

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ

THELLISMA MARIA DE SOUSA

**Prescrição penal antecipada no direito penal
brasileiro**

Florianópolis

2009

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITOS E NOÇÕES GERAIS DA PRESCRIÇÃO	13
2.1 Visão Histórica.....	13
2.2 Conceito	13
2.2.1 A Prescrição com Perda do Direito de Ação.....	13
2.2.2 Diferença entre Prescrição e Decadência	15
2.2.3 A Prescrição como Extinção da Pretensão.....	15
2.3 Arguição e Reconhecimento da Prescrição.....	17
3 A PRESCRIÇÃO NOS MAIS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO.....	19
3.1 Prescrição no Direito Civil.....	19
3.1.1 Considerações Gerais.....	19
3.1.2 Diferença entre Prescrição Extintiva e Prescrição Aquisitiva.....	19
3.2 Prescrição no Direito do Trabalho.....	20
3.3 Prescrição no Direito Administrativo.....	21
3.4 Prescrição no Direito Tributário.....	21
3.5 Prescrição no Direito Previdenciário.....	22
4 PRESCRIÇÃO PENAL	23
4.1 Considerações Iniciais.....	23
4.2 Objetivo da Sanção Penal.....	23
4.3 Conceito de Prescrição Penal.....	24
4.4 Fundamentos da Prescrição Penal.....	25
4.5 Natureza Jurídica.....	26
4.6 Espécies de Prescrição Penal.....	27
4.6.1 Da Prescrição da Pretensão Punitiva.....	27
4.6.1.1 Termo inicial das Modalidades de Prescrição da Pretensão Punitiva.....	27

4.6.1.2 Prescrição da Pretensão Propriamente dita ou em Abstrato.....	28
4.6.1.3 Prescrição Intercorrente, Subseqüente ou Superveniente.....	29
4.6.1.4 Prescrição Penal Retroativa.....	30
4.6.2 Prescrição da Pretensão Executória.....	32
4.6.3 Das Causas Interruptivas e Suspensivas da Prescrição.....	33
4.6.4 Das Causas que Suspendem.....	33
5 PRESCRIÇÃO VIRTUAL, EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPA.....	35
5.1 Noções Introdutórias e Conceito.....	35
5.2 Requisitos para o Reconhecimento da Prescrição Antecipada.....	36
5.2.1 Circunstanciais Judiciais Favoráveis (art.59).....	36
5.2.2 Primariedade.....	38
5.2.3 Projeção da Pena Base no Mínimo Legalmente Fixado.....	38
5.3 Fundamentos Adotados pela Posição Contrária ao Instituto.....	38
5.3.1 Princípio da Legalidade.....	39
5.3.2 Princípio do Devido Processo legal, do Contraditório e da Ampla Defesa.....	40
5.3.3 Princípio do Estado de Inocência.....	41
5.3.4 Princípio da Obrigatoriedade.....	41
5.4 Fundamentos que Norteiam a Posição Favorável à Prescrição Penal Antecipada.....	43
5.4.1 Princípio da Dignidade Humana.....	43
5.4.2 Princípio da Economia Processual.....	44
5.4.3 Falta de Justa Causa e Prescrição Penal Antecipada.....	44
5.4.4 Falta de Interesse de Agir e Prescrição Penal Antecipada.....	46
6.CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Prescrição penal, em si, é um tema bastante complexo para o operador do direito entendê-la. É necessário ter conhecimento acerca dos prazos, causas que suspendem ou interrompem e as suas espécies, que são a prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes da sentença penal condenatória transitando em julgado, e a prescrição executória, que ocorre após o efetivo trânsito em julgado da sentença.

O tema do presente trabalho, a prescrição penal antecipada, é uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista a sua aplicação antes do trânsito em julgado da sentença.

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

O tema é bastante polêmico. Há com correntes contrárias e favoráveis à aplicação da prescrição penal antecipada. A doutrina e jurisprudência contrária utilizam entre outros argumentos, a inexistência de norma que possibilite sua aplicação.

Contudo, a prescrição penal virtual fundamenta-se principalmente na economia processual, muito mais importante que a falta de previsão legal, uma vez que de nada adianta movimentar a máquina judiciária, para após, reconhecer que o Estado não pode punir o acusado. Diante disso o benefício trará ao processo, a aplicação da Prescrição Penal Virtual, antecipada, quando esta for possível.

Por outro lado, a corrente favorável aponta também, entre outros argumentos, o princípio da economia processual, a dignidade humana, a falta de interesse de agir.

Os mais importantes princípios que servem de fundamento às posições estão o princípio da legalidade, apoiado pela ala contrária, versus princípio da economia processual da ala favorável.

O importante também é observar que o instituto não deve ser aplicado a todo e qualquer caso, mas somente no caso concreto analisando-se todo o contexto fático e jurídico do processo, ou seja, tem que haver adequação do caso a sua adoção.

No primeiro capítulo, esse documento abordará os aspectos gerais do instituto da prescrição aplicável a qualquer ramo do direito, abordando aspectos históricos, conceito, levando-se em conta as acepções da prescrição como causa extintiva da ação, da pretensão. Foi realizada a diferença entre prescrição e decadência e por último, o reconhecimento e arguição da prescrição, como se dera, e em que momento.

No segundo capítulo demonstrará-se-á o conhecimento do instituto nos mais diversos ramos do direito, quais sejam, o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Administrativo, o Direito Tributário, e o Previdenciário relatando-se as peculiaridades e controversas de cada um.

O terceiro, será tratado sobre a Prescrição Penal, gênero a que é espécie a prescrição penal antecipada, abordando a finalidade da pena, o conceito de prescrição penal, explicará as espécies, causas que interrompem e suspendem.

No último capítulo abordará-se-á, o conceito, os requisitos para a aplicação da prescrição penal antecipada, os argumentos contrários e favoráveis.

O presente trabalho será realizado a partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais levando-se a conclusão de que o instituto oferece razões e fundamentos legais, lógicos, jurídicos e de utilidade que justificam sua acolhida no direito brasileiro.

Tem como objetivo demonstrar a importância do reconhecimento da prescrição penal antecipada para o Direito Penal e a possibilidade de sua aplicação diante dos requisitos que autorizam a aplicação ao caso concreto.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITO E NOÇÕES GERAIS DA PRESCRIÇÃO

2.1 Visão Histórica

A palavra prescrição vem do vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado por *prae scribere*; significa escrever antes ou no começo.

O instituto da prescrição, suas funções e fundamentos tiveram origem romana. No direito romano primitivo, o interessado poderia pleitear um direito a qualquer tempo. As ações, portanto, eram perpétuas.

No direito pretoriano surgiu a idéia de prescrição, já considerando seus dois requisitos básicos: a inércia do titular do direito e o lapso temporal que, naquela época, era apenas de um ano (*annus utilis*). Após esse prazo, o réu poderia alegar a chamada exceção de *praescriptio temporis*, considerada hipótese de carência de ação por parte do autor por não ter ajuizado em tempo hábil a demanda.

Na época do império, explica Monteiro (2005, p.337), como era aplicado o instituto:

Surgiu a chamada *praescriptio longum tempum*, aplicável nos casos de ações reais sobre imóveis cujos prazos eram de dez anos entre ausentes e vinte anos entre presentes. Posteriormente, uma constituição de Teodósio determinava que todas as ações, independente da pretensão, prescreveriam em trinta anos.

Quanto às legislações atuais, afirma Monteiro (2005, p. 339) que a prescrição "Figura indiscriminadamente em todas as legislações contemporâneas *pro bono publico*, havida como filha do tempo e da paz."

2.2 Conceito

2.2.1 A Prescrição como Perda do Direito de Ação.

O conceito de prescrição é regra geral em todos os campos do direito. Todavia, o alcance de sua definição sempre foi um ponto muito discutido na doutrina, se a prescrição extingue a ação ou se mais própria e diretamente o direito.

Contudo, é pacífico que o conceito de prescrição está ligado ao de perda da ação, é, portanto contra a inércia desta que age a prescrição, a fim de restabelecer estabilidade do direito, eliminando um estado de incerteza, perturbadora das relações sociais.

Beviláqua (apud Venosa, 2009, p. 545) no mesmo sentido considerando a prescrição como direito de ação, definiu prescrição como sendo "a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo."

Leal (apud Venosa, 2009 p. 547), discordando da tese de que a prescrição extingue o direito, fundamenta seu pensamento no sentido de que a mesma extingue a ação, ao afirmar que

Se a inércia do titular é causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, pois este, uma vez adquirido, entra para o domínio da vontade do adquirente, que pode deliberadamente não utilizá-lo, o que, de resto, é compatível com sua conservação. Todavia, se tal direito é violado por terceiro, surge uma situação antijurídica, que é removível pela ação conferida ao titular. Se este não usa tal remédio, se se mantém longamente inerte perante a situação nova, o ordenamento jurídico priva-o da ação referida, porque há um interesse social em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente.

À primeira vista, a prescrição tem aparência de instituição iníqua, porquanto por meio dela o credor pode ficar sem receber seu crédito, o assassino

sem cumprir pena porque os titulares dos direitos se fizeram inertes, circunstâncias estas que para a sociedade não deveria extinguir a relação jurídica.

Gonçalves (apud Monteiro, 2005, p.337) explica a importância da prescrição:

A prescrição é indispensável à estabilidade e à consolidação de todos os direitos; sem ela nada seria permanente; o proprietário jamais estaria seguro de seus direitos, e o devedor livre de pagar duas vezes a mesma dívida.

Na verdade, a prescrição constitui-se como uma pena a inércia do titular do direito violado que deixa de exercer seu direito de poder exigir em juízo a reparação do mal causado e não proteger o lesante como se tem na mente da sociedade.

2.2.2 Diferença entre Prescrição e Decadência.

O conceito de prescrição, definido pela doutrina como a perda do direito de ação, é muito parecido com de decadência, que é denominado como a perda do direito pela inércia de seu titular que deixa escoar o prazo para o seu exercício.

Em todos os ramos de direito em que existem os dois institutos, o conceito é o mesmo, a prescrição como a perda do direito de ação e a decadência como a perda do próprio direito.

Contudo, embora possa fazer-se uma linha de diferenciação, é grande a aparência entre os dois. Ambos os institutos se fundam na inércia do titular do direito, durante certo lapso de tempo. Ambos trabalham o conceito de inércia e tempo..

Monteiro (2005, p.341), faz uma linha de diferenciação muito interessante entre os institutos *“Com efeito, a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado, a decadência, ao inverso atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa extingue a ação”*.

Além dos conceitos, outros pontos diferenciam sobremaneira os institutos. Na decadência, o prazo não se interrompe, nem se suspende, corre indefectivelmente contra todos e é fatal; peremptório, termina sempre no dia preestabelecido. Não pode ser renunciado. O contrário não acontece com a prescrição, que pode ser interrompida ou suspensa.

2.2.3 A prescrição como extinção da pretensão

A palavra pretensão sempre é vista nos nossos dicionários no sentido de desejar, querer, solicitar, almejar a efetivação de um direito, prevalecendo sempre um caráter subjetivo do termo. Ferreira (2001, p. 592) apresenta o significado da expressão pretensão como "ato ou efeito de pretender. Direito suposto e reivindicado"

Diniz (2007 p. 383) conceitua a expressão como:

poder de fazer valer em juízo, por de meio de uma ação em sentido material a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual, a reparação do mal produzido. O titular terá um prazo para propor sua ação, contudo se deixar escoar tal prazo, sua inércia dará origem a prescrição.

O conceito da autora faz parte da concepção adotada sobre pretensão, aduzindo-se que prescrição e pretensão não significam a mesma coisa, são sim institutos intimamente ligados, pois para a ocorrência do primeiro depende à existência do segundo.

Nery Júnior (apud Monteiro 2005, p. 259) conceitua a prescrição como "causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei."

O novo Código Civil (VADEMECUM, 2009, p. 183), adotou claramente esse critério, ligando a prescrição à pretensão. Define o artigo 189 que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206."

Importante mencionar que a impossibilidade de exigir judicialmente um direito não significa extinguir uma pretensão, por exemplo, no caso de uma ação de

execução em que não existam bens em nome do executado aqui não será efetivada a pretensão do credor, apesar de garantida judicialmente.

Destarte o subitem esclareceu que a prescrição dá-se pela perda de prazo que tem o titular do direito violado de vê o infrator pagar pelo mal, este direito de exigir em juízo a obrigação do inadimplente é a pretensão que não pode ser conceituado e confundido como o direito violado.

Assim, é certo afirmar que a prescrição extingue a pretensão, pois como o direito da perda de ação estará tolhido pela inércia do titular, este não poderá vê sua pretensão aduzida em juízo e também fora dela.

2.3 Arguição e Reconhecimento da Prescrição

A prescrição assegura que, daqui a diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta.

Antes, se não fosse oposta pelo demandado, a prescrição não produziria quaisquer efeitos sobre a ação, pois o órgão judicante não poderia conhecê-lo de ofício, salvo para proteger direitos de incapazes.

Com o advento da nova lei 11.280/06 que alterou o art. 219, parágrafo 5º do Código de Processo Civil e revogou o art. 194, a prescrição poderá ser reconhecida de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer situação, sendo ou não direitos patrimoniais é possível a sua arguição em todos os ramos do direito

A prescrição é arguida como preliminar de mérito e, quando reconhecida, o magistrado resolverá a lide com apreciação do mérito, nos termos do artigo 269 do Código de Processo Civil, não permitindo, portanto, após o trânsito em julgado, a reapreciação da demanda por parte do órgão jurisdicional.

Monteiro (2005, p.334) explica que, apesar de ser a prescrição arguida em qualquer momento da causa, não poderá ser arguida em sede de recurso extraordinário se não foi alegada no juízo a quo,

Ela pode ser argüida na primeira e na segunda instancia, na ação e na execução. Mas inadmissível será sua argüição em recurso extraordinário se a parte não a alegou perante a justiça comum. O supremo tribunal Federal não conhece questões que não tenham sido apreciadas na justiça local (súmula n. 282).

Assim, pelas explicações acima, se vê a importância do instituto da prescrição que não comporta aceitação em virtude da inércia do titular, por isso recebe também denominação de matéria ordem pública, pois a seu reconhecimento importa para toda a sociedade principalmente na espécie que trata este trabalho.

3 A PRESCRIÇÃO NOS MAIS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO

3.1. Prescrição no Direito Civil

3.1.1. Considerações Gerais

A prescrição existe em quase todos os ramos do direito, mudando-se apenas com relação ao objeto, por isso antes de adentrar-se ao tema da prescrição virtual, que se encontra dentro da prescrição penal é de suma importância relatar como a prescrição se dá nos mais diversos ramos, a começar pelo direito civil.

No direito civil, o tema prescrição é bastante extenso. O Código regula o instituto em quatro seções diferentes: disposições gerais (arts.189 a 196); das causas que impedem ou suspendem a prescrição (arts.197 a 201); das causas que interrompem a prescrição (arts. 202 a 204); dos prazos da prescrição (arts. 205 e 206).

Para que não seja perdido o foco deste trabalho será abordado apenas um dos pontos mais controversos da prescrição no direito civil, que será abaixo analisado.

3.1.2 Diferença entre Prescrição Extintiva e Prescrição Aquisitiva.

As duas espécies de prescrição extintiva e aquisitiva têm em comum a inércia de alguém, contudo são modalidades diversas. A primeira diz respeito à regra da prescrição em geral, ou seja, a perda da possibilidade de reivindicar um direito pelo decurso (perda) de prazo.

Já a prescrição aquisitiva é hipótese contrária. Consiste não na perda, mas na aquisição de um direito real sobre um bem pelo decurso do prazo. Esse tipo de prescrição se dá por meio do usucapião, forma de aquisição da propriedade, em que a pessoa que exerce posse prolongada pode vir a ter a propriedade da coisa, se observados os requisitos legais em cada caso. É instituto próprio do direito civil.

Diniz (2007, p.393), lecionando sobre o tema, aduz:

A prescrição extintiva ou liberatória atinge qualquer ação (em sentido material), fundamentando-se na inércia do titular e no tempo, e a aquisição ou usucapião visa à propriedade ou a outro direito real, fundando-se na posse e no tempo. Portanto, são dúplices os conceitos.

A prescrição extintiva é regra de presente no ordenamento jurídico, que abrange qualquer esfera do direito. Já a prescrição aquisitiva é instituto relacionado exclusivamente aos direitos reais sobre as coisas, sejam elas móveis ou imóveis.

3.2 Prescrição no Direito do Trabalho

A prescrição no direito do trabalho encontra respaldo na Constituição Federal no art. 7º, inciso XXIX. Em que aduz-se que o prazo de prescrição para o trabalhador urbano e rural propor ação na Justiça do Trabalho é de dois anos a contar é de dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho. Observado esse prazo, é possível a reclamação dos últimos cinco anos a contar do ajuizamento da ação (súmula.308, I, do TST).

Estes prazos sempre são muitos controversos para os iniciantes no estudo do direito do trabalho e até mesmo para aqueles que já têm uma certa experiência na área. Pois bem, quem definirá quanto de créditos trabalhistas do empregado será o tempo do ajuizamento de dois anos a que ele tem direito, era como se esse prazo de ajuizamento, depois de cessado o contrato de trabalho, fosse contado para trás, assim como é feito na prescrição penal retroativa que será explanada no próximo capítulo.

Outro prazo prescricional na seara trabalhista é o relativo ao do FGTS, que embora haja discussão acerca da sua natureza tributária e, por isso, o prazo

devendo ser de cinco anos como prescreve o Código Tributário Nacional. O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 362 em que “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

3.3 Prescrição no Direito Administrativo

A prescrição na seara do direito administrativo é um tema sem controvérsias, a falta de regra expressa. A prescrição aqui é empregada em diferentes sentidos.

Pietro (2006, p.704) aponta quais as diversas designações que possui a prescrição administrativa:

ela designa de um lado, a perda do prazo para que a administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.

No caso de não haver prazos de prescrição para certos casos Meireles (apud Pietro, 2006, 704) aduz que “no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do decreto nº 20.910-32”

Um último apontamento merece destaque. Quando prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante provocação, sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas, pois, neste caso, o ato convalesceu.

3.4 Prescrição no Direito Tributário

Assim como nos demais ramos do direito, no direito tributário o conceito de prescrição não foge a regra, contudo também aqui há a necessidade de estabelecer a diferença entre decadência e prescrição.

Alexandre (2008, p.442) preleciona os momentos em que ocorrem os institutos “o prazo para que a Administração Tributária, por meio da autoridade

competente, promova o lançamento do crédito tributário é decadencial. O prazo para que se ajuíze a ação de execução fiscal é prescricional”.

Portanto, perde o fisco o direito de ação se não propor-la no tempo correto que segundo a regra do Art.174 do CTN o prazo prescricional é de cinco anos, contados da constituição definitiva.

3.5 Prescrição no Direito Previdenciário

Aqui, o conceito de prescrição muito se assemelha ao de direito tributário. No início, a seguridade social tinha o prazo de 10 anos para constituir seus créditos tributários, ao contrário dos 05 anos previstos no Código Tributário Nacional. Desnecessário dizer que sempre houve grande controvérsia doutrinária sobre a validade deste prazo, em contrariedade ao CTN.

Os Tribunais já decidiam em controle difuso a inconstitucionalidade do dispositivo que dobrava o prazo de prescrição descrito no CTN, até porque as contribuições sociais são espécies de tributos.

A questão foi apaziguada quando o STF acabou por entender, de forma definitiva que o prazo válido é o do CTN, visto que a matéria é de competência de lei complementar como prevê o art.146, III, da Constituição. O entendimento foi expresso na súmula vinculante nº 8. Conforme descrição da referida Súmula: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Ou seja, a Súmula Vinculante declarou inconstitucionais os prazos de 10 anos para se constituir créditos tributários, haja vista que o prazo correto é o de cinco anos previstos no Código Tributário Nacional.

4 PRESCRIÇÃO PENAL

4.1. Considerações Iniciais

O direito penal nasceu da necessidade de prevenir e reprimir os comportamentos humanos mais perniciosos à coletividade, desvendando-os como crimes e cominando-lhes as respectivas sanções. As normas penais descrevem comportamentos e as sanções a que os sujeitos ficaram submetidos caso realizem a conduta proibitiva surgindo daí o direito de punir do Estado.

O direito de punir ou *jus puniendi* tem a finalidade de defesa da sociedade contra a ação dos violadores da norma penal incriminadora, todavia, em determinados casos, não é possível ao Estado exercer o *jus puniendi*. Trata-se de causas denominadas extintivas da punibilidade, o delito não se desconstitui, apenas deixa de ser legalmente aplicada à pena.

A prescrição é uma das causas extintivas de punibilidade prevista no Código Penal, art.107, IV.

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, crimes de ação privada;

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

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 29.03.05);

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 29.03.05);

Antes de adentrar no conceito e demais aspectos da prescrição penal, faz-se mister entender qual a finalidade da sanção penal, para só depois desvendar o porquê do surgimento da prescrição penal.

4.2 Objetivo da Sanção Penal

É claro que a pena não é aplicada sem fundamento algum, à primeira vista a sociedade a considera como pagamento ao mal realizado pelo infrator, contudo, o direito penal é bem mais finalístico neste aspecto. Conforme a doutrina as finalidades das penas são explicadas por três teorias.

Capez (2005, p.357), assim como outros doutrinadores explica cada uma delas, vejamos:

Teoria absoluta ou da retribuição: a finalidade da pena é punir o autor da infração penal.

Teoria relativa, finalista ou da prevenção: a pena tem um fim pratico e imediato de prevenção geral ou especial do crime. A prevenção é especial porque visa a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-los a voltar a ambiente social.

Teoria mista, eclética: a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime.

Greco (2006,p.526) explica qual teoria adotada pelo Código Penal “Em razão da redação contida no caput do art. 59 do código penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena”.

Pelo entendimento a que se tem do art. 59 do Código Penal Brasileiro que conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, vislumbra-se que ele adotou a teoria mista, explicada acima.

4.3 Conceito de Prescrição Penal

O conceito de Prescrição Penal liga-se a perda da ação penal ou da sua continuidade, também ocorre pela falta de cumprimento a sentença. os mais diversos doutrinadores a tem como a perda do direito de punir e como a renúncia a este direito isto aconteceu no momento em que legislou sobre a matéria.

Manzini (apud Travessa 2008, p.56), conceitua:

a prescrição extintiva do delito constitui uma renúncia, feita preventivamente e legislativamente pelo Estado e determinada pela força deletéria do tempo em fazer valer a pretensão punitiva contra um determinado tempo em fazer valer a pretensão punitiva contra um determinado individuo, culpado de um delito.

Como observação à renúncia do Estado, observa Marques (apud, Benedetti, 2009, p.105):

somente pode ocorrer “renúncia” na fase legislativa da norma penal, não mais na esfera de aplicação após sua promulgação que, uma vez

conhecida com ei, a prescrição é a perda do poder-dever de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo tempo.

Assim, o conceito entendido como renúncia está ultrapassado, sendo modernamente conceituado a prescrição penal como perda do direito de punir.

Bitencourt (2009, 284) conceitua a prescrição penal neste sentido “pode-se definir a prescrição como a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”.

Para aqueles que não aceitam esse instituto, consideram a prescrição como o meio de proteger os criminosos. Contudo, a prescrição penal não pode ser considerada como perdão para os criminosos, porque se assim fosse, o Estado concederia graça ou indulto. Todavia pelo contrário, trata-se de instituto criado para proteger os interesses da sociedade, que não arcará com as consequências de um cumprimento inútil de pena pelo infrator, vez que esta não atingirá mais a sua finalidade.

4.4 Fundamentos da Prescrição Penal

Como visto acima, a sanção penal advém do objetivo de punir o infrator e também como prevenção, sendo esta encarada no sentido de intimidação da sociedade e como a ressocialização do infrator. Todavia, com o tempo esta punição ao infrator, a intimidação à sociedade e a ressocialização do preso não terá mais sentido uma vez que não atenderá mais as suas finalidades.

Várias teorias tentam explicar a prescrição penal, sendo atualmente as mais aceitas conforme Benelleti (2009, p.117), as teorias do esquecimento; a teoria do transcurso do tempo; a teoria da dispersão da prova e a teoria político criminal.

A primeira legitima a extinção da punibilidade pelo próprio esquecimento do fato, tornando-se infrutífera qualquer espécie de sanção

Masson (2009, p.841) comentando sobre a impertinência da sanção penal como causa da prescrição liga o fator tempo e inutilidade da pena:

a resposta do Estado somente cumpre a sua função preventiva(preventiva (especial e geral) quando manifestada logo após a pratica da infração penal. O direito penal intimida não pela gravidade da punição, mas pela certeza de seu exercício, Nos idos de 1764 já afirmava Cesare Beccaria que quanto mais próxima do delito seja a aplicação da pena tanto mais justa e útil será.

Quanto à teoria da dispersão da provas, o tempo exerce influência importante nas provas necessárias para uma condenação. Testemunhas se esquecem, outras morrem, documentos desaparecem, o transcorrer do tempo vai apagando os vestígios do crime, prejudicando a apuração da verdade, o que causa grandes dificuldades para a formação do convencimento do julgador, daí a aceitação dessa teoria como fundamento da prescrição.

A correlação entre o tempo e a sanção, para justificar a prescrição penal, traz à tona o papel do Estado-Juiz na persecução criminal. A prescrição fundamenta-se na política criminal de extinção de ação e execução criminal depois de decorridos os muitos. Daí o caráter político criminal da prescrição.

Na verdade, pouco importa as teorias que procuram justificar o instituto da prescrição, pois ela, antes de tudo, é uma medida de justiça social que afasta incertezas e traz segurança jurídica.

4.5. Natureza Jurídica

Questão importante refere-se à natureza jurídica da prescrição, objeto de grandes controvérsias na doutrina. Alguns a consideram instituto de Direito Penal; outros, de Direito Processual Penal e há, ainda, os que a atribuem um caráter misto. A corrente dominante a considera como de Direito Penal, embora haja consequências imediatas de Direito Processual Penal.

A prescrição penal recebe conotação diferenciada da prescrição civil, pois na penal, o Estado perde o direito de apurar e punir certa infração; na cível, perde o direito de ação apenas, subsistindo o direito material.

4.6 Espécies de Prescrição Penal

Segundo os artigos 109 e 110 do Código Penal, a prescrição penal pode ocorrer antes (prescrição da pretensão punitiva) ou depois (prescrição da pretensão executória) do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A primeira subdivide-se: nas prescrições em abstrato, superveniente e retroativa, ao passo que a segunda não tem subespécies.

4.6.1 Da Prescrição da Pretensão Punitiva

Como a decretação de qualquer das modalidades da prescrição da pretensão punitiva tem o condão de fazer desaparecer a sanção penal e seus efeitos direitos, mesmo que o delito tenha sido praticado. com a decretação de qualquer das modalidades da prescrição da ação, além da não aplicação da pena ou medida de segurança, por força do artigo 5º, LVII da Constituição da República(princípio da presunção da inocência), o nome do indiciado ou acusado não gerará reincidência, pagamento das custas judiciais, honorários de defensor dativo, e a sentença criminal não será título executivo judicial no civil.

A menoridade relativa ou a maioridade senil permitem a redução do prazo prescricional pela metade conforme art. 115 do CP “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”.

4.6.1.1 Termo Inicial das Modalidades de Prescrição da Pretensão Punitiva

O art. 111 do Código Penal elenca os termos iniciais que começa a contagem do prazo da prescrição punitiva nas suas modalidades.

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Esta regra, atinge a prescrição penal em abstrato, posto que o termo inicial da prescrição superveniente começa a fluir com a blicação da sentença condenatória recorrível.

O termo inicial da outra modalidade de prescrição da pretensão punitiva, a retroativa, se dá em dois momentos: começa a correr entre a sentença ou acórdão condenatório recorrível e o recebimento da denuncia ou queixa, e entre o recebimento, e entre este momento e a consumação do fato.

4.6.1.2 Prescrição da Pretensão Punitiva Propriamente Dita ou em Abstrato

A prescrição da Pretensão Punitiva em Abstrato é aplicada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com base no máximo da pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa cominada ao crime.

Bitencourt (2009, p.285), denomina a prescrição abstrata “denomina-se prescrição abstrata porque ainda não existe pena concretizada na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso prescricional”.

Tal prescrição adota a regra do termo inicial da prescrição da pretensão punitiva descrita no art. 111 do CP como afirmado acima, que pode ocorrer entre a data da consumação do crime até o recebimento da denuncia ou queixa, ou a partir desse momento até a sentença.

Ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, fica impedida a propositura da ação penal, bem como seu prosseguimento se já proposta.

Esta prescrição é calculada com base no máximo da pena privativa de liberdade abstrativamente cominada ao crime. O art. 109 enumera os prazos de prescrição.

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

- I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);
- II - em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);
- III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);
- IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);
- V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
- VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

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

Exemplo se tem o caso do homicídio simples que tem a pena máxima fixada em 20 anos, a prescrição penal ocorrerá se, da data da consumação do delito até o despacho de recebimento denuncia ou queixa, ou deste ato até a decisão final tiver transcorrido o lapso temporal de 20 anos.

Bitencourt (2009, p.286) esclarece que os prazos do art. 109 são preliminares se houver majorantes ou minorantes, conforme aduz: “ este prazo é básico e preliminar, porque poderá sofrer incidência de majorantes ou minorantes de aplicação obrigatória, bem como menoridade ou velhice, que, naturalmente alteraram seu limite”

Mister esclarecer que os prazos do art. 109 do CP servirá para aferição de prazos das demais espécies de prescrição.

4.6.1.3. Prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente

A sentença condenatória recorrível interrompe a prescrição, fazendo o prazo correr normalmente por inteiro. O prazo que começa a correr após a sentença condenatória recorrível é o prazo da prescrição superveniente.

Esta modalidade inseri-se no § 1º do artigo 110 do CP e ao contrário da prescrição abstrata, a prescrição intercorrente é calculada com base na pena efetivamente fixada pelo juiz na sentença ao qual se faz o cálculo de acordo com o art. 109 do CPB.

Masson (2009, p.862) a conceitua como:

modalidade de prescrição da pretensão punitiva (não há trânsito em julgado para ambas as partes) que se verifica entre a publicação da sentença condenatória recorrível e o trânsito em julgado para a defesa. Daí seu nome: superveniente, ou seja, posterior à sentença.

Note que há trânsito em julgado apenas para a acusação, pois caso a mesma recorra e tenha seu recurso provido e aumente a pena, o prazo de prescrição poderá ocorrer.

Nucci (2007, 518), explica a questão do trânsito em julgado para a defesa “se o Ministério Público recorrer, mas tiver insucesso no seu apelo, o prazo para a prescrição intercorrente corre da mesma forma, tal como se não tivesse havido recurso”.

O prazo da prescrição intercorrente começa a partir da sentença condenatória até o trânsito em julgado para a acusação e defesa. Por exemplo: pena aplicada de 02 anos por furto da qual recorre apenas a defesa. Se a sentença não transitar em julgado em menos de 4 anos prescreve.

Pelo exposto, tem-se como requisito a aplicação dessa prescrição: a inoccorrência de prescrição abstrata e de prescrição retroativa; sentença condenatória ; e trânsito e julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso.

4.6.1.4. Prescrição Penal Retroativa

Assim como na prescrição intercorrente, a prescrição retroativa prevista no § 2º do art. 110 tem como objeto pena aplicada em concreto, também tem os mesmos pressupostos da primeira.

Nucci (2009, p.510) apresenta uma perfeita definição da prescrição retroativa, qual seja:

é a prescrição da pretensão punitiva com base na aplicada, sem recurso da acusação, ou imprevisto este levando-se em conta prazos anteriores à própria sentença. Trata-se de calculo prescricional que se faz de frente de frente para trás, ou seja proferida a sentença condenatória, com transito em julgado, a pena torna-se concreta. A partir daí, o juiz deve verificar se o prazo prescricional não ocorreu entre a data do fato e a do recebimento da denuncia ou entre esta e a sentença condenatória.

O prazo prescricional computa-se da data da publicação da sentença condenatória para trás, até a data do recebimento da denúncia ou queixa, ou entre esta data e a da consumação do crime. Portanto, se excedido o lapso prescricional entre tais marcos terá ocorrida a prescrição retroativa. Exemplo: um delito previsto no art. 171, caput, se consumou em 1.1.2000, e o despacho de recebimento deu-se em 3.1.2001, e deste prazo para a publicação da sentença (2.2.2005) não ocorreu o prazo máximo em abstrato, no caso de 12 anos. O réu teve pena de 1(um) ano e 8 (oito meses). Em seguida, retroagindo o prazo. Conforme inciso V do art. 109 do CP a prescrição penal retroativa ocorreu entre a publicação da decisão final recorrível para a defesa e o despacho do recebimento da denuncia, ou seja contando para trás daquele marco para este se passaram mais de 4 anos.

Diferencia essa modalidade de prescrição da prescrição superveniente porque esta parte-se para “frente” , para período posterior à sentença condenatória recorrível; já, a prescrição retroativa parte-se “ para trás”, ou seja aos períodos anteriores a sentença.

Tanto a prescrição retroativa como a superveniente como retroativa, sendo modalidades de prescrição da pretensão punitiva, apagam-se as penas e todos os efeitos, principais ou secundários, da sentença condenatória.

As causas de aumento e diminuição da pena, bem como as agravantes e atenuantes, já são consideradas na sentença condenatória, por isso não influem no prazo prescricional em si. No caso de concurso formal, considera-se a pena base

imposta na sentença condenatória excluindo-se o acréscimo legal. No crime continuado, leva-se em conta cada uma das penas, se forem iguais, ou a mais grave, se diversas, desprezando-se o aumento. No concurso material, cada infração tem seu prazo prescricional considerado isoladamente.

A reincidência não aumenta o prazo prescricional, visto que já foi considerada na sentença que a reconheceu.

4.6.2 Prescrição da Pretensão Executória

Tal modalidade de prescrição encontra supedâneo no art. 110 caput, do Código Penal;

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

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Note que há uma grande impropriedade do legislador em colocar espécies de prescrição antes do trânsito em julgado (superveniente e retroativa), no artigo em que se refere à prescrição da pretensão executória.

Capez (2005, p.578) dá nos o conceito dessa prescrição:

é a perda do poder-dever de executar a sanção imposta em face da inércia do Estado, durante determinado lapso. Ao contrario da prescrição da pretensão punitiva, essa espécie de prescrição só extingue a pena principal permanecendo inalterados todos os demais efeitos secundários, penais e extrapenais, da condenação.

Tem-se, como base de cálculo dessa espécie de prescrição, a pena em concreto, utilizando-se como todas as demais prescrições, a tabela do art. 109 do Código Penal. Caso seja o acusado reincidente, o prazo será aumentado em um terço.

Não será essa espécie aprofundada neste trabalho, uma vez que o tema prescrição penal virtual importa o reconhecimento vislumbrado-se a provável pena fixada na sentença.

O prazo não começa a correr sem a ocorrência destas duas causas, o prazo prescricional sequer inicia a sua contagem. São, pois, condições sem a quais não se perfectibiliza o início da contagem do prazo prescricional:

4.6.3. Das Causas Interruptivas da Prescrição.

Interrompido o prazo não começa a correr a prescrição, ou seja, sem o prazo prescricional sequer inicia a sua contagem. O art. 117 aponta os momentos de prazos interruptivos:

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

os três primeiros incisos dizem respeito a prescrição da pretensão punitiva, os dois últimos referem-se aos prazos interruptivos da prescrição executória.

4.6.4. Das Causas que Suspendem

Causas suspensivas da prescrição são aquelas que suspendem o curso do prazo prescricional que começa a correr pelo tempo restante após cessadas as causas que a determinaram. Os prazos que suspendem estão disciplinados no art.116 do CP:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Como exemplo da primeira hipótese de suspensão, prevista pelo inciso I do art. 116 do CP, pode-se citar o delito de bigamia, visto que se a validade do casamento estiver sendo discutido no cível, a ação penal será suspensa. O inciso II do aludido artigo cuida da hipótese do agente que cumpre a pena no estrangeiro.

Desta forma, o tempo anterior é somado ao tempo posterior à cassação da causa que determinou a suspensão do curso do prazo prescricional.

5 PRESCRIÇÃO VIRTUAL, EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA

5.1 Noções Introdutórias e Conceito

A sociedade reclama do poder judiciário, entre as várias críticas a morosidade em dar a tutela pretendida dentro do prazo ideal, o que certamente geraria nos cidadãos, se a prestação fosse ágil. Devem os magistrados, no âmbito pessoal, procurar determinadas formas para que esta situação se amenize, tornando a prestação jurisdicional, senão ideal, ao menos viável.

Na atualidade, não há mais lugar àqueles que se demonstram excessivamente formalistas, mas tão somente aos aplicadores do direito obstinados, dinâmicos, que exercem a função judicante com responsabilidade e zelo, sentindo prazer em estudar para cada vez mais se tornarem exímios e justos equacionadores dos conflitos sociais.

Tendo em vista tantos anseios por uma justiça célere e compatível com o desejo popular, nasceu à prescrição penal antecipada, virtual, em perspectiva, precalculada, projetada ou como conceituam alguns, prescrição penal retroativa antecipada, fruto de observações profissionais e jurídicas de operadores do direito.

Benedetti (2009, p.153) define a prescrição penal antecipada, “é a prescrição reconhecida previamente, com base na provável pena concreta, que seria, em tese, fixada pelo juiz no momento de uma condenação futura”.

Masson (2009, p.873), comenta sobre o tema: “Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial. Decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa”.

Informações importantes merecem destaque, primeiro que a prescrição virtual se trata de espécie de prescrição da pretensão punitiva pois tem-se em vista a provável pena a ser aplicada na sentença, ou seja antes do transito em julgado, o segundo ponto é que a prescrição virtual liga-se a retroativa, alguns a conceituam como prescrição penal retroativa antecipada, na verdade por mais que a maioria dos doutrinaries conceituem apenas prescrição virtual ou antecipada, ou hipotética ou em perspectiva, não deixa ela de ser retroativa, pois é feita uma análise de trás pra frente, no momento em que se imagina como que pena teria o acusado na sentença e olhando para trás a prescrição já teria ocorrido em momento posterior.

Travessa (2009, p.79) explica a correlação acima:

consubstancia-se, em resumo na incidência antecipada do instituto material da prescrição penal retroativa, em qualquer das fases da persecução criminal, no sentido de evitar uma sanção penal inútil, desde quando o julgador possa avaliar que todas as circunstancias judiciais e legais são favoráveis ao acusado ou indiciado. Assim também, não existam nos autos qualquer causa especial de aumento de pena que irá levá-la a uma prognose da pena a ser aplicada no mínimo legal.

O tema é fascinante não apenas pela perspectiva que se tem da pena, mas pela sua importância a ser aplicada na prática, como será vista neste capítulo.

5.2 Requisitos para o Reconhecimento da Prescrição Antecipada

Que fique bem claro que a prescrição penal antecipada não deve socorrer quem faz da sua vida a arte do crime, até mesmo porque neste caso será muito difícil tal individuo ser réu primário e portador de bons antecedentes.

Portanto é necessário que o réu tenha circunstancias judiciais favoráveis, a fim de que sua pena se mantenha no mínimo, porque se assim não for, ficará muito difícil projetar-se para a sentença e saber qual a pena que o réu terá.

5.2.1 Circunstâncias Judiciais favoráveis (art. 59, CP)

O artigo 68 do Código Penal aduz: “Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Para encontrar a chamada pena-base sobre o qual incidirão os demais cálculos, o juiz se vale das circunstâncias judiciais indicadas no art. 59, do CP.

As circunstâncias judiciais estão enumerados no art. 59 do CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

As circunstâncias judiciais serão responsáveis pela fixação da pena-base que será dada pelo juiz aferindo as circunstâncias do art.59. Sendo o agente portador de circunstâncias favoráveis, não poderá o juiz fixar a pena base além do mínimo legal. E, assim, se não houver circunstâncias agravantes ou atenuantes (arts.61 e 65) nem causa de aumento e diminuição de pena, esta não passará do mínimo legal.

Assim, para a aplicação da prescrição virtual ser o réu portador de bons antecedentes, ou seja, serem-lhes favoráveis as circunstâncias elencadas no art. 59, será decisivo para a aplicação do instituto em comento.

Tem se o exemplo citado por Travessa (2008,p.79)

um indivíduo primário e com todas as circunstâncias judiciais e legais dos arts. 59, 61 e 65 do CPB a seu favor, sem qualquer causa de aumento de pena presente nos autos do inquérito policial, ter em 1º de janeiro de 2000, praticado o delito previsto no art. 171, caput, do código penal pátrio, com pena cominada de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa. Os autos chegaram ao Ministério Público no dia 1º de fevereiro de 2004. O promotor oferece denúncia dia seguinte ao recebimento do inquérito. Sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao caso, o certo é que a pena não ultrapassará o mínimo legal que no caso é de 1 ano e o prazo de prescrição é 04 anos. Assim ante ao inadequada e inútil movimentação do processo o juiz reconhece antecipadamente a prescrição, sem precisar esperar a

sentença, posto que mesmo antes do oferecimento da denúncia o crime já houvera prescrito”

5.2.2 Primariedade

A primariedade tem a vê com não reincidência que a condenação anterior com trânsito em julgado, sendo o réu reincidente a pena certamente não ficará no mínimo legal não havendo possibilidades de aferir o prazo de prescrição para ser aplicada ao caso.

5.2.3 Projeção da Pena Base no Mínimo Legalmente Fixado

Assim, analisando o promotor quando do recebimento do inquérito ou o juiz quando do recebimento da denúncia que o réu é portador de bons antecedentes e primário, e ainda pela data da consumação do delito e a data do recebimento tem-se tempo suficiente para ultrapassar a prescrição da pena mínima projetada ao réu, deverão aqueles pugnam pelo reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa.

5.3 Fundamentos Adotados pela Posição Contrária ao Instituto

Os argumentos favoráveis e contrários ao instituto são guiados por princípios que norteiam o ordenamento jurídico e daí decorrem a elaboração das normas. A princípio serão visto os princípios que norteiam a ala contraria a aplicação da prescrição penal.

Aqueles que são contrários à prescrição penal antecipada ou virtual, invocam dentre outros os seguintes argumentos: inobservância dos princípios da legalidade, da obrigatoriedade do devido processo legal e seus consectários (o do contraditório e da ampla defesa), e da presunção de inocência. Aduzem, ainda, que a prescrição antecipada despreza a possibilidade da “*mutatio libelli*”, que pode provocar o aumento do prazo prescricional.

5.3.1 Princípio da Legalidade

Argumentam os desfavoráveis à aplicação da prescrição a prescrição antecipada que não se pode admitir a prescrição antecipada por ela não está prevista em lei.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Sobre isso, relata Barbosa (2006, p.57):

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO. A tese dos autos já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja orientação é no sentido de refutar o instituto ante a falta de previsão legal. Precedentes. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ALEGADA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 709 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inocorrência de supressão de instância, nos termos da Súmula 709 do Supremo Tribunal Federal, que preceitua: "Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela". Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

RHC 86950 / MG - MINAS. GERAIS. RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 07/02/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 10-08-2006 , p. 157.

Os defensores da prescrição penal antecipada refutam este argumento de falta de previsão legal, pois a não hierarquia entre os princípios no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o que deve prosperar na aplicação do instituto é o critério da razoabilidade, invocando nesta hipótese, argumentos, como razão, equilíbrio, moderação e harmonia entre os princípios que são a viga mestre do direito.

5.3.2 Princípio do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa

Endentem os adeptos da corrente contrária que o processo deve passar por todas as suas etapas, dando ao acusado as chances de defesa com o contraditório e ampla defesa estando à prescrição penal projetada burlando tais princípios previstos constitucionalmente.

Em julgado corroborador da tese contrária o Superior Tribunal de Justiça decidiu, ser contrário à Prescrição Penal Antecipada, conforme relato Cernicchiaro (1993, p.339)

RHC - CONSTITUCIONAL - PENAL - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA TOMA COMO REFERENCIA DADO ALEATORIO, OU SEJA, SUPOSTA DATA DE TRANSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATORIA, OU DE HIPOTETICA CONDENAÇÃO. HA EVIDENTE OBSTACULO CONSTITUCIONAL. A CONDENAÇÃO NÃO PODE SER ACEITA PELA PARTE. URGE DESENVOLVER O PROCESSO EM TODAS AS ETAPAS. SO A SENTENÇA GERA O 'STATUS' DE CONDENADO. IMPOR-SE-IAM, ADEMAIS, TODAS AS CONSEQUENCIAS, DE QUE SÃO EXEMPLOS CONFIGURAÇÃO DE ANTECEDENTE PENAL E TITULO EXECUTORIO NO CIVEL. INSISTA-SE, INADMISSIVEIS EM NOSSO QUADRO CONSTITUCIONAL. ACONDENAÇÃO RECLAMA O DEVIDO PROCESSO LEGAL.

RHC 2926 / PE RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1993/0020137-9 Relator(a) Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 17/08/1993 Data da Publicação/Fonte DJ 28/02/1994 p.2916 LEXSTJ vol. 58 p. 339

Os defensores da Prescrição Penal Antecipada aduzem que tais princípios não encontram força e nem é empecilho à aplicação do instituto, vez que

só seria possível o seu regular procedimento se estivessem presentes todas as condições da ação.

A decisão que reconhece a prescrição antecipada não priva o indiciado ou o acusado de coisa alguma. Pelo contrário, livra-o de um processo sem justa causa, devendo ser observadas todas as garantias constitucionais de defesa até o favor rei pelo reconhecimento da prescrição antecipada

Realmente de nada adiantaria mover a máquina estatal com um processo moroso que desde o início já se sabe que está fadado ao insucesso, e realmente este não é o espírito das leis, nem os anseios da sociedade, que clama cada vez mais por uma justiça célere.

5.3.3 Princípio do Estado de Inocência

Bitencourt (2009, p.288) refuta o instituto sob o fundamento de que todos têm presunção de inocência e que a aplicação do instituto encerra presunção de culpa:

Não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa, violando os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. (art. 5º, LVII, da CF).

Contudo, data vênia o entendimento esposando entendimento da ala contrária, é sabido por todos os estudiosos do direito que o reconhecimento da prescrição, seja ela no momento que for, não afere culpa do réu, muito pelo contrário, a condenação jamais existiria caso aplicada a prescrição penal hipotética.

5.3.4 Princípio da Obrigatoriedade

É certo que ocorrida uma infração penal, nasce para o Estado o *jus puniendi*, devendo ocorrer a ação penal iniciada por meio da denúncia do Ministério Público que está obrigada a ofertá-la caso seja possível.

Os que argumentam contra a Prescrição Penal Antecipada afirmam que esta vai de encontro ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois impede o desdobramento da ação quando o juiz não recebe a denúncia fundamentado pela Prescrição Penal Antecipada.

Benedetti (2009, p.171), no que pertine a obrigatoriedade da ação penal, aduz:

o órgão da acusação é obrigado, antes de ofertar a denúncia, a fazer um juízo de admissibilidade (presença das condições da ação)", não tendo sido preenchidos, resta o declínio do inquérito ou da ação em trâmite para o arquivo.

Ou seja, o reconhecimento antecipado da prescrição penal não viola esse princípio, posto que a falta de condições da ação é que possibilita a prescrição penal virtual, estando ação fadada ao insucesso desde o início.

A prescrição antecipada tem sido admitida por alguns tribunais estaduais, como se vê no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Barbosa (2004, p.137):

Ratifica-se o entendimento adotado pelo Juízo a quo, que extinguiu a punibilidade, com a adoção de uma forma de prescrição antecipada, atentando-se à real finalidade de um processo, o que envolve, necessariamente, o vislumbrar-se de eventuais conseqüências práticas do mesmo" (2ª Câmara Criminal – Recurso de Apelação Criminal nº. 70009427998 – Relatora Desembargadora Laís Rogéria Alves Barbosa – Acórdão de 30 de setembro de 2004 – Fonte: site do TJRS).

Também tem sido admitida por alguns Tribunais Regionais Federais, conforme aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Pinheiro de Castro:

"A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade" (8ª Turma – Habeas Corpus nº. 2004.04.01.049737-1 – Relator Elcio Pinheiro de Castro – Acórdão de 16 de março de 2005, publicado no DJU de 30 de março de 2005, p. 130).

5.4 Fundamentos que norteiam a posição favorável à prescrição penal antecipada

Mesmo sendo de grande importância os argumentos contrários a aplicação da prescrição antecipada não encontram força suficiente para causar empecilho no seu reconhecimento, haja vista ser a base jurídica a favor da prescrição penal antecipada angariada em princípios que demonstra os anseios da sociedade por uma justiça mais rápida na resolução dos seus processos, pois o tempo gasto com um processo moroso e inútil causa e contribui para a prescrição de outros.

5.4.1 Princípio da Dignidade Humana

Na verdade, quando se fala em princípio da dignidade humana para o infrator, muitos pensam “dignidade não! ele é um malfeitor”, principalmente se homicida. Contudo, o princípio está amparado para todos na CF, além do que a sanção penal tem a finalidade de ressocializar o infrator na sociedade para que não venha mais cometer crimes. Todavia, se a pena é vista apenas como cumprimento ao formalismo de que o infrator deve ser punido a finalidade da norma jamais será cumprida.

Travessa (2008, p.168) comenta sobre a violação do princípio da dignidade humana:

O uso inadequado e inútil do processo penal, que viola a dignidade da pessoa humana, tanto no aspecto moral, quanto no da necessidade da sobrevivência física, vez que o estigma criado em torno do acusado inviabiliza a sua inserção no mercado de trabalho, tornando-o economicamente fragilizado e inapto para a satisfação das suas necessidades básicas, agrava a situação emocional e social do acusado, quando o fato jurídico é transformado pelos meios de comunicação em um instrumento de aguçamento da curiosidade e entretenimento popular.

Por isso a importância da aplicação da Prescrição Penal Antecipada, vez que um processo inadequado e inútil servirá apenas de instrumento de humilhação e estigmatização social.

5.4.2 Princípio da economia processual

O instituto da prescrição penal antecipada é defendido também como forma de desafogar o judiciário, sendo o princípio da economia processual um dos principais fundamentos.

Capez (2005, p.576) fundamenta, no instituto, uma forma de economia processual:

Fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso nos quais após condenar ao réu, reconhece-se que o estado não tinha mais o direito de puni-lo devido à prescrição.

A economia processual é vista no sentido lato sensu., Cabral (apud Benedetti 2009, p.201) relata as diversas formas:

para assegurar a efetividade do processo, o princípio da economia processual se refere a uma economia de custo, uma economia de tempo, uma economia processual, onde se busca a obtenção de maior resultado com o menor uso de atividade jurisdicional.

Oferecer uma justiça célere mais ao mesmo tempo justa e adequada ao caso em concreto é o objetivo da Prescrição Penal Antecipada, por isso o princípio em comento, quando entra em conflito com outros da tese contrária, o que fica evidenciado é tende a prevalecer

O princípio da economia processual busca principalmente uma justiça rápida e célere, sem procrastinação no andamento do processo, relegando sua conclusão para um futuro muito distante do fato, o que não será também justo.

5.4.3 Falta de Justa Causa

A justa causa manifesta-se no *fumus boni iuris* como condição necessária para o exercício do direito de ação

A relação processual não pode servir, ao final, como um mero documento simbólico de representação do *jus puniendi* quando for totalmente desnecessária a ação – faltar-lhe justa causa – e até por interesse prático e financeiro em extirpar as ações fadadas ao arquivo, mormente por representar economia ao Erário Público e as partes envolvidas.

Delmanto (2005, p.218), que não defende a aplicação da prescrição penal antecipada, explica que os objetivos traçados pelo instituto, podem ser fundamentados não pela extinção de punibilidade mas pela falta de justa causa:

A solução para a celeuma da prescrição antecipada não esta na extinção da punibilidade da pena que seria imposta em possível condenação, mas sim na falta de justa causa para a persecução penal. O momento da lei penal esta no poder, poder de punir, que inexistirá nas ações possíveis de aplicação do instituto, uma vez que ação desde o inicio já era natimorto.

Ocorre que, quando se diz que um processo está assentado na falta de justa causa pela provável pena que o infrator terá em futura condenação, se está fazendo a projeção da pena, tendo aqui os conceitos da prescrição penal antecipada, o que muda é só a forma de conceituá-la.

A jurisprudência do Tribunal Regional da 4ª região já decidiu por prescrição antecipada por falta de justa causa, Relator Penteado (2005, p.266):

INQUÉRITO. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBA FEDERAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. 1 - Verificando que entre a data da conduta delituosa e o recebimento da denúncia transcorreu considerável lapso temporal, o juízo poderá, por estimativa minuciosa, constatar que a pena eventualmente imposta ao réu, caso condenado, dará ensejo a extinção da punibilidade com base no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, restando a demanda carente de interesse processual (artigo 43, inciso II, do Código de Processo Penal), já que seu resultado será nulo, o que afasta, em decorrência, a sua justa causa. 2 - Trata-se de hipótese em que se está reconhecendo a ausência de interesse de agir para o início da persecução penal em juízo e não decretando, a destempo, a extinção da punibilidade pela "prescrição antecipada", com base na "pena em perspectiva", pois se compreende a advertência que procede dos Tribunais Superiores, que tal decreto encerraria uma presunção de condenação e, conseqüentemente, de culpa, violando o princípio constitucional da

presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF). 3 - Denúncia rejeitada. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Inquérito nº 200304010430200/PR. Relator Luiz Fernando Wowk Penteado. Quarta Seção. Julgado em 16 jun. 2005 e publicado no DJ em 13 jul. 2005. p. 266

5.4.4 Falta de Interesse de Agir e Prescrição Penal Antecipada

De todos os argumentos levantados para justificar a prescrição penal antecipada, o que dá maior lastro ao instituto é a falta de interesse de agir para o início ou seguimento da ação penal.

Três são as condições genéricas fundamentais do direito de ação: possibilidade jurídica; legitimidade das partes; e interesse legítimo de agir.

O interesse de agir desdobra-se no trinômio necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e adequação à causa.

A necessidade é inerente ao processo penal, tendo em vista a impossibilidade de se impor pena sem o devido processo legal. Já a utilidade traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do Estado. Por último, a adequação reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação da sanção penal. De outro modo, o interesse processual, portanto, é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional ou a insistência no prosseguimento de um processo já em curso, se ela, em tese, ao término, não for apta a produzir a punição do autor do ilícito.

A Prescrição Penal Antecipada tem como forte fundamento a desnecessidade de um processo ou sua continuidade fadada ao insucesso, pois diante da antevisão da prescrição penal retroativa, faltará interesse de agir porque a ação será inadequada e inútil.

Travessa (2009, p.176), sendo um defensor da aplicação do reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa aduz:

A utilização inadequada e inútil do processo penal, além de ignorar o seu caráter instrumental, coisifica o acusado. Há falta de interesse de agir quando o autor sabe antecipadamente que a ação penal servirá apenas de instrumento de humilhação e rechaxamento.

Greco (206, p.808) não aceitando a tese da prescrição penal antecipada fundamenta que no caso de falta de interesse-necessidade, o Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial, e o juiz presente a falta de interesse deve rejeitar a denúncia.

Ocorre que mesmo não tendo prosseguimento a falta do reconhecimento da prescrição não impossibilitará de novamente ser ajuizada ação penal, pois a carência de ação induz coisa julgada formal ao contrario da prescrição que enseja extinção da punibilidade gerando coisa julgada material.

6 CONCLUSÃO

A Prescrição Penal Antecipada preza que toda vez que o indiciado ou acusado tiver ao seu favor todas as circunstâncias judiciais e legais previstas nos arts. 59,61 e 65 do Código Penal, bem como não existir nos autos qualquer das causas de diminuição e aumento de pena, e a prescrição penal retroativa estiver latente, deve o Ministério Público pugnar ou o juiz fazer o reconhecer antecipado da prescrição pena.

A prescrição penal antecipada, sobretudo, deve ser encarada como uma construção doutrinária útil ao processo penal, uma vez que confere ao magistrado uma válvula de escape para os processos em que é totalmente desnecessário o apego formalista (causas natimortas) a processos em que falta justa causa e interesse de agir para o seu recebimento ou seguimento.

Por todo o exposto, no trabalho, conclui-se que esta medida, é perfeitamente aplicável ao processo penal devendo ocorrer a submissão do *jus puniendi* (legalidade e devido processo legal) frente ao *jus libertatis* (liberdade e dignidade da pessoa humana) quando inexistir justa causa para a aplicação do direito de punir pelo juiz. Isto se deve ao fato de que na balança dos pesos e contrapesos, visualizando o caso concreto, os valores dos princípios do *jus libertatis* são incomensuráveis.

A tese defensiva corrobora-se da idéia de que a celeridade do julgador, por meio da prescrição penal antecipada, inibirá discursos pela impunidade e descrédito do Judiciário, reproduzindo, pelo menos em tese, a satisfação social com a resposta ao acusado pelo juízo.

Em que pesa os argumentos contrários, o princípio da economia processual diante deste tema é o mais importante, tendo em vista que o princípio da legalidade não resolve o problema da inutilidade do processo quando lá no fim do processo o aplicador vê adiante da pena aplicada que a prescrição já aconteceu antes mesmo de oferecida a denúncia, levando-se em conta a pena a ser aplicada futuramente.

Os ditames da prescrição penal antecipada encontram amparo constitucional descrito no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, trazido pela emenda 45/2004 em assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Proporcionará a comunidade uma justiça célere e compatível com os anseios populares, através de simplificação dos ritos processuais e despenalizando condutas, impedindo que ações penais sejam instauradas ou mantidas, sem que haja finalidade pública, é o valor que está por trás da prescrição penal antecipada, virtual ou em perspectiva

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. Método, 2ª edição, São Paulo, 2008.
- BENEDETTI, Carla Rahal. **Prescrição Penal Antecipada**. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2009.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal Comentado**. Saraiva, 5ª edição, São Paulo, 2009.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**. Saraiva, 9ª Edição, Volume 1, São Paulo 2005.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 6ª edição. Atual e ampl. Rio de Janeiro, 2005.
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Saraiva, 1º volume, Teoria Geral,. 24ª Edição, São Paulo, 2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Impetus, 6ª edição, Rio de Janeiro, 2006
- MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado**, Parte geral. Método, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2009.
- MONTEIRO, Washigton de Barros Monteiro, **Curso de Direito Civil**, v.1: parte geral. Saraiva, 40ª edição, São Paulo, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Comentado**. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, São Paulo, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella DI. **Direito Administrativo**. Atlas, 19ª edição, São Paulo, 2006.
- TRAVESSA, Julio Cezar Lemos. **O reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa**. Jus podivm, Bahia, 2008.

VENOSA, Sálvio de Sílvio. **Curso de Direito Civil**. 1º Volume. Parte Geral. Atlas, 5ª Edição, São Paulo, 2009