é aquela que toma como critério para o cálculo do prazo prescricional o máximo da pena em abstrato⁵¹, prazos estes elencados no artigo 109, do Código Penal.

Para se encontrar o prazo prescricional neste tipo de prescrição, deve-se observar o máximo de pena privativa de liberdade cominada à infração penal; verificar, no artigo 109 do Código penal, o prazo prescricional correspondente àquele limite de pena cominada; verificar se há alguma das causas modificadoras desse prazo; e a menoridade ou velhice (art. 115, CP), verificar se ao tempo do crime o agente era menor de vinte e um anos, ou na data da sentença, maior de setenta anos, onde o prazo prescricional reduzirá pela metade⁵².

2.2.3 - Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa

Esse tipo de prescrição originou-se da súmula 146 do Supremo Tribunal Federal⁵³, in verbis: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”, e constitui a prescrição retroativa como espécie de prescrição da pretensão punitiva.

De acordo com Greco, a prescrição retroativa é:

(...) a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou acordão condenatórios recorríveis⁵⁴.

Neste caso, considerando a pena em concreto, volta-se retroativamente ao processo, considerando os marcos de interrupção cabíveis e os lapsos temporais entre eles, nas bases do artigo 109 do Código Penal, e analisa-se se ocorreu a prescrição.

Nas lições de Bitencourt:

⁵¹ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.656.

⁵² BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 871/872.

⁵³ BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 1837.

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 710.

Embora a Lei 12.234/2009 não tenha suprimido o instituto da prescrição do nosso ordenamento jurídico, ao excluir a prescrição retroativa em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da proporcionalidade e da duração razoável do processo. A violação dos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os -, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que por ventura possam ser atingidos⁵⁵.

A lei 12.234/2010⁵⁶ alterou os limites da prescrição da pretensão punitiva na sua modalidade retroativa, proibindo o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia, reconhecendo apenas o lapso temporal da data da sentença condenatória transitada em julgado à data do recebimento da denúncia.

Essa alteração fez com que o período que vai da data do fato ao recebimento da denúncia seja reconhecido apenas pela prescrição da pretensão punitiva abstrata e não mais da retroativa.

2.2.4 - Prescrição da Pretensão Punitiva Superveniente ou Intercorrente

Fernando Capez conceitua essa modalidade de prescrição como “a prescrição que ocorre entre a data da publicação da sentença condenatória e o

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 875.

⁵⁶ LEI Nº 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010.

Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“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:

(...)

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

(...)” (NR)

“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.

§ 2º (Revogado).” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o § 2o do art. 110 do Código Penal.

Brasília, 5 de maio de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

trânsito em julgado”⁵⁷, e tem seu prazo calculado com base na pena concreta fixada na sentença.

Para que a prescrição superveniente possa ser aplicada deve existir uma sentença ou acórdão condenatório recorrível fixando a pena, que será utilizada para efeitos de cálculo de acordo com o artigo 109 do Código Penal, ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação, não pode ter ocorrido a prescrição retroativa, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a publicação da sentença recorrível e será calculada para frente⁵⁸.

Ou seja, a prescrição intercorrente tem como marco inicial a sentença condenatória de primeira instância e termo final o trânsito em julgado condenatório para acusação e para defesa. Sua principal característica é utilizar a pena concreta aplicada na sentença de primeira instância como base para o novo prazo prescricional.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

(...) A prescrição da pretensão punitiva regula-se pela pena aplicada, a teor do § 1º do art. 110 do CP, reduzindo-se pela metade o prazo se o réu era menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime. 3- É de se reconhecer a prescrição intercorrente se entre a publicação da sentença e o julgamento do recurso, transcorreu o lapso temporal prescricional em relação à pena aplicada⁵⁹.

Considerando que o prazo prescricional superveniente à condenação somente poderá ser declarado quando decorrido o prazo entre a data da publicação da sentença condenatória e o termo ad quem, não pode ser interrompido pelo acórdão que julga a apelação, pela interposição de embargos infringentes, nem pela interposição de recurso extraordinário ou especial pela acusação⁶⁰.

2.3 – Prescrição da Pretensão Executória

O artigo 110, *caput*, do Código Penal determina que: “A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 624

⁵⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro:Impetus, 2011, p. 712.

⁵⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais - **Apelação Criminal 1.0433.03.104065-5/001**, Rel. Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em: 19/08/2008, publicação da súmula em: 30/08/2008. Acesso em: 20/05/2013.

⁶⁰ DAMÁSIO, de Jesus Evangelista. **Prescrição Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”⁶¹.

Não obstante o artigo 110 do Código Penal dispor que a prescrição da pretensão executória se dá com o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, no entendimento de Rogério Greco, tal pretensão tem como pressuposto a necessidade do trânsito em julgado para o réu, conforme se extrai:

(...) somente podemos falar em prescrição da pretensão executória quando o Estado já tiver formado o seu título executivo judicial, o que somente acontece após o trânsito em julgado para ambas as partes e, ainda, com a efetiva possibilidade de execução do título executivo judicial formado por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁶².

Confirmando o que assevera o ilustre doutrinador, é o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

(...) O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (...)⁶³.

Por sua vez, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini consideram incabível esse entendimento:

É compreensível que o sistema persecutório, responsável pela impunidade advinda da prescrição por sua incapacidade de operar todos os casos que lhes são submetidos busque alternativas para afastar a perda do poder punitivo. No entanto, a busca deve ser limitada pelos contornos do Estado de Direito e não pode desprezar comando restritivo do poder de punir. Infelizmente confunde-se, aqui, eficiência com punição (...)⁶⁴.

⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei n.º. 2.848/1940**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 520.

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 709.

⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **HC 137.924/SP**, Rel. Ministro Jorge Mussi. Data julgamento 25/05/2010. Acesso em: 16/5/2013.

⁶⁴ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 662.

No que diz respeito aos efeitos da prescrição da pretensão executória, diferentemente da prescrição da pretensão punitiva, o decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa prescrição limitam-se a extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais⁶⁵.

Nos dizeres de Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini a “prescrição da pretensão executória - ao contrário da que ataca a pretensão punitiva - só atinge o efeito principal da condenação, ou seja, a pena imposta. Os efeitos penais e extrapenais persistem, como a reincidência, a obrigação de reparar o dano etc”⁶⁶.

O termo inicial de contagem de prazo, neste tipo de prescrição, de acordo com o art. 112, do Código Penal, começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984);

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena⁶⁷.

Neste último caso, havendo a interrupção da execução, volta a correr o prazo para o estado executar o restante que ainda falta cumprir, sendo que o prazo prescricional será calculado de acordo com este tempo restante de pena nas bases do art. 109, do Código Penal e não do valor total da condenação.

⁶⁵ BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. ver., ampl. E atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo:- Saraiva, 2012, p. 889.

⁶⁶ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 661.

⁶⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848/1940**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívía. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 520.

CAPÍTULO III – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM PERSPECTIVA

3.1 - Conceito

A prescrição em perspectiva, também chamada de antecipada, virtual, hipotética ou projetada, não é prevista na lei de forma expressa, tratando-se, pois, de uma criação jurisprudencial e doutrinária.

A prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva é a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa, antes mesmo da sentença condenatória, tendo como critério para o cálculo do prazo prescricional a perspectiva da pena que será aplicada⁶⁸.

Ou seja, a mencionada prescrição permite ao juiz vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima possibilitando ao operador do direito antever que, ao final, eventual pena imposta seria alcançada pela prescrição.

De acordo com Luiz Flávio Gomes:

A prescrição da pretensão punitiva virtual (subespécie da Prescrição da Pretensão Punitiva) é (...), construção doutrinária e jurisprudencial (jurisprudência da primeira instância), de acordo com a qual, tendo-se conhecimento do fato, bem como das circunstâncias que seriam levadas em conta quando o juiz fosse graduar a pena e chegando-se a uma provável condenação, tomar-se-ia por base essa pena virtualmente considerada e far-se-ia a averiguação de possível prescrição, quando então não haveria interesse em dar-se andamento em ação penal que de antemão pudesse encerrar com a extinção da punibilidade⁶⁹.

Ademais, para a aplicação deste tipo de prescrição, toma-se por base o caso concreto, e visualizando a partir dele que a pena a ser aplicada futuramente será o mínimo legal e que a acusação não conseguirá nada além disso, conclui-se que calculando o prazo prescricional com a pena mínima já terá ocorrido a prescrição, ou seja, faz-se a perspectiva da pena que seria aplicada e, com base nessa perspectiva e no respectivo prazo prescricional decreta-se a prescrição⁷⁰.

⁶⁸ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 659.

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ. **Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 17 maio. 2010.**

⁷⁰ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 659.

Essa modalidade de prescrição não encontra guarida em nossa legislação penal, mas encontra adeptos no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRESCRIÇÃO PENA EM PERSPECTIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSSIBILIDADE. PENA DE UM DOS DELITOS PRESCRITA EM CONCRETO. Recurso parcialmente conhecido e improvido⁷¹.

Pede-se vênua para transcrever parte do acórdão retro:

“Entendo ser a melhor linha doutrinária e jurisprudencial aquela que permite e aconselha o chamado reconhecimento antecipado da prescrição, quando, pelo passar do tempo, deixou de existir o interesse estatal na punição dos acusados {...} Do mesmo modo, não haverá interesse, como pressuposto ao oferecimento da peça incoadora penal, quando a despeito da existência de provas altamente incriminadoras, em razão do transcurso acentuado do tempo, a provável pena da sentença em perspectiva apontar laço prescricional passível de consideração desde a data do fato ou entre quaisquer dos marcos interruptivos aludidos pelo artigo 117 do CP”⁷².

Depreende-se que a prescrição retro é aplicada ante a falta de interesse de agir do Estado posto que não se alcançará com a propositura da ação penal o resultado que dela se espera, no caso, a punição de indivíduo que praticou ato ilícito.

A prescrição penal em perspectiva está expressamente prevista pelo art. 37 do Anteprojeto da Reforma do Código de Processo Penal, in fine:

Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena⁷³.

No entanto, o STJ, ratificando o seu posicionamento, fez editar a Súmula nº 438, com o seguinte enunciado: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela

⁷¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito Nº 70007021959**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 16/10/2003. Acesso em: 20/05/2013.

⁷² Idem, *Ibidem*, p. 05/06.

⁷³ BRASIL. Senado. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. – Brasília: Senado Federal, 2009, p. 33.

prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”⁷⁴.

Data vênia, esse posicionamento inflexível dos tribunais é um equívoco porque muitas vezes movimenta-se a máquina judiciária desnecessariamente. Em casos inequívocos, em que se nota que a possível pena (futura) já está prescrita, é pura inutilidade prosseguir com o processo. Sábia é a jurisprudência de primeira instância que aplica a prescrição virtual (ou em perspectiva ou antecipada) há muitos anos. Nem sempre a razoabilidade está na segunda instância ou nos tribunais superiores⁷⁵.

Tal prescrição arregimenta alguns adeptos, tendo por bandeira os postulados da economia processual, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, e da falta de interesse de agir do Estado.

3.2 - A prescrição em perspectiva e o interesse de agir

A falta de interesse de agir é o principal elemento caracterizador da prescrição em perspectiva e, segundo a doutrina, torna inepta a acusação, por faltar justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal.

O interesse de agir no processo penal, segundo Liebman “é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado”⁷⁶.

Para que uma ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes às condições para o regular exercício do direito de ação, tais como: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; d) justa causa⁷⁷.

Dentre as condições para o exercício da ação, o que nos interessa é o interesse de agir que “decorre da necessidade de ter o titular da ação penal que se

⁷⁴ BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 1865.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição virtual ou antecipada ou em perspectiva. Inaplicabilidade. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 26 de novembro de 2010.

⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1, p. 154.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 732.

valer do estado para que este conheça e, se for convencido da infração penal, condene o réu ao cumprimento de uma pena justa”⁷⁸.

Segundo Capez:

O interesse de agir desdobra-se no trinômio necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais pra defesa do interesse material pretendido, e adequação à causa, do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal⁷⁹.

Nos processos sempre estará presente o interesse de agir na modalidade necessidade da medida, no entanto, no que se refere ao interesse de agir na modalidade utilidade da medida nem sempre estará presente.

A utilidade nada mais é que a eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir⁸⁰.

Corroborando este entendimento, Greco preleciona:

Porque levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica , será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? (...) o julgador deverá extinguir o processo , sem julgamento do mérito, aplicando-se o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, uma vez que naquele exato instante, pode constatar ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação , vale dizer, o interesse-utilidade da medida⁸¹.

No mesmo sentido, Luiz Augusto Coutinho, pontifica:

Pode-se afirmar que não é porque a lei não prevê expressamente a prescrição virtual, que a mesma não pode ser alcançada por meio de uma interpretação sistemática ou finalista, facilmente é de se notar que nas hipóteses de prescrição antecipada, induz falta de interesse de agir para o prosseguimento da ação penal⁸².

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 671.

⁷⁹ CAPEZ, **Curso de processo penal**. – 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

⁸⁰ Ibidem, p. 156.

⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 733.

⁸² COUTINHO, Luiz Augusto. Novas perspectivas para extinção de punibilidade em matéria criminal. Jus Navigandi, acesso em 01/10/2012. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3586>.

Dentro do entendimento dos citados doutrinadores, tem-se um julgado do Egrégio tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul relativo à aplicação da prescrição em perspectiva pela falta do interesse de agir:

(...) Arguição de extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva. Manifesta inviabilidade da pretensão punitiva. Ausência de interesse de agir ou processual. Ausência do binômio necessidade-utilidade. O processo não é um fim em si mesmo. Trancamento da ação penal. Ordem Concedida. (...) Assim, se não há mínima viabilidade na pretensão punitiva deduzida, qual o sentido de dar seguimento ao processo? Punir – o que já não pode ser punido – com o simples sofrimento do processo? Como disse o Min. Hamilton Carvalho, ao julgar o RHC 11.240/PR, 'a indemonstração de um mínimo de viabilidade da ação penal suprime a sua justa causa, na perspectiva da possibilidade jurídica do pedido, que tem significação especial em sede penal, em função dos direitos fundamentais do homem, sobretudo do direito de liberdade⁸³.

Logo, diante da possibilidade de ocorrência da prescrição futura, pode o Juiz, fundamentando suas decisões na falta de interesse de agir, na modalidade interesse-utilidade da medida, condição indispensável ao exercício do direito de ação, requerendo assim o arquivamento do processo diante da prescrição em perspectiva.

Vale escandir, que mesmo que não haja previsão legal, a prescrição em perspectiva pode ser declarada e, em seu nome, trancada a ação penal, em razão da falta de interesse de agir, que é condição essencial da ação.

3.3 - A prescrição em Perspectiva e a Razoável Duração do Processo e Celeridade Processual

A Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do *due process of law*”⁸⁴.

Essas previsões da razoável duração do processo e celeridade processual, já estão contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do

⁸³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **HC 70021582473** – 6ª Câmara. Rel. Des. João Batista Marques Tovo. Julgado em: 25.10.2007. Acesso em: 16/05/2013.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 112.

devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável a administração Pública (CF, art. 37, caput)⁸⁵.

Conforme afirma Marcelo Novelino “esse princípio, apesar de dirigido também ao juiz, tem como principal destinatário o legislador, impondo-lhe a tarefa de aperfeiçoar a legislação processual com o escopo de assegurar uma razoável duração ao processo”⁸⁶.

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões⁸⁷.

No entanto, na maioria das vezes, ao invés de garantir direitos as partes, os processos acabam submetendo essas pessoas a anos de espera devido a falta de ação do estado na condução dos processos.

Nesse sentido, preceitua Bitencourt:

É certo que a excessiva demora da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente a inoperância do estado, que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em tempo razoável e ainda, em algumas situações, a demora causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Bitencourt⁸⁸.

O processo penal, mesmo considerado como instrumento de garantia de direitos fundamentais, acaba por significar um grave prejuízo ao acusado, na medida em que se alonga além do prazo razoável, e que denigre e macula a honra e a dignidade do cidadão processado.

Além disso, a demora excessivamente injustificada em solucionar os casos penais impõe que o Estado, por inoperância, incompetência ou inaptidão abra mão de seu poder de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do acusado ou investigado a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia enquanto se desenrola o processo⁸⁹.

Ademais, um processo que se alonga por tempo superior aos prazos estabelecidos nos arts. 109 e 110 do CP, sem perspectiva de conclusão final, viola

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 112.

⁸⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008, p. 345.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 113.

⁸⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 17. ed. rev., ampl. E atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo-: Saraiva, 2012, p. 884.

⁸⁹ Ibidem, p. 885

flagrantemente garantia da duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação e, por consequência, atinge a própria dignidade da pessoa humana, conforme afirma Gilmar Mendes:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto de processos judiciais⁹⁰.

Na verdade, o direito de punir estatal, somente se justifica pela verificação de uma sentença penal condenatória, caso contrário, estar-se-ia violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse prisma, Fábio Guedes de Paula Machado verbera que:

[...] pela perda do valor simbólico do fato cometido e de sua conseqüente penalização pelo transcurso do tempo, materializado pelo desaparecimento da necessidade da pena, qualquer processo penal em trâmite ou futura imposição de condenação que não redundará na efetiva aplicação da lei penal constitui-se como atentado à dignidade humana⁹¹.

Deste modo, verifica-se que a observância do princípio da duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação efetiva os fundamentos da prescrição em perspectiva, evitando-se que processos se alonguem por tempo indeterminado, sujeitando o acusado a um constrangimento desnecessário, durante vários anos, à espera de uma decisão que ao final irá reconhecer a prescrição e declarar extinta a punibilidade.

3.5 - A Prescrição em Perspectiva e a Economia Processual

Sobre economia processual entende-se como o conjunto de esforços, aplicados na tentativa de se evitar o desperdício de tempo e recursos, na condução dos processos, bem como dos atos processuais.

Corroborando esse conceito, Denilson Feitosa aduz que:

O princípio da economia processual estabelece que o processo deve alcançar seu resultado com o menor gasto possível de recursos humanos,

⁹⁰ MENDES, Gilmar. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho (LEITE; SARLET, coord. p. 382).

⁹¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.163.

temporais e materiais, inclusive com o menor numero possível de atos e com o mínimo custo pecuniário⁹².

Outrossim, Cintra, Grinover e Dinamarco asseveram:

Sendo o processo um instrumento, não se pode exigir um dispêndio exacerbado com relação aos bens em disputa. Mesmo quando não se tratar de bens materiais, deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para o equilíbrio do binômio custo-benefício⁹³.

Segundo estes autores, o princípio da economia processual prioriza o máximo resultado na atuação do direito, com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Ou seja, busca uma agilidade na condução dos processos, com eficiência na aplicação do direito com o menor dispêndio de atos processuais possíveis.

A propósito, eis o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicando a prescrição em perspectiva como forma de economia processual:

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 utilidade⁹⁴.

O princípio da economia processual confirma a aplicação da prescrição em perspectiva tendo em vista que é absolutamente inútil dar continuidade a uma ação penal, gerando o dispêndio de recursos e esforços inúteis, movimentando-se toda a máquina judiciária em detrimento de outros processos, juridicamente viáveis, e aptos à aplicação de uma sanção.

3.6 - A prescrição em perspectiva frente à Súmula 438 do STJ

Diante da repercussão da prescrição em perspectiva na primeira instância, a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ratificou seu entendimento

⁹² PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. – 5º ed., rev. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 120.

⁹³ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 79.

⁹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Crime Nº 71002500197**, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 26/04/2010. Acesso em: 20/05/2013.

aprovando a Súmula n. 438⁹⁵, que reconhece ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

No REsp. n. 880.77422⁹⁶, os ministros da Quinta Turma decidiram que, de acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente prevista.

Para eles, é imprópria a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base em pena em perspectiva.

No julgamento do RHC n. 18.56923⁹⁷, a Sexta Turma destacou que é inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal.

Segundo os ministros, trata-se de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (STF), por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, a ser eventualmente aplicada.

Ao analisarem o HC n. 53.349⁹⁸, a Quinta Turma entendeu que a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação, conforme expressa previsão legal.

Portanto, não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

Contudo, apesar dos argumentos contrários à utilização da prescrição em perspectiva, o que fundamenta a aplicação desta modalidade de prescrição é a falta de justa causa para ação penal, em vista da ausência de interesse de agir, não havendo, portanto, ilegalidade na sua aplicação.

Os juízes de primeira instância utilizam a prescrição em perspectiva como forma de extinção da punibilidade, fundamentando suas decisões na falta de interesse de agir, respeitados os princípios da razoável duração do processo e celeridade de sua tramitação e a economia processual.

⁹⁵ BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 1865.

⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Especial Nº 880.774 - RS (2006/0194960-5)**, relator: Ministro Gilson Dipp, Julgado em: 10/05/2007, publicado em: 29/06/2007. Acesso em: 14/05/2013.

⁹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso em Habeas Corpus Nº 18.569 - MG (2005/0180807-5)**, relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em: 25/09/2008, publicado em: 13/10/2008 Acesso em: 20/05/2013.

⁹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso em Habeas Corpus Nº53.349 - BA (2006/0018208-0)**, relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em: 03/08/2006, publicado em: 04/09/2006, acesso em: 20/05/2013.

3.6.1 - O Valor da Súmula no Direito Brasileiro

Oportuno salientar que, apesar de editada a Súmula 438 do STJ contrária à aplicação da prescrição em perspectiva, o juiz não está vinculado a ela, podendo aplicar tal prescrição dependendo do caso em concreto. Isso decorre do fato de que apenas as Súmulas Vinculantes não podem ser contrariadas pelos tribunais que mantenham posicionamento adverso.

Insta ressaltar que a controvérsia que pauta sobre a matéria é advinda de súmulas do Superior Tribunal de Justiça, que são consideradas como orientações e não determinações a serem seguidas pelos julgadores.

As súmulas, como a consolidação de reiteradas decisões de um tribunal, possuem apenas força persuasiva, servem como elemento secundário na construção da tese jurídica e não obrigam os juízos inferiores a decidirem da mesma forma. A súmula vinculante, por sua vez, encaixa-se no mesmo conceito, mas vai além, pois obriga os tribunais inferiores a seguirem a decisão da Corte Constitucional e, em caso de má aplicação pelo juízo de primeira instância, oferece ao jurisdicionado a possibilidade de interpor reclamação diretamente ao STF⁹⁹.

Diferente tem-se a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que foi criada com o intuito de vincular as orientações ali contidas para que os demais Tribunais julgassem em concordância com suas decisões.

A Emenda Constitucional n. 45/04, em seu artigo 103-A, caput, trouxe a previsão sobre a possibilidade de uma súmula apresentar eficácia vinculante sobre decisões futuras, dispondo que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei¹⁰⁰.

⁹⁹ SANTOS, Daniel Mesquita. Os prós e contras da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <http://www.arco.org.br/artigos/os-pros-e-contras-das-sumulas-vinculantes-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em 24 maio 2013.

¹⁰⁰ BRASIL, Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 24 maio de 2013

Dessa feita, uma súmula outrora simplesmente consultiva, pode passar a apresentar correto efeito vinculante, e não mais facultativo, não podendo ser contradita. Busca-se asseverar o princípio da igualdade, impedindo que uma mesma norma seja interpretada de formas diferenciadas para situações fáticas semelhantes, criando deformidades inadmissíveis, bem como desafogar o STF diante do grande número de processos motivados, em muitos casos, por repetição extenuante cujo final decisório já se conhece.

Acerca do que é a Súmula Vinculante Uadi Lammêgo Bulos expressa:

É o instrumento que permite ao Supremo Tribunal Federal padronizar a exegese de uma norma jurídica controvertida, evitando insegurança e disparidade de entendimento em questões idênticas. Foi introduzida na Carta Magnapela Emenda Constitucional n. 45/2004¹⁰¹.

A principal diferença apontada entre a Súmula Vinculante e as Súmulas tradicionais, pauta-se no fato da primeira ser determinação a ser seguidas e a segunda apenas orientação.

Novamente, as considerações de Bulos são importantes nesse sentido:

As súmulas tradicionais, não vinculam os órgãos do judiciário, nem do executivo que não ficam compelidos a segui-las como orientação. [...] funcionam como precedentes judiciais, que podem ou não ser adotadas em casos semelhantes. E, quando acatadas obrigam somente as partes. Já as súmulas vinculantes são determinações sobre a inteligência das leis, apresentando eficácia irrestrita (erga omnes) Após publicada na imprensa oficial, vinculam os órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas do governo (CF, art. 103- A, caput)¹⁰².

Desse modo, não se pode olvidar a importância das súmulas vinculantes, mas no que diz respeito a outras súmulas percebe-se, de modo claro, que não há qualquer vinculação aos órgãos judiciários.

Portanto, não há qualquer justificativa para que sejam seguidas caso haja discordância. O principal ponto está no fato de serem apenas orientações a serem seguidas em se tratando de casos semelhantes.

¹⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.1093.

¹⁰² Idem, Ibidem. p.1093.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia buscou mostrar os benefícios da aplicação da prescrição em perspectiva a luz dos princípios da razoável duração do processo e celeridade de sua tramitação e a economia processual, ante a falta de interesse de agir do Estado.

Não obstante o posicionamento majoritário em oposição ao tema, esta monografia prova que é útil ao Estado aplicar prescrição em perspectiva, evitando assim que processos se arrastem pelo judiciário sem previsão de conclusão e se tornem pelo decurso do tempo ações fadadas ao fracasso, bem como evita gastos sociais com um processo inócuo.

Cientes que o processo penal verifica-se como um meio transformador do status jurídico-pessoal do acusado, não se pode admitir que esse processo seja inútil e ineficaz.

Não há sentido em se admitir a persecução criminal quando ela é natimorta, já que o direito de punir, se houver condenação, fatalmente encontrar-se-á extinto, perder-se-ia todo o trabalho, com dispêndio de tempo e desgaste da Justiça Pública.

Sendo assim, o que se espera é que o Magistrado aplique a prescrição em perspectiva pretensão punitiva, determinando o arquivamento definitivo do feito pela extinção da punibilidade (art. 107, IV do CPB) em todos os casos em que a análise da futura pena, que poderia ser aplicada ao réu, já se apresentasse, no futuro, prescrita *in concreto*.

Concluindo-se que, os argumentos contrários ao tema apegados ao formalismo exacerbado, atentam contra os princípios da razoável duração do processo e celeridade processual e princípio da economia processual haja vista que já se vislumbra que não há interesse de agir do Estado, evitando que o desenrolar do feito penal inócuo submeta o réu tão-somente à estigmatização social sem atingir seu resultado útil.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal** - 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Disponível:**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.html.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – **HC 137.924/SP**, Rel. Ministro Jorge Mussi, data julgamento 25/05/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - **HC nº: 84525 MG** - Relator(a): Ministro Carlos Veloso, Julgamento: 15/11/2004, publicação: 16/11/2004, acesso em: 9/5/2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso em Habeas Corpus Nº 18.569 - MG (2005/0180807-5)**, relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em: 25/09/2008, publicado em: 13/10/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso em Habeas Corpus Nº53.349 - BA (2006/0018208-0)**, relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em: 03/08/2006, publicado em: 04/09/2006.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito Nº 70007021959**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 16/10/2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Especial Nº 880.774 - RS (2006/0194960-5)**, relator: Ministro Gilson Dipp, Julgado em: 10/05/2007, publicado em: 29/06/2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **Processo: 1.0090.07.017727-5/001**, Relator: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho; julgado em 21/09/2010, publicado em 06.10.2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Amapá - **MS: 79404 AP**, Relator: Desembargador RAIMUNDO VALES, Data de Julgamento: 27/05/2004. Publicado em: 22/06/2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **HC 70021582473** – 6ª Câ. Crim. Rel. Des. João Batista Marques Tovo. Julgado em: 25.10.2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça Minas Gerais - **Apelação Criminal 1.0433.03.104065-5/001**, Rel. Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/08/2008, publicação da súmula em 30/08/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Crime Nº 71002500197**, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 26/04/2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 9.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848/1940**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 520.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689/41**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 593.

BRASIL. Senado. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. – Brasília: Senado Federal, 2009, p. 33.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **VadeMecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 1865.

BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **VadeMecum** -14 ed. atual e ampl. Saraiva, 2012, p. 1837.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, **Curso de processo penal.** – 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

COUTINHO, Luiz Augusto. Novas perspectivas para extinção de punibilidade em matéria criminal. Jus Navigandi, acesso em 14/05/2013. **Disponível em:** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3586>.

DAMÁSIO, de Jesus Evangelista. **Prescrição Penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição virtual ou antecipada ou em perspectiva. Inaplicabilidade. **Disponível em** <http://www.lfg.com.br> - 26 de novembro de 2010.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** - 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal.** – São Paulo: Saraiva, 2013.

LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de direito processual civil.** Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

MENDES, Gilmar. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. **In:** Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho (LEITE; SARLET, coord. p. 382).

MIRABETE Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. - São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. - 4.ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. – 5° ed., rev. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral** – 10. ed. rev. atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Daniel Mesquita. Os prós e contras da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. **Disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/os-pros-e-contras-das-sumulas-vinculantes-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>**.

SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de Processo e Prática Penal**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1, 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.

ANEXO

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

2ª Turma - Primeira Câmara Criminal

Apelação n.º 0006125-45.1995.8.05.0001

Comarca : Salvador

Apelante : Ministério Público

Promotor : Fernando Lins

Apelado : Jose Carlos dos Santos

Def. Público : Antonio Raimundo de Almeida Teixeira

Estagiário : Lorena Teixeira Conceição

Relator(a) : Lourival Almeida Trindade

Data do Julgamento: 10/07/2012

Data de Registro: 29/11/2012

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. SEQUESTRO E ROUBO QUALIFICADO. DENÚNCIA RECEBIDA, EM 13 DE JUNHO DE 1995. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO JUÍZO DE ORIGEM. MANTENÇA DO DECISUM OBJURGADO. RECURSO IMPROVIDO.

I. O recorrente, ao ofertar as razões do recurso, cognominou-o de “apelação” (sic – fl. 160). Entretanto, basta se leiam as razões do recurso para concluir-se que este alveja decisão que extinguiu a punibilidade do recorrido, declarando a prescrição dos fatos, que lhe foram imputados. Numa palavra, a via recursal adequada para a insurgência do recorrente é o recurso, em sentido estrito, com escoras, no art. 581, VIII, do CPP.

Malgrado isso, na hipótese dos autos, elidida a hipótese de má-fé do recorrente, há de ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal, entremostrando-se irrelevante um equívoco, de ordem, meramente, técnico formal. Como corolário, do quanto pré-exposto, e observados os requisitos de admissibilidade, conhece-se da irresignação, sub examine, como recurso, em sentido estrito.

II. Vale escandir, por oportuno, a fim de serem dispensadas excogitações laboriosas, em derredor das alterações legislativas, no CP, pela Lei nº 12.234/2010 - a qual, nas palavras de Vicente Greco Filho¹⁰³, “inumou a prescrição retroativa virtual” - que as novas regras, catalogadas, no art. 109, caput, e inciso VI, e art. 110, § 1º, todos do CP, não se aplicam, *in hipotesis*, porquanto, no que pertine às normas de direito penal, é sabido que *tempus regit actum*. Neste passo, como os fatos entelados ocorreram, nos idos de 03/01/1995 - obviamente, antes da Lei 12.234/10 passa-se, doravante, à análise da prescrição virtual, in casu.

III. Na hipótese, sob destrame, conclui-se que os fatos ocorreram, em 03 de janeiro de 1995, a denúncia foi recebida, em 13 de junho de 1995 (fl. 02), inexistindo qualquer causa interruptiva da prescrição até a prolação da sentença, sobreleve-se. A decisão objurgada, extinguindo o feito e determinando o seu arquivamento, data de 02 de junho de 2011. Sobrelevou a magistrada primeva, na sentença objurgada, que: “A presente ação trata da suposta prática do delito previsto no art. 157, §2º, I e II, do Código Penal pátrio, cuja pena máxima, em abstrato, é de 15 (quinze) anos de reclusão.

Com efeito, visto que a pena eventualmente cominada ao acusado, diante dos bons antecedentes que ostenta e atendendo ao que dispõe o Código Penal em seu art. 59, não excederia 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Destarte, a extinção da pretensão punitiva estatal decorrente de prescrição virtual, com amparo no art. 109, III, do CP, ocorreria, no máximo, em 2007 – 12 (doze) anos, portanto a partir do recebimento da denúncia.

Importante, por outro lado, que se registre a inovação jurisprudencial adotada pela Segunda Câmara Criminal do nosso Egrégio Tribunal de Justiça, em que se pretende estabelecer o prazo prescricional para os delitos com base em provável aplicação de pena mínima para ele prevista, antes da efetiva dosimetria em sentença condenatória, lastreando-se em antecedentes criminais e circunstâncias fáticas.

Tal construção jurisprudencial – que reconhece a possibilidade de prescrição antecipada -. Malgrado tenha sido alvo de inúmeros ataques, emerge enquanto medida eficaz ao respeito ao princípio da economia processual, bem como ao caráter efetivo da sentença.

¹⁰³ in “A Morte da Prescrição Virtual”. Boletim IBCCRIM, ano 18, nº 211, de junho de 2010.

Isto porque, tendo havido a extinção da punibilidade em virtude do advento da prescrição, constatada com base na consideração das circunstâncias subjetivas e objetivas que cercam o caso – e que ensejam a aplicação da pena mínima aplicável ao delito -, não há razão para defender a deflagração ou continuidade de uma ação penal que não encontra mais como lastro o interesse processual – que deve, a propósito, existir quando da prolação da sentença.

Diante de tudo isso, entendo ser inócua a manutenção de uma ação penal que está fadada ao insucesso, movimentando inutilmente a máquina judicial, visto que uma provável sentença condenatória não poderia produzir seu efeito, em virtude de ter cessado o jus puniendi estatal.

(...)Ante o exposto, acolhendo o opinativo ministerial e as razões expostas pela defesa, declaro a EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE de José Carlos dos Santos, com amparo nos arts. 107, IV, primeira figura, 109, III, do Código Penal”. (sic –fl. 157/159)

IV. Nessa senda intelectual, perlustrando-se os autos, torna-se inteligível que, no caso, sob descortino, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, extinguindo a punibilidade do recorrido, já transcorreu lapso temporal superior a 16 (dezesesseis) anos. Sobremais, ainda que fosse condenado à pena privativa de liberdade, diante das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso, sob destreza, e de tal lapso temporal, já teria ocorrido a prescrição retroativa, em consonância com a norma residente no art. 109, do CP, consoante explicitado pela sobreeminente magistrada a quo.

V. Assim sendo e assim o é, o processo, predestinado à morte precoce, não deve continuar a seguir rumo estéril, porquanto faltaria, então, ao órgão acusatório o interesse de agir, enquanto o acusado permaneceria aguardando o epílogo do feito, que, em verdade, transmudar-se-ia num talvez, ou quem sabe, num quem sabe.

VI. Resta, por derradeiro, evocar a citação de François Ost¹⁰⁴, quando diz: “O esquecimento, como a memória, exige, pois, ser revisitado, selecionado, ultrapassado, superado, subsumido num tempo que não se reduz tão somente à declinação do passado. Eis-nos na terceira etapa, que virá nos conduzir ao limiar do perdão, um perdão que é simultaneamente anamnésia e remissão: ato de memória e aposta no futuro. Sem dúvida, um perdão desse tipo é um tanto sublime demais

¹⁰⁴ François Ost. O tempo do Direito. Trad.: Élcio Fernandes, Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 145.

para ser jurídico integralmente; admitamos que ele estava ligeiramente para além do direito, assim como todo esquecimento estaria frequentemente aquém de suas virtualidades.” Numa palavra: “o esquecimento é necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito”.

VII. Confrontar, por oportuno, Recurso em Sentido Estrito 0473792-73.2010.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Criminal - TJ-SP - Rel. João Morenghi, julgado em 09/11/2011 e publicado em 28/11/2011 e HC 70021582473 – 6ª Câm. Crim. - TJRS – j. 25.10.2007

VIII. Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo provimento do apelo.

IX. Recurso conhecido e improvido.