



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDO EM DIREITO E SOCIEDADE - IEDS
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

RICARDO HENRIQUE HIPÓLITO DOS SANTOS ALVES

**DA EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE À PRESCRIÇÃO VIRTUAL:
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ESSÊNCIA DESTA, DE ACORDO
COM NORMAS PROCESSUAIS PENAIIS**

**MARABÁ-PA
2020**

**DA EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE À PRESCRIÇÃO VIRTUAL:
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ESSÊNCIA DESTA, DE ACORDO
COM NORMAS PROCESSUAIS PENAIIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA.

Orientador: Prof^o. Me. Marcos Alexandre Rosário

**MARABÁ
2020**

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito da
Universidade Federal do Sul e
Sudeste do Pará - UNIFESSPA.

Aprovado em: 10/11/2020

Banca Examinadora:

Prof. Mestre Marcos Alexandre Rosário
(Orientador)

Prof.^a Joseane do Socorro de Sousa Amador
(Membro)

Prof. Mestre Hirohito Diego Athayde Arakawa
(Membro)

RESUMO

Nesta produção se pretende analisar a causa de extinção de punibilidade denominada de prescrição virtual ou de prescrição em perspectiva ou antecipada, e as controvérsias a ela inerentes – principalmente quanto à elaboração, em 2010, da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, suas teorias favoráveis e contrárias. Nesta monografia são explicitadas as demais causas de extinção de punibilidade previstas no artigo 107 do Código Penal brasileiro e são abordadas as nuances históricas do instituto da prescrição na civilização humana. Após isso, o estudo prossegue com a análise das subdivisões legais e doutrinárias da prescrição no Direito Penal. Com todo esse arcabouço, a compreensão da prescrição penal, conforme será proposta com fulcro nas normas processuais penais, justificará a conclusão do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: prescrição virtual, Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, condições da ação penal, eficiência do Poder Judiciário.

ABSTRACT

This production intends to analyze the cause of extinction of punishment called virtual prescription or prescription in perspective or anticipated, and the controversies inherent to it - mainly regarding the elaboration, in 2010, of Precedent 438 of the Superior Court of Justice, its favorable theories and contrary. In this monograph the other causes of extinction of punishment foreseen in article 107 of the Brazilian Penal Code are explained and the historical nuances of the institute of prescription in human civilization are addressed. After that, the study proceeds with the analysis of the legal and doctrinal subdivisions of prescription in Criminal Law. With all this framework, the understanding of the criminal prescription, as it will be proposed with fulcrum in the penal procedural norms, will justify the conclusion of the study.

KEYWORDS: virtual prescription, Precedent 438 of the Superior Court of Justice, conditions of criminal action, efficiency of the Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRIMÓRDIOS E EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO	9
2. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE	13
2.1 Modalidades de extinção de punibilidade previstas no Código Penal.....	14
2.1.1 Morte do agente.....	14
2.1.2 Anistia, graça e indulto.....	15
2.1.3 Retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.....	17
2.1.4 Renúncia ao direito de queixa.....	18
2.1.5 Aceitação de perdão.....	20
2.1.6 Perempção.....	21
2.1.7 Retratação, nos casos em que a lei permite.....	23
2.1.8 Perdão judicial.....	24
2.1.9 Decadência.....	25
3. PRESCRIÇÃO PENAL	26
3.1 Conceito e natureza.....	26
3.2 Espécies de prescrição penal.....	28
3.2.1 Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita.....	28
3.2.2 Prescrição superveniente ou intercorrente.....	33
3.2.3 Prescrição retroativa.....	35
3.2.4 Prescrição executória.....	38
4. PRESCRIÇÃO VIRTUAL	40
4.1 Origem.....	40
4.2 Apontamentos conceituais.....	41
4.2.1 Precedentes da súmula 438 do STJ.....	42
4.3 Argumentações contrárias à aplicação da prescrição virtual	44
4.3.1 Ausência de previsão legal.....	45
4.3.2 Obrigatoriedade da ação penal.....	46
4.3.3 Art. 384 do CPP, o instituto do <i>mutatio libelli</i>	47
4.3.4 Súmula 438 do STJ.....	47
4.4 Argumentações favoráveis à aplicação da prescrição virtual	49
4.4.1 Não atendimento de uma das condições da ação penal: o interesse de agir.....	49
4.4.2 Princípios da agilidade, utilidade, economia processual e celeridade do julgamento, bem como a inutilidade de julgar processo prescrito.....	50
4.4.3 Morosidade processual e constrangimento ilegal.....	51
5. PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ERRO TÉCNICO	51
CONCLUSÃO	55
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO

A prescrição penal é um dos institutos jurídicos mais antigos da civilização, datando de séculos antes de Cristo. Seu principal objetivo é e sempre foi impedir que o agente delitivo fosse eternamente sujeito à sanção.

Com a evolução da humanidade e do Direito posto, surgiram várias outras causas de extinção de punibilidade. Nessa evolução, a prescrição no Direito Penal brasileiro subdividiu-se em outras subcategorias.

A prescrição virtual é umas das causas de extinção de punibilidade que, ao contrário das demais existentes no art. 107 do Código Penal brasileiro, é uma criação doutrinária/jurisprudencial, sendo vedada pela Súmula 438 do STJ, daí o principal motivo de sua aplicabilidade ser tão controvertida no plano jurídico.

Conforme será evidenciado, a prescrição virtual é a antecipação da ocorrência da prescrição retroativa que somente pode ocorrer quando da prolação da sentença no processo criminal.

Por isso, discute-se à luz dos princípios da agilidade, da utilidade, da economia processual e da celeridade do julgamento, bem como a inutilidade de julgar processo prescrito os benefícios da aplicação do instituto da prescrição virtual para o sistema judiciário e para os réus, culpados ou não.

Ademais, o impedimento de aplicação da prescrição virtual, em seu aspecto meramente de direito material, será criticado com fulcro nas normas processuais penais, especificamente no que tange às condições essenciais da ação penal, bem como quanto ao princípio da obrigatoriedade de o órgão ministerial oferece-la.

Sob a metodologia de análise técnica-jurídica das várias teorias contrárias e favoráveis à prescrição penal, o objetivo da produção em defender a aplicação do instituto em tela, de acordo com os princípios mencionados e, principalmente, de acordo com as normas processuais penais a ser abordadas estará devidamente realizado.

1. PRIMÓRDIOS E EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO

As origens da prescrição penal no plano jurídico do desenvolvimento da humanidade são demasiadas antigas, “mas como causa de extinção de punibilidade a sua adoção remonta à legislação penal francesa do final do século XVIII” (FONTÁN BALESTRA *apud* MASSON. 2017, 1038).

Embora não haja consenso entre os historiadores, juristas e antropólogos do meio jurídico, o documento mais antigo em que se menciona o instituto da prescrição penal é a *Lex Julia de Adulteriis* no Direito romano, por volta do século XVIII antes de Cristo.

Esta lei se referia ao crime de adultério, traçando o prazo prescricional de cinco anos em virtude de aspectos religiosos que em determinada época o acusado deveria estar imaculado¹. Nesse diapasão, a prescrição visava, como o é hoje, coibir a dilação arbitrária do processo penal, impedindo que o poder de punir advindo do contrato social daquela sociedade não fosse perpetuo especificamente e expressamente quanto ao crime de adultério. Esta perspectiva, para estes fins, era baseada em tradições de cunho religioso, principalmente com inspiração nas festas lustrais.

Sobre o assunto, FERRARI *apud* DE OLIVEIRA², demonstrou que:

A escolha do prazo quinquenal, segundo relatam os historiadores, ocorreu em decorrência das festas lustrais comemoradas a cada cinco anos. Fulcrada na idéia de perdão e da purificação do homem, a festa lustral impedia a punição do delinqüente, visto que purgado pelo tempo. O tempo, segundo os romanos, não só isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, por meio das festas lustrais, mas também bastava para a expiação do criminoso.

Conquanto pareça ser um instituto primitivo de garantia do que entendemos como Direitos Humanos Negativos – os quais vedam que o Estado atue contra certos direitos fundamentais – havia, como há contemporaneamente no Brasil, crimes imprescritíveis. Tourinho e Dantas afirmam que os crimes imprescritíveis no direito romano eram os tidos como de relevante gravidade pela

¹ DE OLIVEIRA, Leonardo Minari. *A prescrição penal sob o panorama das teorias do delito*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-prescricao-penal-sob-o-panorama-das-teorias-do-delito/>. Acessado em: 28/01/2020

² FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2. *apud* De Oliveira, Leonardo Minari. Idem

sociedade daquela época, cite-se: crimes de lesa majestade e de falsificação de moeda³.

Dada a primitividade da prescrição penal naquela era, – plenamente compreensível, pois se trata do início da civilização humana, momento em que a filosofia, a sociologia e a retórica formavam o alicerce das ciências jurídicas – não havia as várias espécies de prescrição penal existentes na atualidade. Os estudiosos afirmam que apenas a prescrição da pena em abstrato era a existente, esta era vinculada à ideia de perdão a crimes seletos e de acordo com as tradições religiosas daquela sociedade romana.

Posteriormente por decreto de Deocleciano, imperador romano nos anos 284 e 305 depois de Cristo, o prazo foi estendido para vinte anos, quando o delito se tratava do *crimina publica*⁴.

Quanto às informações da prescrição penal na Idade Média, DE OLIVEIRA ensina que:

Cabe salientar que a prescrição quase foi abolida do sistema jurídico penal da Idade Média, tendo em vista que neste período se reduziram drasticamente os prazos prescricionais, fazendo com que muitos acusados ficassem impunes em razão do decurso do lapso prescricional que era diminuto. Em decorrência disso, emergiram várias vozes contra o supramencionado instituto, pois se revelou de modo negativo em virtude da constante impunidade que acobertavam os acusados, exortando-os a reiterarem a prática de atos ilícitos.

Com efeito, os juristas da época ampliaram os prazos prescricionais, mas de maneira errônea, visto que o albergaram, indiscriminadamente, de modo fixo, não subsistindo proporcionalidade entre os delitos.⁵

A Revolução Francesa, grande divisora de águas no que tange aos direitos humanos, foi também o estopim para a evolução da prescrição penal, principalmente quando da aplicação de outra modalidade, qual seja a prescrição em concreto, a qual se regula pela pena aplicada pela autoridade julgadora e tem por termo inicial a condenação pelo fato delituoso.

³ TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. *Do instituto da prescrição penal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/965>. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁴ TEIXEIRA, Michael Alex Souza. *A prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro uma das causas da impunidade*. Três Rios/RJ. 2016. Disponível em <https://www.itr.ufrj.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/t268.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

⁵ DE OLIVEIRA, Leonardo Minari. Idem

Com a efervescência da demanda do respeito aos direitos humanos pela sociedade nos séculos XVIII e XIX, a outras nações foi imposta postura idêntica à que foi na França, bem como a adoção da evolução da prescrição no Direito Penal.

Da seguinte citação de DE OLIVEIRA (Idem) vislumbra-se que a finalidade da pena se transformou severamente, passando de uma pena que visava o medo e a punição corporal para uma pena que prima pela ressocialização e reeducação do condenado – mesmo que tal perspectiva tenha aplicabilidade quase que restritamente teórica na execução penal do ordenamento jurídico brasileiro – vejamos:

Já com passar dos anos, a prescrição penal adquiriu novas concepções, diminuindo gradativamente o prazo prescricional, desde que também o acusado, durante aquele período, demonstrasse bom comportamento, ou seja, se estava ressocializado, apto para conviver em sociedade; semelhante, ao que temos atualmente, aos institutos jurídicos do livramento condicional e do sursis. Esta maneira de pensar foi abarcada pela teoria da emenda [...]⁶

Notadamente, deve-se fazer análise a respeito do instituto sob uma perspectiva histórica brasileira. DE OLIVEIRA (Idem) explica que antes de normas regulamentadoras do instituto e antes da chegada dos europeus no território brasileiro, vigorava os costumes indígenas – Direito Consuetudinário. A influência das tradições e o caráter primitivo das sociedades indígenas brasileiras faziam com que a pena tivesse fulcro na vingança, semelhante à Lei de Talião, e não na ressocialização, como o é atualmente. Ademais, a inexistência de uma formação de Estado mais consistente era fator para que, dentre outras ausências, não houvesse o instituto da prescrição penal.

Complementando, PIERANGELI *apud* DE OLIVEIRA:

Uma importante particularidade do direito costumeiro dos nossos índios era o total desconhecimento do instituto da prescrição. Os nossos historiadores, no geral, apontam que a vingança não era esquecida, ou seja, não esqueciam os nossos indígenas dos delitos praticados e nem das penas que deviam ser impostas.⁷

DE OLIVEIRA (Idem) explica que nas várias Ordenações que vigoraram durante o Império no Brasil o instituto ora estudado não esteve presente.

⁶ De Oliveira, Leonardo Minari. Idem

⁷ PIERANGELI, José Henrique, *ob. cit.*, p. 43. *apud* De Oliveira, Leonardo Minari. Idem

Também ressalta que a causa para tanto era que naquela época, como é notório, não vigorava o princípio da legalidade, mas sim a figura absoluta do monarca.

Numa reviravolta, no período em que o Império estava sendo governado pela Regência em nome do jovem Imperador Dom Pedro II, passou a vigorar o Código de Processo Penal de 1832. Sem delongas, analisemos o que havia estabelecido no referido diploma quando da prescrição penal:

CAPITULO I

DA PRESCRIÇÃO

Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido.

Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio.

Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.

Art. 57. A prescrição não se estende á indemnização, que poderá ser demandada em todo o tempo.⁸

Imperioso observar que o início do artigo 54 remonta a um resquício do que se entende por ato ilícito no atual Direito Penal, visto que há divisão entre os delitos e as contravenções, semelhante à divisão crime e contravenção quando da conduta delitativa prevista no ordenamento penal até o momento.

Há que se falar também em uma peculiaridade da prescrição penal prevista no citado diploma processual, qual seja a influência no decurso do prazo em razão da localização do agente. É notável a simplicidade da normatização da prescrição naquele diploma se comparado ao vigente, já que este detém uma sistemática mais elaborada porque usa como referência do prazo de prescrição a pena abstrata culminada ao crime.

Finalmente, o artigo 57 expõe a clara divisão entre a instância penal e a civil, embora tenha sido estabelecido que a indenização para fins de reparação por conduta delitativa seja imprescritível.

⁸ BRASIL. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*. 29 de novembro de 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm. Acessado em: 29/01/2019

TOURINHO e DANTAS fazem a seguinte análise sobre o período de 1832 até meados do século XIX:

No Brasil a prescrição da ação foi regulada no Código de Processo Criminal de 1832 e leis posteriores, considerados prazos maiores para os crimes inafiançáveis e menores para os crimes afiançáveis, influenciando-se pela presença ou ausência do réu para sua fixação. Com tal disposição, o legislador a fundamentava na presunção da negligência do Poder Público no exercício de punir. Com o advento da Lei n.º 261, de 03 de dezembro de 1841 e do Regulamento n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, maior severidade abateu-se sobre a prescrição estabelecendo-se prazo único de 20 anos, ainda permanecendo hipóteses de crimes imprescritíveis e o requisito da presença do delinqüente para o reconhecimento da prescrição.⁹

Ressalte-se que até o momento histórico abordado não há informações sobre a prescrição penal em concreto no Brasil, apenas em abstrato. Diante disso, a primeira norma a prever esta modalidade de prescrição foi o Decreto 774 de 20 de setembro de 1890, o qual, de acordo CARVALHO FILHO¹⁰ tinha caráter exacerbadamente liberal para a época.

Conforme explicam TOURINHO e DANTAS, o advento dos Códigos Penais de 1890 e de 1940 introduziu a prescrição penal como a conhecemos hoje, isto é, regulada com base na pena cominada a um determinado crime.

Outro divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro que influenciou no tratamento da prescrição penal foi a promulgação da Constituição Federal de 1998. Devido ao Brasil ter passado por pouco mais de 2 décadas de instabilidade social e institucional reflexa à Guerra Fria que perdurava pelo globo, a Carta Magna que consagrou a redemocratização prevê extenso rol de direitos fundamentais.

Contudo, mesmo com este cunho, a Constituição estabelece alguns crimes cuja gravidade é tamanha que são imprescritíveis, são eles: o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.¹¹

2. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

⁹ TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. *Idem*

¹⁰ FILHO, Aloysio de Carvalho, *ob. cit.*, p. 228. *apud* De Oliveira, Leonardo Minari. *Idem*

¹¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1998*. Art. 5º, XLII e XLV.

Sob o paradigma atual no Direito Penal brasileiro, o qual adota a Teoria Tripartida de crime, quando um agente comete um ato ilícito, típico e culpável gera ao Estado o direito de aplicar uma sanção penal. Todavia e em regra esse direito de punir não é eterno e nem absoluto.

O artigo 107 do Código Penal estabelece um rol das causas que findam o direito de o Estado punir aquele que comete um ilícito penal. CAPEZ ressalta que o referido rol é exemplificativo visto que há várias outras causas de extinção de punibilidade no próprio Código Penal e em leis extravagantes.¹²

Quanto ao momento oportuno para que seja declarada extinta a punibilidade de determinado agente delitivo, GRECO destaca que esta somente poderá ser declarada pelo magistrado e depois que o processo houver iniciado, explica que o juiz não poderá declará-la extinta em fase de inquérito policial, salvo ouvido o Ministério Público, oportunidade em que poderá determinar o arquivamento dos autos informativos.¹³ Tal explicação está em consonância com o artigo 61 do Código de Processo Penal vigente.

2.1 Modalidades de extinção de punibilidade previstas no Código Penal

2.1.1 Morte do agente

CAPEZ (Ibdem) explica que a extinção de punibilidade em virtude da morte do agente decorre do princípio da intranscendência, previsto no artigo 5, XLV da Constituição Federal e pelo princípio de que a morte tudo apaga (*mors omnia solvit*). Ademais, complementa que esta causa de extinção de punibilidade alcança o indiciado, o réu e o sentenciado, pois pode ocorrer em qualquer momento; é personalíssima e não abrange aos outros agentes delitivos em concurso de pessoas; extingue todos os efeitos penais primários e secundários

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. P. 588. Vol 1. 21. Ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. P. 833. Vol. 1. 18. Ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2016.

inclusive a pena de multa – os efeitos extrapenais transferem-se aos herdeiros, se houver.

À prova do ato é imprescindível que se apresente a certidão de óbito, conforme o artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Penal vigente. Dentro da sistemática de provas veiculada pela doutrina, a prova da morte do agente delitivo faz parte do sistema de prova legal, sistema tarifado ou certeza moral do legislador, que é o preestabelecimento legal de um determinado valor para cada prova produzida.

Eventualmente acusados de crimes podem apresentar certidão de óbito falsa com o fito de ver extinta a sua punibilidade pelo crime de que haja sido acusado. Nesta hipótese, caso o magistrado tenha ciência de que a certidão de óbito apresentada seja falsa mesmo após o trânsito em julgado da sentença que extinguiu a punibilidade, esta não perdurará, conforme entendimento do STF:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECISÃO QUE RECONHECE A NULIDADE ABSOLUTA DO DECRETO E DETERMINA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. PRONÚNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS OU INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA EM RELAÇÃO A CORRÉU. INVIABILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTREITA DO WRIT CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. 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 estrito.

2. Não é o habeas corpus meio idôneo para o reexame aprofundado dos fatos e da prova, necessário, no caso, para a verificação da existência ou não de provas ou indícios suficientes à pronúncia do paciente por crimes de homicídios que lhe são imputados na denúncia.

3. Habeas corpus denegado.¹⁴

2.1.2 Anistia, graça e indulto

São espécies de indulgência, clemência soberana ou graça em sentido amplo. Trata-se da renúncia do Estado ao direito de punir.¹⁵

¹⁴ STF, HC 104998-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/12/2010

¹⁵ CAPEZ, Fernando. Idem, p. 590.

a) Anistia

Embora seja materializada por meio de lei de competência privativa do Congresso Nacional com sanção do Presidente da República (Art. 48, VIII, CF), a concessão de anistia está prevista nas competências administrativas da União (Art. 21, XVII, CF).

A maioria dos doutrinadores do Direito Penal expõem que há um certo costume em conceder anistia em casos de crimes de cunho político, contudo, assevera que não há impedimentos para que esta forma de extinção de punibilidade seja concedida a crimes comuns.

Esse benefício exclui a prática do fato criminoso, em nada tem a ver a pessoa que cometeu o delito, pois é um benefício coletivo. É concedida por meio de uma Lei Ordinária Federal antes (anistia própria) ou depois (anistia imprópria) do trânsito em julgado.¹⁶

A anistia extingue os efeitos penais primários e secundários da condenação, quais sejam a própria pena (efeito primário); a reincidência, a revogação facultativa ou obrigatória do Livramento Condicional, a interrupção do prazo prescricional executório quando configurada a reincidência e o impedimento da suspensão condicional do processo, em caso de reincidência em crime doloso (efeitos secundários).

Já os efeitos extrapenais permanecem estáveis.

Por fim, CAPEZ explica que uma vez concedida a anistia, esta não poderá ser revogada por lei posterior, tendo em vista a vedação constitucional de que a lei não pode retroagir para prejudicar o acusado.¹⁷

b) Graça e indulto

Primeiramente cabe expor que a graça tem cunho individual e o indulto, coletivo. A doutrina afirma que estes benefícios não podem ser validados senão após o trânsito em julgado da condenação. Contudo, esta hipótese não é absoluta e vem sendo flexibilizada, visto que o indulto natalino permite poder ser

¹⁶ GRECO, Rogério. *Idem*, p. 836.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Idem*, p. 591

concedido desde que tenha havido o trânsito em julgado para a acusação ou quando o Ministério Público recorreu sem a finalidade de agravar a condenação (art. 5º, I e II, do Decreto 7.873/2012).

Estas formas de extinção da punibilidade são concedidas por meio de decreto do Presidente da República e apagam apenas o efeito executório da condenação (efeito primário penal), em nada influenciam nos efeitos secundários penais e nos extrapenais. Tal atribuição pode ser delegada ao Procurador Geral da República, ao Advogado Geral da União e a Ministros de Estado.

Estas modalidades extintivas do *jus puniendi* “podem ser plenas, quando excluem toda a pena, e parciais, quando apenas diminuem a pena ou a comutam (transformar em outra de menor gravidade)¹⁸”.

É plenamente possível que o decreto concessivo de indulto ou graça fixe alguma condição para que seus efeitos sejam plenos, apesar disso, sendo descumprida a tal condição, o magistrado responsável pela execução penal deverá determinar o reinício da execução da pena.

2.1.3 Retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso

O artigo 5º, XXXIX e XL da Constituição Federal consagram os princípios da legalidade ou reserva legal e o da anterioridade da lei penal, respectivamente. Desta feita, vigora no Direito Penal a máxima de que a lei, para ser aplicada ao fato delituoso, deve possuir sua vigência antes do término da conduta ilícita.

Ademais, o artigo 2º do Código Penal determina que ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixe de tê-lo como delituoso (*abolitio criminis*). Nesse contexto, expõe-se a precisa análise de CAPEZ¹⁹ sobre as possibilidades em que se poderia ser declarada extinta a punibilidade por intermédio do *abolitio criminis*:

Se a lei posterior deixar de considerar o fato como criminoso, isto é, se lei posterior extingue o tipo penal, retroage e torna extinta a punibilidade de todos os autores da conduta, antes tida por delituosa.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Idem, p. 592

¹⁹ Idem, p. 596

Se o processo estive em andamento, será o juiz de primeira instância que julgará e declarará extinta a punibilidade do agente, nos termos do art. 61 do CPP. Se o processo estiver em grau de recurso, será o tribunal incumbido de julgar tal recurso, que irá extinguir a punibilidade do agente. Se já se tiver operado o trânsito em julgado da condenação, a competência será do juízo da execução, nos termos do art. 66, II, da Lei de Execução Penal; da Súmula 611 do STF; e em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, que seria violado pela extinção da punibilidade declarada diretamente pelo tribunal, por meio de revisão criminal.

Por outro lado, NUCCI²⁰, ao abordar a natureza jurídica e os efeitos da aplicação do instituto, ensina que este estaria mais bem situado se fosse classificado como excludente de tipicidade e não de punibilidade, vejamos:

[...] ocorre o fenômeno da retroatividade da lei penal benéfica. Assim acontecendo, nenhum efeito penal subsiste, mas apenas as consequências civis. O art. 107 a insere no contexto das excludentes de punibilidade, mas, na realidade, sua natureza jurídica é de excludente de tipicidade, pois, desaparecendo do mundo jurídico o tipo penal, o fato não pode mais ser considerado típico.

Cabe ressaltar que apenas os efeitos penais são extintos (pena, reincidência, revogação do livramento condicional, eventual interrupção do prazo prescricional executório – quando configurada a reincidência – e impedimento da suspensão condicional do processo, em caso de reincidência em crime doloso). Os efeitos extrapenais subsistem, dada a independência das esferas civil e penal.

2.1.4 Renúncia ao direito de queixa

A renúncia quando da ação penal é entendida pelos doutrinadores como um ato unilateral, prescinde do consentimento do autor do ilícito, e voluntário em que aquele que possui o direito de exercê-la enjeita tal prerrogativa.

Embora a renúncia seja comumente associada à ação penal privada, no ordenamento jurídico brasileiro há previsão legal de renúncia em ação penal pública condicionada à representação.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci*. P. 411 – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Nas contravenções penais e nos crimes cuja pena máxima cominada seja de até dois anos, há previsão na Lei 9.099 de 1995 do emprego de institutos despenalizadores. No artigo 74 da referida lei, encontra-se a composição dos danos civis, em seu parágrafo único é estabelecido que em se tratando de ação penal privada ou pública condicionada à representação, a homologação do acordo acarretará na renúncia do direito de queixa ou representação.

LIMA²¹ contribui com ensinamentos sobre a impossibilidade de aplicação da renúncia nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, pois, embora seja subsidiária, em se tratando de ação penal pública a legitimidade ativa ordinária será sempre do Ministério Público:

Nas hipóteses de ação penal privada subsidiária da pública, por mais que o ofendido resolva abrir mão de seu direito de queixa subsidiária, esta renúncia não terá o condão de produzir a extinção da punibilidade, já que, em sua origem, a ação penal é de natureza pública, subsistindo a legitimidade ativa do Ministério Público para oferecer denúncia enquanto não extinta a punibilidade pelo advento da prescrição.

Mesmo em se tratando de ação penal privada, o Ministério Público tem amplos poderes no processo que dela decorrerá. Todavia, quando se estiver diante de crime de ação penal privada em que haja vários autores e o querelante vier a denunciar apenas um ou alguns deles, o Ministério Público, quando do aditamento da queixa crime, não poderá incluir os agentes omitidos pelo querelante. Tal entendimento advém de jurisprudência do STJ, noticiada pelo site Consultor Jurídico:

Ajuizar ação contra um dos supostos autores de um delito sem incluir na queixa-crime os coautores conhecidos viola o princípio da indivisibilidade e configura renúncia tácita com extinção da ação penal. Com esse entendimento, os ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça mantiveram decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco que trancou um processo privado.

*O número do processo não foi divulgado porque está em segredo judicial.*²²

Nesse aspecto, a referida corte entende do seguinte modo: se a omissão for voluntária/deliberada, deve-se entender que houve renúncia tácita por parte

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. P. 267ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

²² Não incluir coautores conhecidos extingue ação penal, diz 5ª Turma do STJ. Publicado em 22 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/nao-inclusao-todos-coautores-extingue-acao-penal-stj>. Acessado em: 31/01/2020

do querelante, resultando na extinção de punibilidade de todos os coautores; por outro lado, se a omissão for involuntária, o Ministério Público deverá requerer a intimação do querelante para que ele faça o aditamento da ação penal privada e inclua os demais coautores.

Não há que se falar em atuação do Ministério Público no sentido de aditar a ação penal privada com fulcro no respeito ao princípio da indivisibilidade desta.

2.1.5 Aceitação de perdão

Para que o perdão extinga a punibilidade do agente de crime de ação penal privada, é necessário que haja a aceitação deste e que se esteja em uma fase processual, ou seja, deve-se ter uma ação penal em curso. Desse modo, MASSON afirma que o perdão, quando aceito, possui natureza impeditiva quanto ao prosseguimento da queixa crime ajuizada²³.

Ao contrário da renúncia, não há previsão legal em que o perdão se aplique senão na ação penal de caráter privado. O momento oportuno para que este impedimento ao trâmite da ação penal seja utilizado é qualquer, desde que anterior ao trânsito em julgado de eventual sentença que aplique sanção penal.

Embora o perdão somente possa ser concedido posteriormente ao ajuizamento de ação penal privada, são diversas as formas de concessão. Capez destaca que o perdão processual é o concedido expressamente nos autos da ação privada, ao passo que quando concedido, tácita ou expressamente externamente à ação é denominado extraprocessual; as formas de aceitação regem-se pelas mesmas formas²⁴.

Finalmente, o perdão aceito ocasiona a extinção dos efeitos penais e extrapenais primários e secundários. Ademais, conforme o artigo 51 do Código

²³ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1*. P. 1022. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Idem*, p. 598-599

de Processo Penal, o perdão surtirá efeitos dentre os agentes em concurso, salvo se houver recusa.

2.1.6 Perempção

De acordo com os doutrinadores e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a perempção é uma espécie de sanção jurídica em que o querelante é obstado de prosseguir com a ação penal privada ante a sua inércia, negligência ou contumácia²⁵. Em termos gerais, define-se a perempção como a perda de uma faculdade processual.

No âmbito processual penal, esta forma de extinção da punibilidade somente é possível na ação penal de natureza privada e, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça, é inaplicável na ação penal subsidiária da pública uma vez que na hipótese eventual perempção do querelante o Ministério Público dará andamento à ação, visto ser o titular originário da respectiva²⁶.

Desta feita, as hipóteses de ocorrência da perempção estão elencadas no artigo 60 do Código de Processo Penal.

A primeira delas estabelece que haverá perempção quando, iniciada a ação penal privada, o querelante deixar de promover o andamento do processo por mais de 30 dias seguidos. Neste oportuno, CAPEZ ensina que “só haverá perempção se o querelante houver sido previamente notificado para agir²⁷”.

Caso o querelante venha a falecer ou se torne pessoa incapaz, estará perempta a ação penal privada se os legitimados a darem continuidade ao processo não o fizerem no prazo máximo de 60 dias – corresponde à segunda causa de perempção prevista no diploma processual penal. LIMA entende que prescinde de intimação dos sucessores do falecido, pois o prazo para habilitar-se no processo é contado a partir do óbito ou do reconhecimento da

²⁵ STJ. EDcl no HC 156.230/PE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, julgado em 06/03/2012

²⁶ STJ. RHC 26.530/SC, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 06/11/2011

²⁷ RJTJSP 88/355 *apud* CAPEZ, *idem*, p. 600

incapacidade do então querelante²⁸. Há que se falar no caso de a ação penal privada ser personalíssima em eventual óbito do querelante, neste caso a extinção de punibilidade do agente deve ser decidida de plano, já que a natureza personalíssima da ação penal não permite que os legitimados do artigo 31 do CPP assumam o polo ativo do procedimento judicial instaurado pelo falecido.

A terceira forma de perempção ocorre quando o querelante deixa de comparecer a ato processual de forma injustificada ou de formular pedido de condenação em sede de alegações finais. A jurisprudência é pacífica quanto ao entendimento de que haverá a perempção somente nos casos de não comparecimento do querelante para ato em que seja indispensável a sua presença. O STF decidiu que não se tratando de ato de imprescindível comparecimento pessoal do querelante, não será aplicável a perempção desde que haja o comparecimento do advogado constituído²⁹. No que tange à ausência de pedido de condenação em alegações finais, Renato Brasileiro ensina que prescinde de pedido expresso de condenação em sede de alegações finais, vejamos:

Por força do art. 60, inciso VI, última parte, do CPP, a ausência de pedido de condenação por parte do querelante também dá causa à perempção. Não há necessidade de que esse pedido de condenação seja formulado de maneira expressa. Se o querelante, em sede de memoriais, aponta toda a prova produzida no curso do processo criminal, indicando os elementos probatórios que confirmam a autoria, subentende-se que se manifestou no sentido da condenação do querelado³⁰.

Por fim, a última forma de perempção prevista na legislação processual penal ocorrerá quando a parte querelante for pessoa jurídica que venha a ser dissolvida sem deixar sucessor. Rogério Greco aduz que se a pessoa jurídica extinta deixar sucessor, aplicar-se-á o inciso II do artigo 60 do Código de Processo Penal, posto que o sucessor terá prazo de até 60 dias para habilitar-se na ação penal privada antes de esta ser declarada perempta³¹.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Idem. P. 271

²⁹ STF. RT 608/409

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Idem. P. 272

³¹ GRECO, Rogério. Idem. P. 841.

2.1.7 Retratação, nos casos em que a lei permite

A esta forma de extinção de punibilidade se deve uma ressalva: em nada tem a ver com a retratação prevista no artigo 25 do Código de Processo Penal, pois esta é um ato voluntário do ofendido em caso de ação penal pública condicionada à representação e que obsta o seu ajuizamento se proferida até o seu oferecimento, isto é, até o protocolo da inicial penal – a prevista no CPP não extingue a punibilidade, pois é regra de direito processual e não de material.

Pois bem, NUCCI³² ressalta que a lei permite a retratação como forma de extinção de punibilidade em dois casos. Explica que o primeiro é quando se tratar de crimes de calúnia ou difamação, tipificados no artigo 143 do Código Penal e, o segundo, em se tratando de crimes de falso testemunho e falsa perícia, tipificados no artigo 342, § 2º do Código Penal.

NUCCI (Ibdem) enriquece o conhecimento sobre a retratação prevista no direito material penal ao explicar que esta somente pode acontecer até a sentença de 1º grau, embora haja doutrinadores minoritários que defendem a possibilidade de retratação até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Ademais, expõe que a retratação apenas possui eficácia quando ingressa aos autos, sendo ato unilateral por independe de aceitação da pessoa antagônica.

Em procedimento do Tribunal do Júri, poderá haver retratação a qual se é discutida quanto ao limite temporal para que seja eficaz:

No processo do júri, discute-se até que ponto pode o falso ser retratado: a) até a sentença de pronúncia; b) até a decisão do Tribunal do Júri; c) até o trânsito em julgado da sentença condenatória. A melhor posição é a segunda. Não se deve acolher como momento-limite a sentença de pronúncia, pois esta é apenas uma decisão interlocutória, julgando a admissibilidade da acusação. A sentença proferida no plenário é a que julga o mérito da causa.

Entretanto, se houver impronúncia ou absolvição sumária, o prazo para retratação tem por limite tais decisões.³³

Quanto à comunicabilidade dos efeitos da retratação em caso de concurso de pessoas, CAPEZ defende que esta é inadmissível nos crimes de calúnia e difamação – sendo absolutamente inadmissível, mesmo sem concurso de agentes, se o crime contra a honra for a injúria. Já quanto ao crime falso

³² NUCCI, Guilherme de Souza. Idem. P. 1084

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Ibdem

testemunho ou à falsa perícia, o doutrinador explica que “é comunicável, uma vez que a lei diz que ‘o fato deixa de ser punível’ (e não apenas ao agente), ao contrário do art. 143, que diz ficar ‘o querelado isento de pena’ (só o querelado fica isento)”.³⁴

2.1.8 Perdão judicial

O inciso IX do artigo 107 do Código Penal é claro em estabelecer que o perdão judicial somente será aplicável nos casos previstos em lei, e não a todo e qualquer crime.

GRECO aduz que, “com esse raciocínio, pelo menos *ab initio*, torna-se impossível a aplicação da analogia *in bonam partem* quando se tratar de ampliação das hipóteses de perdão judicial”³⁵.

Quanto à natureza e aos efeitos desta forma de extinção de punibilidade, deve-se fazer menção ao enunciado da Súmula 18 do STJ: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Tal enunciado amplia objetivamente os efeitos previstos no artigo 120 do Código Penal, tendo em vista que este apenas prevê que a sentença concessiva de perdão judicial não seria considerada para efeitos de reincidência.

MASSON entende que “o perdão judicial, em regra, é aplicável aos crimes culposos. Entretanto, também tem incidência a crimes dolosos, dependendo apenas da vontade do legislador.”³⁶

Embora pessoas leigas entendam que o perdão judicial possa ser uma potencial forma geradora de impunidade, este instituto tem sua importância advinda do caráter teleológico da pena, isto é, nos casos previstos em lei, as consequências causadas no plano material pelo cometimento de tais crimes

³⁴ CAPEZ, Fernando. Idem. P. 602-603

³⁵ GRECO, Rogério. Idem. P. 845

³⁶ MASSON, Cleber. Idem. P. 1025

atingem o agente de forma tão abrupta que se faz desnecessária a aplicação de uma sanção penal, podendo o magistrado conceder o perdão.

MASSON (Ibidem) possui o mesmo entendimento de Rogério Greco quando da obrigatoriedade de o juiz conceder o perdão judicial, pois “consubstancia-se em direito público subjetivo, razão pela qual deve o magistrado concedê-lo ao réu quando presentes os requisitos previstos em lei” e complementa ao afirmar que “o juiz possui discricionariedade para verificar a presença dos requisitos legais, mas, se considera-los existentes, a aplicação do perdão é obrigatória.”

Conforme a natureza subjetiva e pessoal do perdão judicial, é pacífico o entendimento de que esta forma de extinção de punibilidade é incomunicável em se tratando de crime em concurso de pessoas.

2.1.9 Decadência

Aplicável apenas nos casos de ação penal privada e de pública condicionada à representação, a decadência é o desaparecimento da faculdade de o ofendido utilizar-se da queixa ou de representar o agente delitivo nos crimes de ação condicionada.

Este instituto que possui efeitos materiais e processuais, embora “elencada como causa de extinção de punibilidade, na verdade, o que extingue é o direito de dar início à persecução penal em juízo”³⁷. Desta feita, a extinção de punibilidade proveniente da decadência nada mais é do que um efeito resultante da ausência de uma das condições de procedibilidade da ação penal privada e da pública condicionada à representação por inércia do titular no transcurso de tempo determinado pela lei que, salvo disposição em contrário, é de 6 meses.

O termo inicial da decadência se dá a partir do momento em que é conhecido o autor da infração nos casos de ação penal privada e pública condicionada à representação, conforme o artigo 38 do CPP. Em outros termos,

³⁷ CAPEZ, Fernando. Idem. P.611

tratando-se de ação penal privada subsidiária da pública, o decadencial prazo de 6 meses inicia-se logo em seguida de findo o prazo para oferecimento da denúncia por parte de MP.

Ressaltando o caráter de direito material da decadência, MASSON expõe que “a contagem do prazo obedece aos ditames do art. 10 do Código Penal, pois possui índole penal.”³⁸

Por fim, LIMA aduz que:

convém destacar que o prazo decadencial é extinto no momento do oferecimento da queixa-crime, pouco importando a data do recebimento da peça acusatória. Portanto, oferecida a queixa-crime dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses, se o juiz demora para proferir o recebimento, não há falar em decadência.³⁹

3. PRESCRIÇÃO PENAL

Conforme conclui-se do capítulo sobre os apontamentos histórico-sociais da prescrição penal, esta é, desde a origem, uma forma de limitar o transcurso processual impedindo que o processo penal e as formas de punição possam surtir efeitos em qualquer tempo.

3.1 Conceito e natureza

A prescrição penal pode ser conceituada como a perda do *ius puniendi* ou do *ius perseguendi* por parte do Estado ante a não persecução penal ou não persecução executória efetivas no lapso temporal previsto em lei.

Sabe-se que a aplicação da punição ao agente delitivo é um direito e poder dever do Estado após procedimento judicial em que se verificou a autoria e a materialidade de determinado delito.

³⁸ MASSON, Cleber. Idem. P. 1018

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Idem. P. 267

Desta feita, mesmo em se tratando de ação penal privada que somente se inicia com a queixa do ofendido, isto nada mais é do que uma condição objetiva ao seu exercício, sendo que o poder de punir continua exclusivo do Estado.

Conforme explica OLIVEIRA (2014), há juristas que divergem quanto à natureza da prescrição penal ser de direito material ou de direito processual. Mister é explicitar que esta produção, para fins de estudo sobre a prescrição também na modalidade virtual, segue a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante no sentido de que a prescrição penal possui natureza de direito material, embora também cause efeitos incisivos no processo penal.

OLIVEIRA (2014) menciona que a prescrição é instituto de direito material baseando-se nos seus efeitos:

Em vista disso, traz ao supramencionado instituto resultados de direito material, como, por exemplo, o termo inicial da contagem de prazo prescricional, consoante dispõem os artigos 111 e 112 do Código Penal, devendo incluir o dia do começo, conforme preceitua o artigo 10 do mesmo diploma.

No atual plano constitucional pátrio, a Carta Soberana trouxe em sua dogmática alguns delitos de gravidade tamanha à sociedade e à ordem constitucional que jamais prescreverão. São eles o crime de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A referida previsão remonta aos crimes imprescritíveis de outrora, como os de lesa-majestade e moeda falsa na Roma antiga e na Idade Média, o que denota resquícios advindos da herança de um dos mais antigos institutos de Direito penal ainda aplicado.

Apesar disso, a prescrição penal foi intensamente amplificada com a legislação da década de 1940, que possui forte cunho garantista e *pro reo*.

Conforme já debatido no capítulo sobre as origens da prescrição, havia apenas a prescrição da pretensão punitiva, sendo que a prescrição executória surgiu apenas pós Revolução Francesa.

3.2 Espécies de prescrição penal

No atual panorama jurídico brasileiro, há dois gêneros de prescrição penal. O primeiro deles é a prescrição da pretensão punitiva que se subdivide em três espécies: prescrição propriamente dita, intercorrente ou superveniente e retroativa. O segundo gênero é prescrição executória que não possui subdivisões.

Por derradeiro, também há a controversa prescrição virtual, que não é prevista em lei.

3.2.1 Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita

Nesta modalidade, a pena máxima em abstrato cominada ao delito é que regula o prazo prescricional de acordo com os incisos do artigo 109 do Código penal.

O momento de sua ocorrência é limitado até o trânsito em julgado para a acusação, oportunidade em que a prescrição é alternada de propriamente dita para intercorrente.

O fundamento de ser regulada pela pena máxima é que “não há trânsito em julgado para acusação nem para defesa. Nada impede, assim, a fixação da pena no máximo legal”. (MASSON. 2017, 1046)

O termo inicial para esta espécie de prescrição é variável de acordo com a situação, nos ditames do artigo 111 do Código Penal. A regra geral é que seu prazo seja contado desde o dia em que o delito foi consumado. Em casos de tentativa, iniciará do dia em que cessou a atividade criminosa.

Em se tratando de crimes permanentes, a situação pode se tornar complexa. Comumente nessa hipótese o prazo prescricional correrá a partir do dia em que se cessou a permanência.

No entanto, se lei que estende o prazo prescricional entrar em vigor antes de finda a permanência ou continuidade da conduta delitiva, esta deverá ser aplicada ao caso concreto. Muito embora tal afirmação contrarie a irretroatividade da lei penal nos casos prejudiciais ao réu, “a consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protraí no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se a cada momento, a consumação do delito”⁴⁰

Ademais, quanto à aplicação, o STF editou a Súmula 711: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência”.

Conquanto esteja estabelecido no referido enunciado que a lei penal mais grave será aplicada, há uma ressalva a ser feita: se durante a permanência ou continuidade delitiva entrar em vigor lei nova, mais severa ou não, esta será aplicada, válido para fins de prescrição penal.

Nesse sentido, vejamos o ensinamento de CAVALCANTE (2019):

A redação da súmula dá a entender que a lei mais grave é sempre aplicável. Isso não é correto. Na verdade, o que é sempre aplicada é a lei penal mais nova, independentemente de ser mais grave ou não. A redação mais exata da súmula deveria ser: “A lei penal mais nova aplica-se...”⁴¹

Por outro lado, tratando-se de crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil a prescrição começa a correr após o conhecimento dos fatos por parte da “autoridade pública que tenha poderes para apurar, processar ou punir o responsável pelo delito, aí se incluindo o Delegado de Polícia, o membro do Ministério Público e o órgão do Poder Judiciário” (MASSON. 2017, 1080).

Diante disso, quanto a estes crimes, (CAPEZ. 2017, 618):

[...] são crimes difíceis de serem descobertos, de modo que, se a prescrição começasse a correr a partir da consumação, o Estado perderia sempre o direito de punir. Se o fato é notório, não há necessidade de prova do conhecimento formal da ocorrência, a instauração do inquérito policial ou sua requisição pelo juiz ou promotor

⁴⁰ STF. RHC 83.437, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, julgado em 10/02/2004

⁴¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

de Justiça constituem prova inequívoca do conhecimento do fato pela autoridade.

Em relação aos crimes praticados contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, esta é mais uma especificidade de crimes que não seguem a regra geral do termo inicial da contagem do prazo de prescrição. Nestes delitos, o termo inicial será a data em que a vítima completar 18 anos, exceto se já houver sido proposta a ação penal.

MASSON (Idem) elogia este acréscimo legislativo do ano de 2012 ao passo que pondera sobre estes atos execráveis, pois infelizmente grande porcentagem das vítimas destes crimes são violadas no ambiente doméstico, por pessoas da família que deveriam protegê-las.

Há de se expor que tais condutas delitivas são de ação penal pública incondicionada, bem como todo e qualquer crime contra a dignidade sexual – pouco importando a capacidade da vítima – conforme a nova redação do artigo 225 do Código Penal dada pela Lei nº 13.718, de 2018.

Contudo, pelo fato de o local destes delitos ser ambiente em que impera certo sigilo, os Delegados e o Ministério Público ficam inviabilizados de tomar conhecimento dos fatos com o fito de tomarem medidas jurídicas cabíveis.

Ademais, por não terem o campo psíquico-mental plenamente formado, crianças e adolescentes violentados sexualmente, por vezes, não compreendem que foram vítimas de um crime tão grave.

Também não é dado início à persecução penal em razão de desconhecimento das normas jurídicas relacionadas.

Quanto a este fator, vejamos a seguinte matéria veiculada pelo Correio de Carajás, em 28 de março de 2019, de um caso regional peculiar sobre violência sexual cometida contra crianças em que se aplicou a referida regra para prescrição:

Após vinte e um anos convivendo com a impunidade de um crime do qual foi vítima junto da irmã, Sara Regina, de 32 anos, enxerga agora uma luz no fim do túnel com o cumprimento de mandado de prisão expedido contra Herriberto Silvio Rodrigues de Andrade, após a mãe das duas meninas o ter denunciado, em 1.998, quando elas tinham com 11 e 14 anos. Ele era companheiro da mulher, com quem foi casada durante oito anos.

[...]

Ao Portal Correio de Carajás, Sara relatou que aos 11 anos a família dela vivia em Morada Nova e que Heriberto administrava o medicamento Dormonid nela, para sedá-la e, então, praticar abusos sexuais.

A substância é utilizada para tratamento de insônia apenas quando o transtorno submete o indivíduo a extremo desconforto, é grave ou incapacitante, além de ser sedativo utilizado antes de procedimentos cirúrgicos. Dentre as contraindicações está justamente administrá-la em crianças.

[...]

Numa noite, a mãe das vítimas acordou e estranhou a ausência de Silvio na cama. Levantou-se e encontrou ele vestindo apenas roupas íntimas e segurando Sara desacordada. O homem inventou uma desculpa qualquer e naquele momento soou o alerta na companheira. No dia seguinte, ao serem questionadas, a mais nova informou que não lembrava do que tinha ocorrido e a mais velha contou que vinha sofrendo abusos.

Silvio, percebendo que havia sido descoberto, fugiu de Marabá.

JUSTIÇA

Atualmente, Sara cursa o 6ª Período de Direito e até então acreditava que o crime já havia prescrito. “No semestre passado vi uma postagem no Instagram de uma moça, que quando tinha 11 anos tinha sido abusada pelo padrasto e após 20 anos ela tinha formado em Direito e era delegada, então conseguiu prender o abusador. Foi como se tivesse sido para mim aquilo”, relata.

À noite, na disciplina de Direito Penal, a aula era justamente sobre prescrição. “Foi quando descobri que quando você é menor de idade a prescrição só começa a contar a partir de 18 anos. Comecei então a investigar na Internet tudo sobre o nome dele e achei vários processos trabalhistas em Altamira”.

[...]

Sara continuou fazendo buscas pelo nome do acusado e um tempo depois, no último dia 9 de março, encontrou nova pista. “Um processo dele informando que ele tinha sido intimado por um oficial e assinado a intimação por invasão de propriedade rural. Ele compareceu na audiência”, relatou.

A vítima se diz impressionada que o homem, mesmo com mandado de prisão aberto desde 2016, comparecia em audiências judiciais e continuava livre. Ela então comunicou esse fato à delegada Ana Paula que conduziu a diligência e pediu apoio à equipe da Polícia Civil de Altamira, o que resultou na prisão de Silvio. Sara ainda se revolta com a demora para que um caso tão grave seja punido, mas hoje está mais tranquila de que há chance de alcançar justiça.

“Na hora (da prisão) senti todos os sentimentos possíveis de um ser humano, alívio, desespero, enfim, tudo, mas fiquei indignada também porque no sistema judiciário as informações não são comunicadas. A pessoa com mandado de prisão ia em audiência normalmente e nada era feito porque o sistema nosso é falho. Agora estou aliviada e espero que a Justiça seja feita, sim”.

O processo judicial, desde a comunicação da prisão, corre em segredo de justiça, por envolver duas vítimas menores de idade à época. Por fim, Sara diz esperar que a história dela e da irmã sirva de incentivo para que outras mulheres vítimas de crimes dessa natureza também façam denúncias e busquem por justiça. “Quero que tudo isso que aconteceu com minha família sirva para que outras pessoas não se calem, que vão atrás”.⁴²

Imperioso ressaltar que os prazos prescricionais se sujeitam a causas interruptivas, nesse diapasão, o artigo 117 do Código Penal expõe tais causas: pelo recebimento de denúncia ou queixa, pela pronúncia, pela decisão confirmatória da pronúncia e pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

“Por se tratar de matéria prejudicial ao réu, o rol do art. 117 é taxativo, não admitindo o emprego da analogia para englobar situações semelhantes não apontadas pela lei.” (MASSON. 2017, 1058)

Se no decorrer do processo penal verificar-se a ocorrência de alguma nulidade no respectivo ato judicial que causou a interrupção da prescrição, desconsiderar-se-á a interrupção, tratando o tempo decorrido como contínuo desde a última causa de interrupção, se houver.

No que tange à comunicabilidade das causas interruptivas, NUCCI (2017, 433):

Quando houver o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia ou a sentença condenatória recorrível com relação a um dos coautores de um delito, a interrupção se comunica, alcançando a todos. [...]. Entretanto, as causas dos incisos V (*pelo início ou continuação do cumprimento da pena*) e VI (*pela reincidência*) são pessoais, vale dizer, se vários corréus são condenados e um deles foge, é óbvio que a prescrição da pretensão executória só envolve a sua pessoa, e não a dos demais, que cumprem pena. O mesmo se dá com a reincidência: se todos estão foragidos, é possível que um deles se torne reincidente, mas não os demais.⁴³ (*Grifo nosso*)

⁴² Disponível em: <https://correiodecarajas.com.br/maraba-academica-de-direito-consegue-prisao-de-estuprador-21-anos-apos-o-crime/>. Acessado em: 11/02/2020

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

3.2.2 Prescrição superveniente ou intercorrente

Ao contrário da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, a superveniente ou intercorrente ocorre no lapso temporal compreendido entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado definitivo.

Outro ponto antagônico desta forma de prescrição se comparada à propriamente dita é que esta regula-se pela pena aplicada na sentença condenatória, e não pela reprimenda máxima prevista no tipo penal.

Como exemplo, imaginemos que uma pessoa foi denunciada do crime de lavagem de capitais, o processo seguiu o trâmite regular e o agente foi condenado há um ano a mais do que pena mínima prevista, ou seja, de 4 anos de reclusão. Houve o trânsito em julgado para o Ministério Público, visto que não recorreu. Já o condenado recorreu para que lhe fosse aplicada a pena mínima de 3 anos de reclusão. No caso em tela, para que não ocorra a prescrição intercorrente, o Tribunal de Justiça deverá julgar o recurso do condenado em menos de 8 anos após a publicação da sentença condenatória.

“Entretanto, 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 o recurso”, ao passo que se “o recurso apresentado pelo Ministério Público não disser respeito à pena aplicada, não importa se tiver provimento, pois o prazo é computado normalmente.” (NUCCI. 2017, 421)

Nesse contexto, o entendimento majoritário da jurisprudência e da doutrina é o de que se o Ministério Público houver interposto recurso sem o objetivo de aumentar a pena aplicada pode ocorrer a prescrição intercorrente, mesmo que o recurso tenha sido provido. Posto isso, eventual recurso da acusação somente interromperá o curso da prescrição superveniente quando se tratar de majoração da pena aplicada e caso seja provido.

MASSON (2017, 1066) exemplifica outra forma peculiar em que se verifica esta modalidade de prescrição:

Admite-se também a prescrição intercorrente quando o recurso da acusação visa ao aumento da pena, mas mesmo com seu provimento e considerando-se a pena imposta pelo Tribunal, ainda assim tenha decorrido o prazo prescricional. Exemplo: a pena do furto simples foi fixada em 1 (um) ano. O Ministério Público recorre, requerendo seja a

reprimenda elevada para 2 (dois) anos. Ainda que obtenha êxito, o prazo da prescrição permanecerá inalterado em 4 anos.

Posto isso, a prescrição intercorrente pode ocorrer em razão da não intimação do réu sobre a sentença condenatória em lapso temporal maior do que a prescrição regulada pela pena aplicada ou devido à morosidade no julgamento do seu recurso, bem como de forma retroativa, por assim dizer, quando a acusação recorre para agravar a pena imposta em que haja improvido tal recurso.

Nesse contexto, expõe-se o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal (RT 644/377):

Prescrição da pretensão punitiva intercorrente – STF:

Tratando-se de prescrição superveniente à sentença condenatória, seu reconhecimento alcança e rescinde não só a decisão, mas também toda a ação penal, retornando o acusado à condição de primário, excluído seu nome do rol de culpados.

Quanto ao momento oportuno para declaração da prescrição superveniente, há duas correntes com entendimentos antagônicos. A primeira defende que esta modalidade de prescrição somente pode ser reconhecida em sede de recurso em segunda instância tendo em vista o exaurimento judicante da primeira instância, Masson (2017, 1067) considera esta posição extremamente conservadora, já que “é custosa e demorada, pois obriga o réu a recorrer somente para que seja decretada a prescrição”.

Tal entendimento é prejudicial à visão contemporânea do Poder Judiciário, devido a ir de encontro às novas diretrizes de eficiência administrativa e de efetividade das decisões do mais respeitado dentre os Poderes da República.

Por sua vez, a segunda corrente doutrinária e jurisprudencial, acertadamente considera que a prescrição superveniente pode ser declarada em primeira instância devido ser matéria de ordem pública – assevere-se, questões de ordem pública podem ser reconhecidas de ofício, em qualquer grau de jurisdição e não são passíveis de preclusão. Ademais, este entendimento é o aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sabendo-se que, em regra, a prescrição intercorrente ocorre entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa, faz-

se necessário analisar os efeitos da interposição de recurso extraordinário ou especial contra acórdão confirmatório da condenação. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, conforme informativo 398, julgou o HC 86.125 no sentido de que o trânsito em julgado para a defesa advém do exaurimento de recurso ordinário. Nas palavras de NUCCI (421, 2017):

Portanto, proferido julgamento em 2.^o grau, sem cabimento de recurso ordinário para instância superior, caso a defesa ingresse com recurso especial ou extraordinário, se algum desses tiver sucesso, há a prorrogação do marco interruptivo da prescrição intercorrente; porém, se eles forem considerados inadmissíveis, os efeitos desse reconhecimento retroagem e não se considera consumada a denominada prescrição intercorrente.

Explique-se a 1^a hipótese: caso de a defesa interpor algum dos recursos excepcionais no STF ou STJ e este houver sido deferido no sentido de reconhecer a consumação da prescrição intercorrente, esta continua a correr por haver prorrogação da causa de interrupção do prazo, qual seja, a publicação do acórdão confirmatório da condenação.

Já 2^a hipótese é a do indeferimento de tais recursos, momento em que se decide pela não ocorrência da prescrição superveniente quando da prolação do acórdão confirmatório da condenação e conseqüentemente tem-se por extinta a possibilidade de prescrição superveniente, iniciando-se a contagem da prescrição executória.

3.2.3 Prescrição retroativa

A origem da prescrição retroativa no ordenamento jurídico brasileiro é relativamente recente, pois adveio de interpretações jurídicas a respeito do art. 35 do Decreto 4.780 de 1923:

Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal, á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamento comminada na lei, ou pela que for pedida no libello, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido.⁴⁴

⁴⁴ BRASIL. *Decreto nº 4.780 de 27 de dezembro de 1923*. 1923. Rio de Janeiro

BALTAZAR *apud* FERREIRA expõe que apesar de estar ausente do referido artigo a previsão expressa de prescrição retroativa, “alguns juristas começaram a enxergar a possibilidade de interpretá-lo de maneira a conceber a contagem retroativa do prazo” tendo em vista que “restou determinado a prescrição pela pena in concreto, após o trânsito em julgado de sentença que somente o réu houvesse recorrido”.⁴⁵

Conforme relata Nilson Vital Naves, antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, o STF admitiu a prescrição retroativa no HC 28.638 com fulcro no Decreto supracitado.⁴⁶

Ademais, no julgamento do HC 29.370 em 1946 o STF concedeu a ordem por unanimidade e criou o precedente jurisprudencial que viria a se tornar o instituto da prescrição retroativa baseando-se no precedente anterior.

Porém, diante do então recente diploma penal que revogou o referido Decreto, o STF passou a entender que seria inaplicável a prescrição retroativa. O tema veio a ser rediscutido pela Corte em 1951 quando se formaram duas correntes com entendimentos diferentes.

Naves expõe que o entendimento jurisprudencial do STF quando da prescrição retroativa ganhou contornos definitivos favoráveis à sua aplicação em virtude da ascensão de novos ministros.

Por derradeiro, em 1963 a Corte Suprema editou a Súmula 146: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.⁴⁷

O fato de o enunciado estabelecer que a pena imposta em sede de sentença condenatória (pena em concreto) regula a prescrição da ação penal ajuizada foi decisivo para os juristas considerarem tal enunciado como primórdio da prescrição retroativa como se conhece e se aplica atualmente.

⁴⁵ FERREIRA, Laura Vogt. *A Prescrição Retroativa e a Lei 12.234 de 2010*. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/laura_ferreira.pdf. Acessado em: 26/02/2020

⁴⁶ NAVES, Nilson Vital. *O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto*. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>. Acesso em: 26/02/2020

⁴⁷ BRASIL. *Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal*. 1963. Brasília.

Nesse sentido, Miguel Reale Junior (2009, 522) aduz: “nota-se que a súmula refere-se à prescrição da **ação penal**, portanto, levando a pena em concreto a ser o critério para a decretação da prescrição da pretensão punitiva e não mais em vista da prescrição executória” (Grifo do autor).⁴⁸

Feito o breve apontamento histórico, passemos à conceituação. Segundo NUCCI (2019, 814) prescrição retroativa “é a perda do direito de punir do Estado, considerando-se a pena concreta estabelecida pelo juiz, com trânsito em julgado para a acusação, bem como levando-se em conta prazo anterior à própria sentença”⁴⁹.

Desta feita, a prescrição retroativa é o reconhecimento de extinção de punibilidade por transcurso de lapso temporal em que se usa como parâmetro a pena em concreto aplicada, sendo que o lapso temporal prescricional é contado inversamente, isto é, conta-se da publicação da sentença ao recebimento da denúncia.

REALE (Ibdem) argumenta que “a prescrição punitiva deve pautar-se pela pena justa que foi efetivamente aplicada e não pela pena em abstrato cominada, que foi injusta ao caso concreto, merecedor como foi da pena imposta na sentença”.

BALTAZAR *apud* FERREIRA (Idem) expôs que “a prescrição retroativa é uma novidade genuinamente brasileira, porque nenhuma outra legislação a contempla, sendo também desconhecida na doutrina estrangeira”.

Conforme ressalta NUCCI (2017, 422), a prescrição retroativa sofreu uma incidental mudança legislativa com o advento da Lei 12.234/2010. A referida lei revogou o § 2º do artigo 110 do Código Penal, o qual previa a possibilidade de ocorrência da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da inicial acusatória.

Posto isso, pós mudança legislativa de 2010, a prescrição retroativa somente é possível de ser consumada entre a publicação da sentença e o

⁴⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

recebimento da denúncia ou queixa crime, com base na pena em concreto de acordo com os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal.

3.2.4 Prescrição executória

Este instituto é uno de forma a não ser subdividido em categorias subsequentes. A prescrição executória não consiste em uma pretensão do Estado em aplicar uma sanção penal, visto que esta já houvera sido aplicada pelo poder judiciário.

Este instituto que extingue a punibilidade do condenado exclui, em verdade, o poder de executar ou o *ius perseguendi* do Estado, o qual surgiu no momento do trânsito em julgado definitivo da condenação penal.

Dada a natureza do instituto, o prazo prescricional executório regula-se pela pena em concreto da decisão transitada em julgado. Nesse sentido é a Súmula 604 do STF: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.⁵⁰

O Código Penal, no *caput* do artigo 110, estabelece uma causa de aumento da prescrição executória, qual seja: a reincidência.

Desta feita, ao condenado que reincide em sua atuação delitiva após o trânsito em julgado definitivo de condenação criminal tem o prazo prescricional executório aumentado em um terço.

É necessário ressaltar que a referida causa de aumento é exclusiva da prescrição executória, não incidindo em nenhuma das espécies de prescrição da pretensão punitiva.

Para tanto, cabe mostrar o enunciado sumulado nº 220 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.⁵¹

⁵⁰ BRASIL. *Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal*. 1984. Brasília.

⁵¹ BRASIL. *Súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça*. 1999. Brasília.

O termo inicial da prescrição executória é estabelecido pelo artigo 112 do Diploma Penal, podendo ocorrer a partir 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; ou a partir do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (BRASIL. 1940).

Tem-se por estabelecido no artigo 116 do Código Penal causas impeditivas da prescrição executória, oportunidade em que seu transcurso fica suspenso.

Diante disso, havendo questão não solucionada em outro processo imprescindível à comprovação da existência do delito e se o agente delitivo se encontrar cumprindo pena no estrangeiro a prescrição executória terá obstado o seu transcurso

Como as demais, a prescrição executória também possui causas de interrupção. O prazo do instituto será contado do início quando do início do cumprimento da pena.

Já em caso de evasão ou revogação do livramento condicional, MIRABETE e FABBRINI (2013, 405-406) ensinam que a recaptura ou prisão do sentenciado interrompe a prescrição sem, contudo, que o prazo seja zerado e recomece a correr do início.

O ensinamento destes autores tem por base a já consolidada jurisprudência de que em tais casos a prescrição executória será regulada pela pena que ainda resta a ser cumprida.

Ademais, há que se explicitar a incomunicabilidade das causas de interrupção da prescrição executória em caso de concurso de agentes, tendo em vista a disposição expressa constante do artigo 117, § 1º do Código Penal.

MASSON (2017, 1076) opina que “de fato, alguém iniciou o cumprimento da pena, ou continuou a cumpri-la, ou é reincidente, e tais situações não são comunicáveis a qualquer outra pessoa”.

PRADO (2013, 833), ao tratar dos efeitos da extinção de punibilidade pela prescrição executória, ensina que além da condenação imposta, exclui-se

também a possibilidade de imposição de medida de segurança. Contudo, o autor aduz que subsistem os efeitos secundários penais e os efeitos de cunho cível.⁵²

4. PRESCRIÇÃO VIRTUAL

4.1 Origem

A origem deste instituto de direito penal no ordenamento jurídico brasileiro remete ao mesmo Decreto 4.780 de 1932, donde surgiu também a prescrição na modalidade retroativa, momento em que reinava uma doutrina fulcrada na economia processual⁵³ (BALTAZAR *apud* SANTOS).

Muito embora tenham sido postas em vigor novas legislações penais no decorrer do século passado, dentre os institutos da prescrição retroativa e da virtual – afloradas de interpretações doutrinárias do referido decreto – somente aquela se consagrou presente no ordenamento jurídico.

O aspecto socioeconômico do país no decorrer dos anos trinta até a contemporaneidade foi determinante para o aquecimento nas discussões inerentes à economia processual e, conseqüentemente, à prescrição virtual.

Desse modo, o crescente êxodo rural e o inchaço demográfico nos grandes centros urbanos fizeram surgir várias complexidades de cunho social, tais como o desemprego, a ausência de saúde, de educação e de dignidade, bem como da crescente marginalização de pessoas de baixa renda.

Essa perspectiva social associada à falta de prevenção e de procedimentos de inteligência que visassem combater a criminalidade forneceu o caminho perfeito para o excessivo aumento da criminalidade no país.

Como consequência, os órgãos de polícia judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário se encontram superlotados de procedimentos e processos

⁵² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro parte geral*. Vol 1. 12 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013

⁵³ SANTOS, Túlio de Aguiar. A prescrição em perspectiva e a economia processual. Disponível em: <https://tulioaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/150895461/a-prescricao-em-perspectiva-e-a-economia-processual> Acessado em 09/03/2020

penais que, por conseguinte, ocasiona na superlotação do sistema penitenciário, majoritariamente ocupado por presos provisórios.

Essa crise institucional foi determinante para a criação do conceito de “prescrição virtual”, com a necessidade de celeridade e de economia processual em voga, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como os doutrinadores, encontraram no instituto uma solução à adversidade.

4.2 Apontamentos conceituais

De plano, ao ter contato com este conceito jurídico, percebe-se que sua controvérsia é fundamentada principalmente na ausência de previsão legal nas leis penais de direito material.

Esta forma de prescrição seria regulada pelo artigo 109 do Código Penal com base na provável condenação do agente delitivo, momento em que a possibilidade de se ver configurada a prescrição retroativa é de quase 100%.

Imaginemos novamente o caso prático do crime de lavagem de capitais em que a pena varia de 3 a 10 anos de reclusão, ou seja, a prescrição propriamente dita teria o prazo de 16 anos segundo o art. 109, II do CP.

No momento da confecção da peça acusatória referente a este delito, o membro do *Parquet* pode entender que não há causas desfavoráveis que elevem a pena em concreto em nenhuma das três fases de dosimetria de pena, virtualizando ao caso em tela a aplicação da pena mínima de 3 anos que se consumaria prescrita decorridos 8 anos, conforme art. 109, IV do CP, e não decorridos 16 anos, se levada em consideração a pena máxima em abstrato.

Neste caso prático, se passados mais de 8 anos do recebimento da denúncia à publicação da condenação no mínimo legal de 3 anos de reclusão, estar-se-ia diante da ocorrência da prescrição retroativa àquela data recebimento da inicial acusatória.

A prescrição virtual evita, pois, o engrenar do Poder Judiciário em processos penais que seriam ineficazes ante a ocorrência da prescrição

retroativa. Tudo isso põe em destaque a economia processual e a eficácia da atuação do Poder Judiciário em virtude de antecipar a extinção de punibilidade para momento anterior à prolação da sentença.

Nesse sentido, CUNHA *apud* DUARTE JÚNIOR e SILVA (2017) ensina que a prescrição virtual consiste numa antecipação da extinção de punibilidade em razão da prescrição retroativa que seria percebida no momento da condenação:

Trata de criação jurisprudencial, sem amparo legal, que tem por finalidade a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa. O seu fundamento reside na falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento da ação penal cuja sentença, dadas as circunstâncias do crime e condições do próprio réu, será fixada em patamares mínimos, conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa. Antevendo a (certa) PPPR, sustenta-se ser possível a sua antecipação, declarando-a mesmo antes do final do processo.⁵⁴

Conforme dicção do professor Márcio Cavalcante (*Idem*, 365), “a prescrição virtual também é chamada de prescrição ‘em perspectiva’, ‘por prognose’, ‘projetada’ ou ‘antecipada’.”

4.2.1 Precedentes da súmula 438 do STJ

A fim de dirimir a controvérsia da aplicabilidade da prescrição virtual, o STJ editou a súmula 438, cujo enunciado estabelece que “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.⁵⁵

O enunciado 438 do Superior Tribunal de Justiça teve suas origens no julgamento do HC 30.368 – SP, julgado em agosto de 2004. O referido HC tinha por objetivo atacar a decisão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal

⁵⁴ DUARTE JÚNIOR, Alonso Pereira; SILVA, Eliane Sousa. A prescrição virtual e suas controvérsias. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-prescricao-virtual-e-suas-controversias/> Acessado em: 07/03/2020

⁵⁵ BRASIL. Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça. 2010. Brasília-DF.

do Estado de São Paulo que reverteu a decisão da primeira instância que aplicou a prescrição em perspectiva.

Neste caso, Kátia Marques Gomez, incurso no crime de patrocínio infiel ou tergiversação, tipificado no artigo 355 do CP, teve a extinção de punibilidade declarada no primeiro grau em razão da antecipação da prescrição, considerando as circunstâncias pessoais e do crime favoráveis à aplicação da pena no mínimo legal. Vejamos um trecho do voto do Rel. Min. Hamilton Carvalhido, onde é mencionado como foi reconhecida a prescrição virtual:

Alegam as impetrantes que, considerando-se a pena máxima abstratamente cominada, a prescrição, no caso em tela, seria atingida em 8 anos, conforme previsto no artigo 109, inciso IV, do Código Penal, mas, "(...) tendo em vista as circunstâncias pessoais da ora paciente, como, e.g., os bons antecedentes, primariedade, sua irreprimível conduta social e personalidade, podemos afirmar que, levando-se em conta as regras estabelecidas no art. 59 do CP, para a fixação da pena, esta, obrigatoriamente seria fixada no mínimo legal, ou seja, de 06 (seis) meses, implicando um prazo prescricional de 2 (dois) anos, agora regulado pela pena in concreto."⁵⁶

É necessário dizer que a pena para o crime de patrocínio infiel varia de seis meses a três anos de detenção.

Ademais, para a compreensão total do caso é necessário lembrar que, naquela época, ainda era possível ocorrer a prescrição retroativa em momento anterior ao recebimento da denúncia, isto é, entre o cometimento do fato e o recebimento da peça acusatória. Tal possibilidade foi revogada pela lei 12.234 de 2010, prevendo a ocorrência da prescrição retroativa apenas em momento posterior ao recebimento.

A referida legislação de 2010 também alterou o art. 109, VI do CP, estabelecendo que a prescrição da pena inferior a 1 ano passara a ocorrer em 3 anos, e não mais em 2.

Posto isso, tendo o fato sido cometido em maio de 1999, a prescrição virtual ocorreria em 2001, antes mesmo de a peça acusatória ter sido recebida no caso em tela.

⁵⁶ HC 30.368 SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 10 de agosto de 2004.

Vejamos os principais motivos que levaram a Turma Recursal a cassar a decisão do primeiro grau, os quais foram mencionados no julgado do STJ:

Como bem decidiu o d. Juiz Eduardo Pereira, A posição do Magistrado, ao admitir a prescrição antecipada, **foi eminentemente pragmática e acadêmica, contrariando o sistema legal vigente**. Não tem nenhuma sustentação na legislação e é precedente que dada a singularidade do caso vertente faz-se até sedutor, mas invocado em tese pode levar futuramente a situações insustentáveis.

[...] a figura da “prescrição antecipada” não tem qualquer respaldo legal. **A aplicação do referido instituto, pelo julgador, pode ser considerada usurpação de competência constitucional**, pois, como ensina o eminente Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli (Questões criminais controvertidas - Ed. Saraiva - 1999 - página 701), que “é do legislador, e não do aplicador da lei, o juízo de criminalização da conduta e o juízo abstrato da renúncia ao *ius puniendi* pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.”

Por derradeiro, o relator do remédio constitucional constatou a ausência de constrangimento ilegal ao direito de liberdade a ser sanado pelo *writ*. A decisão de cassar o reconhecimento da extinção de punibilidade com base na prescrição virtual foi mantida, tendo o relator citado outros precedentes que também embasaram o seu voto:

Habeas Corpus. Pretendido trancamento da ação penal, pela extinção da punibilidade, decorrente de prescrição da pretensão punitiva, segundo a pena a ser ainda concretizada em futura sentença. Inadmissibilidade. Writ indeferido.

Antes da sentença, a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção. (RHC 66.913/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, in DJ 18/11/88).

Nosso ordenamento jurídico-processual-penal ainda não contempla a prescrição por antecipação. Só há prescrição pela pena concreta quando a decisão transita em julgado para acusação (CP, artigo 110, § 1º) (RT 727/443-4).

4.3 Argumentações contrárias à aplicação da prescrição virtual

As jurisprudências do STF e do STJ inadmitem a prescrição virtual com base em dois fundamentos principais: a falta de previsão legal e o desrespeito ao princípio da presunção de inocência. NUCCI (2020, 816) expõe:

A maioria da jurisprudência não aceita a chamada prescrição virtual, pois entende que o juiz estaria se baseando numa pena ainda não aplicada, portanto num indevido prejulgamento, embora seja realidade

que, muitas vezes, sabe-se, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso.

Desta feita, conforme tais exposições e consoante às teorias contrárias à aplicação da prescrição virtual, o embasamento jurídico-normativo quando desta inviabilidade advém apenas de normas e conceitos de direito material, sem se levar em consideração os institutos de direito processual.

4.3.1 Ausência de previsão legal

É notório que vigora no Direito Penal o princípio da legalidade estrita, também intitulado de reserva legal, que advém do artigo 5, XXXIX da Constituição Federal de 1988. Tal princípio estabelece que somente cometerá crime aquele que tenha conduta tipificada em momento anterior ao cometimento do fato, desse modo, o princípio da legalidade estrita é corolário do princípio da anterioridade.

Contudo, a principal decorrência deste princípio está em estabelecer que somente a lei, em sentido estrito, poderá criar tipos penais e cominar penas.

Tudo isso é utilizado pelos defensores da inviabilidade jurídica da prescrição antecipada, posto que consideram que um instituto misto, como o é esta espécie de prescrição, somente poderia ser aplicado se houvesse previsão expressa na lei, do mesmo modo que alguém somente poderá ser punido por determinada conduta em havendo legislação nesse sentido.

Ademais, argumenta-se que, pelo princípio da legalidade, o artigo 110, §1º do CP ao prever que “depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação [...], regula-se pela pena aplicada”, a prescrição retroativa somente poderia ser conhecida se houver sentença condenatória com trânsito em julgado, não podendo de nenhuma forma ser constatada a prescrição retroativa em momento anterior à prolação da condenação, conforme alteração legislativa proveniente da Lei 12.234 de 2010.

A alteração legislativa de 2010 no artigo 110 do CP vedou que fosse reconhecida a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da

denúncia, isto foi determinante para que a prescrição virtual ocorresse apenas antecipando a prescrição retroativa com base na provável pena a ser aplicada.

Por isso, doutrinadores como Damásio de Jesus e Júlio Mirabete expõem há algum tempo em suas obras ideias desfavoráveis à aplicação do instituto, com base nos argumentos supra.

4.3.2 Obrigatoriedade da ação penal

Outro argumento utilizado para fundamentar a inaplicabilidade da prescrição virtual é o da obrigatoriedade da ação penal, princípio do processo penal que estabelece o dever de o órgão acusatório intentar ação penal quando se deparar com uma notícia crime que possua autoria e materialidade suficientes para tanto.

Este princípio deriva de um maior, que é a indisponibilidade da ação penal. LIMA (2017, 235) ensina que tais princípios impõem o dever de tanto a Polícia Judiciária proceder às investigações quanto ao Ministério Público em oferecer a inicial acusatória, perfazendo, pois, poderes-deveres de incumbência de tais órgãos.

Renato Brasileiro (2017, 235) expõe:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Ademais, ao arcabouço argumentativo contrário à prescrição virtual com base no princípio da obrigatoriedade da ação penal é somado o estabelecimento feito pelo art. 42 do CPP: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.
”

4.3.3 Art. 384 do CPP, o instituto do *mutatio libelli*

AGUIAR (2014) explicou que a possibilidade de *mutatio libelli* é um argumento mais forte dos que entendem pela impossibilidade da prescrição antecipada.

Vejamos o art. 384 do CPP, do qual surge o instituto:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Mutatio libelli é a possibilidade de aditamento da peça acusatória no decorrer da instrução processual quando verificado que o fato delituoso é diferente do que consta na inicial acusatória.

Ocorre que doutrinadores do Direito Processual Penal afirmam que especificamente na possibilidade de o *mutatio libelli* implicar em nova tipificação penal, somada à ausência de coisa julgada, alteraria o prazo prescricional do fato, prejudicando a ocorrência de prescrição virtual.

4.3.4 Súmula 438 do STJ

No período anterior à edição da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, imperava sobre o controverso instituto da prescrição virtual uma dicotomia entre os doutrinadores, que em sua maioria eram favoráveis à utilização dele, e a jurisprudência, a qual teve diversos defensores de sua aplicação, contudo, nunca houve um entendimento dominante que demonstrasse como a jurisprudência se debruçaria sobre o assunto.

Destarte, o STJ decidiu em 2010, com base no julgamento do caso de origem já citado anteriormente pela edição da Súmula 438, que transparece, principalmente por motivos de ausência de previsão legal, o entendimento jurisprudencial pela não aplicação da prescrição virtual.

O STF, com fundamentos na súmula editada pelo STJ, buscou uniformizar sua jurisprudência sobre o assunto no mesmo sentido de sua inaplicabilidade.

Muito embora no tempo de sua publicação não havia obrigação de os outros órgãos judiciários inferiores seguirem o entendimento, após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o Poder Judiciário brasileiro viu-se diante de um novo sistema processual em que a uniformização da jurisprudência estabeleceu-se no diploma legal, vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. **(Grifos nossos)**⁵⁷

Tal obrigatoriedade, mesmo que prevista no diploma processual civil, em tese deveria ser aplicado ao processo penal, devido ao objetivo modernizador do sistema processual que o Código de 2015 buscou atingir.

⁵⁷ BASIL, *Código de Processo Civil (2015)*. Brasília, DF: Senado, 2015

Tudo isso acirra ainda mais as discursões sobre a aplicabilidade do instituto pelos juízes de primeiro grau.

4.4 Argumentações favoráveis à aplicação da prescrição virtual

A corrente favorável à aplicação da prescrição em perspectiva fundamenta sua corrente principalmente em normas de direito processual, normas de direito material e em seus princípios.

4.4.1 Não atendimento de uma das condições da ação penal: o interesse de agir

Este argumento certamente é o mais poderoso da corrente favorável à aplicação do instituto.

São condições da ação penal a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade e o interesse de agir. Não havendo possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ativa e passiva, bem como se o *Parquet* ou o querelante não tiver interesse de agir, a ação não deve ser intentada ou não deve ser recebida pelo magistrado.

Tal análise é voltada aos aspectos processuais da intitulada prescrição virtual ou antecipada.

No atual panorama processual brasileiro, a economia processual está em voga. Por isso, não teria utilidade para o Ministério Público ou para o querelante ingressar com uma ação penal que certamente, ao se verificar o *quantum* da pena na sentença, viesse a ocorrer a prescrição retroativa.

Seria, pois, um gasto de tempo, dinheiro público e um constrangimento tanto para o polo passivo quanto para o ativo se a máquina judiciária se debruçasse sobre uma ação penal que prescreveria retroativamente, mesmo

que todos os envolvidos soubessem desde o começo que a ação seria fadada ao fracasso.

AGUIAR (2014) ressalta que:

A falta do interesse de agir, conforme os seguidores dessa corrente afetaria de modo irreparável a necessidade da propositura da ação, já que, desde o início, órgão acusador já saberia que o processo não atingiria o resultado devido.

SERPA *apud* AGUIAR (2014) pensa:

A aplicação da prescrição antecipada baseia-se essencialmente na perda do direito material de punir pelo Estado, já que lhe faltará uma das condições para a propositura da ação penal, ou o seu prosseguimento, qual seja, o interesse de agir, 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

Assim, pode-se assumir um erro técnico-conceitual em tratar da prescrição virtual como um instituto meramente de direito material, desconsiderando, dessa forma, os aspectos processuais ou mistos envolvidos no tema.

4.4.2 Princípios da agilidade, utilidade, economia processual e celeridade do julgamento, bem como a inutilidade de julgar processo prescrito

O ponto comum de todos estes princípios é evitar atos processuais inúteis. Esse arcabouço principiológico visa que o instrumento processual chegue a um resultado efetivo com o máximo proveito dos atos lavrados durante o trâmite e com o menor custo de tempo possível, o que em resumo é a visão de um judiciário eficiente e eficaz.

Assim, parece antagônico um Poder Judiciário que atua sob a axiologia destes princípios possuir um sistema negacionista quanto à aplicação da prescrição virtual, posto que não aplica-la, quando possível, é tramitar um processo cujos atos serão todos inúteis e sem nenhuma efetividade.

Não teria utilidade alguma gastar verbas públicas e esforço humano para solucionar um processo o qual se sabe desde o início que ocorrera a prescrição

retroativa no momento da prolação da sentença. Seria mais útil e eficaz concentrar os recursos do Poder Judiciário em processos que teriam seus atos totalmente aproveitados e que, ao final, a sentença prolatada fosse efetiva.

4.4.3 Morosidade processual e constrangimento ilegal

Certamente, o processo penal impõe constrangimento ao acusado, culpado ou não, tendo ele que suportar danos de cunho psicoemocional apenas pelo fato de figurar no polo passivo de uma ação penal.

Esse sofrimento é amplificado quando se trata de um processo penal que poderia ser terminado, desde logo, aplicando-se o instituto da prescrição antecipada.

Nesse contexto, JAWSNICKER *apud* AGUIAR (2014), afirma que:

Ressalta-se que não se trata apenas de isentar o agente dos incômodos do processo. Trata-se de livrá-lo de um processo inútil, porque não trará nenhum resultado concreto, face ao inevitável reconhecimento da prescrição retroativa. [...] a prescrição antecipada não evita os incômodos de um processo legítimo, que devem ser suportados pelo réu, mas apenas o constrangimento ilegal do processo sem justa causa, que não precisa ser aceito, ensejando a impetração de habeas corpus, com fulcro no art. 648, inc. I, do Código de Processo Penal.

5. PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ERRO TÉCNICO

Tratar a prescrição virtual como um instituto meramente de direito material é, certamente, um erro jurídico-hermenêutico grave do jurista que o interpreta sob esse olhar exclusivo.

Ora, os fundamentos de vieses processuais justificam a total aplicabilidade do que se chama “prescrição virtual”.

No decorrer dessa produção, ficou claro a tendência de verticalização da justiça brasileira, em que a uniformização da jurisprudência e obediência cogente

dos enunciados sumulados dos tribunais superiores transformou-se em artigo do Código de Processo Civil de 2015.

Desta feita, deve-se analisar cuidadosamente se, na prática, as argumentações favoráveis à aplicabilidade da chamada prescrição virtual violariam a verticalização da jurisprudência pátria ao desobedecer ao enunciado 438 do Superior Tribunal de Justiça.

No caso de justificar o não oferecimento causado pela falta do interesse de agir devido ser o eventual processo fadado ao reconhecimento de prescrição retroativa na sentença, o membro do *Parquet* pode e deve evitar o desgaste humano e de verbas públicas no processo inútil sem que seu ato viole a Súmula 438 do STJ, tendo em vista não ter sido atendida a dita condição essencial da ação penal.

No caso levantado, a máxima intempérie que poderia haver seria eventual discordância da vítima ou de seu representante legal quanto a falta de interesse de agir demonstrada pelo membro do Ministério Público em decorrência do tempo de tramitação do processo.

A complexidade poderia ser facilmente sanada, aplicando a mesma regra para o arquivamento do inquérito policial constante no art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, o qual estabelece em seu § 1º que no caso de discordância a vítima ou seu representante legal poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial no prazo de 30 dias.

No caso de crimes praticados contra os entes públicos da administração direta, a revisão da decisão de arquivamento do inquérito policial em razão da falta de interesse de agir pode ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial, conforme art. 28, § 2º, também adicionado pela Lei nº 13.964/2019.

Nesse sentido, usar o termo “prescrição virtual” – que é, verdadeiramente, mais relacionado ao direito material – para resumir a falta do interesse de agir do legitimado a oferecer a ação penal é um erro de ordem técnica e por essa razão há correntes favoráveis e contrárias à prescrição virtual, sendo que as duas correntes são procedentes em seus argumentos.

Contudo, o arquivamento do inquérito policial em razão da falta do interesse de agir não está elencado em nenhuma das causas de extinção da punibilidade previstas no art. 107 do CP, vejamos:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - pela morte do agente;
II - pela anistia, graça ou indulto;
III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Desse modo, por não atender umas das condições essenciais da ação penal e pelo arquivamento do inquérito policial não ser causa de extinção da punibilidade, a Súmula 438 do STJ “é **inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética**, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (grifos nossos) não estaria sendo descumprida.

Ademais, essa visão mais processualista da prescrição virtual ensejaria agilidade, utilidade e economia processual, bem como colaboraria com a celeridade no julgamento de processos que realmente seriam efetivos no final.

Todo esse quadro proporcionaria uma Justiça Criminal mais efetiva, eficaz e eficiente, tendo em vista que o 15º Relatório da Justiça em Números⁵⁸ de 2018 demonstrou que a taxa de congestionamento processual criminal na justiça de primeiro grau é de 73,3%, sendo a Justiça Estadual possui o maior percentual de processos criminais em tramitação igual a 96,4%.

Também, seria evitado o desperdício de recursos em tramitar, instruir e julgar um processo prescrito, ou em que não haja interesse em movê-lo por conta da certeza de que ao final a punibilidade seria extinta em razão da prescrição retroativa.

⁵⁸ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acessado em 17/09/2020

Oportunamente, o processo desinteressante ao órgão responsável por materializar o poder de punir do Estado somado ao fato de poder exercer o seu interesse de agir ou não sem que isso viole a súmula 438 do STJ impediria a ocorrência do constrangimento ilegal nesses casos.

Ressalte-se que também não haveria desobediência ao princípio da obrigatoriedade, o qual, segundo MIRABETE (1993, 47), é “aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública”.

Ora, se o princípio acima devesse ser obedecido acima de qualquer coisa, não haveria condições para o exercício da ação penal. Destarte, fala-se em obrigatoriedade de se oferecer denúncia apenas em havendo o atendimento de todas as condições essenciais para tanto, quais sejam, a possibilidade jurídica, legitimidade e interesse de agir.

Do mesmo modo, a narrativa é válida quando se confronta o poder dever de o *Parquet* intentar a ação penal quando diante de fato ilícito, punível e culpável, já que o art. 129 da CF estabelece que é privativa do Ministério Público a competência para oferecer a Ação Penal Pública, o próprio membro do parquet deveria ter autonomia quando da verificação do real preenchimento cumulativo das condições da Ação Penal e, havendo discordância do ofendido quanto a eventual arquivamento, aplicar-se-ia a dicção do art. 28-A do CPP, o qual estabelece que a vítima ou seu representante legal terão 30 dias para recorrer contra o arquivamento, ou o representante jurídico em se tratando de ofendido ente público.

Por outro lado, o entendimento acerca da essência da prescrição virtual sob a visão das condições da ação possibilitaria ao magistrado decidir pelo não recebimento da Ação Penal, com fulcro no art. 396 do CPP, que não preenchesse cumulativamente todas as condições da ação penal, sem que isso violasse a Súmula 438 do STJ e as jurisprudências do STF quanto à impossibilidade de aplicação da prescrição virtual.

CONCLUSÃO

A prescrição da época romana, vinculada diretamente aos anseios religiosos quanto ao perdão visava coibir a dilação arbitrária do processo penal, impedindo que o poder de punir advindo do contrato social daquela sociedade não fosse perpetuo, aspecto que não houve mudança no quadro contemporâneo de impedir que o Estado exerça seu poder de punir em tempo ilimitado (exceto aos crimes imprescritíveis previstos na CF).

Muito mais, com a evolução do instituto da prescrição, ela passou a fazer parte do sistema de defesa de direitos humanos, bem como é diretamente relacionada à eficiência do Poder Judiciário.

Como a modernização dos institutos jurídicos de acordo com a evolução social não é seguida à risca pela atividade legislativa do Estado, ainda paira no Direito Penal a discursão sobre a aplicabilidade ou não da prescrição virtual.

Tal afirmação justifica-se pelo seguinte artigo 37 do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, atualmente Projeto de Lei 8.045/2010:

Art. 37. 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 pena. (Grifo nosso)⁵⁹

Em tal dispositivo do anteprojeto da reforma processual penal, que tramita no Poder Legislativo há cerca de 11 anos, percebe-se que há previsão expressa que permite a aplicabilidade da essência da prescrição virtual. A aprovação do projeto contendo a dicção integral do artigo supra, com a consequente perda da validade da Súmula 438 do STJ, proporcionaria respaldo jurídico ao órgão acusador para evitar, na origem, processos que não teria efetividade nenhuma.

⁵⁹ Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>> Acessado em 18/09/2020

A solução para aplicar a essência da prescrição virtual no processo penal, de acordo com as normas, súmulas e jurisprudências até agora vigentes, o membro do *Parquet* deve fundamentar seu pedido de arquivamento do inquérito policial na ausência da já debatida condição da ação penal: interesse de agir.

A não fundamentação do pedido de arquivamento explicitamente com base na prescrição virtual, mas sim com fulcro na ausência do interesse de agir do legitimado, não violará a Súmula 438 do STJ.

Ademais, em havendo discordância da vítima ou de seu representante quanto ao pedido de arquivamento do inquérito, aplicar-se-ia a novel dicção do art. 28 do CPP que prevê prazo de 30 dias para submeter a decisão de arquivamento ao órgão responsável pela revisão ministerial.

Em se tratando de arquivamento de inquérito originado de crime contra a União, os Estados membros ou os Municípios, o pedido de submissão à revisão caberá ao responsável pela representação jurídica de cada ente.

Por fim, em síntese, as teorias contrárias à aplicação do instituto não se fundamentam a rejeitar a solução apresentada (argumento da ausência do interesse de agir), vejamos o compilado:

a) Teoria contrária da ausência de previsão legal

Argumentos principais da teoria: 1) Não previsão legislativa da prescrição virtual no Direito Penal, onde vigora a legalidade estrita e 2) De acordo com o art. 110, §1º do CP, a prescrição retroativa somente pode ser reconhecida se houver sentença condenatória com trânsito em julgado.

Contra-argumento com base na ausência do interesse de agir: com base na solução proposta, o fundamento para o arquivamento com fulcro na insuficiência do tempo de julgamento sem que ocorra, ao final, a prescrição retroativa é a arguição de falta de interesse de agir, sendo, pois, uma forma legítima de findar um processo inútil sem violar a legalidade estrita. Dessa forma, o argumento nº 2 também estaria refutado, tendo em vista que não haverá denúncia oferecida nesses casos.

b) Teoria contrária da obrigatoriedade da ação penal

Argumento principal da teoria: Do mesmo modo que a polícia judiciária tem o dever legal de proceder às investigações, o Ministério Público tem o dever de oferecer a peça acusatória em caso de crime de ação penal pública.

Contra-argumento com base na ausência do interesse de agir: O princípio da obrigatoriedade da ação penal não é absoluto. Em qualquer que seja o ramo do Direito Processual em estudo, sempre haverá condições essenciais para inicia-lo.

No processo penal, são condições da ação a possibilidade jurídica, a legitimidade e o interesse de agir. Sendo assim o princípio da obrigatoriedade da ação penal **se sujeita previamente** ao atendimento dessas três condições fundamentais, caso sejam ausentes, o magistrado não deve receber a denúncia ou a defesa do réu pode facilmente arguir em sede de resposta escrita a inexistência dos pressupostos fundamentais ao desencadeamento do processo penal.

Novamente, é explícito a falta de interesse de agir num processo em que se tem certeza que não terá utilidade nenhuma em razão do tempo que custa a tramitá-lo.

Portanto, resumidamente, não havendo atendimento a todas as condições da ação, não há que se cogitar o seu oferecimento, muito menos sua obrigatoriedade.

c) Teoria contraria do Art. 384 do CPP, o instituto do *mutatio libelli*

Argumento principal da teoria: doutrinadores do Direito Processual Penal afirmam que especificamente na possibilidade de o *mutatio libelli* implicar em nova tipificação penal, somada à ausência de coisa julgada, alteraria o prazo prescricional do fato, prejudicando a ocorrência de prescrição virtual.

Contra-argumento com base na ausência do interesse de agir: de fato, a alteração fática descrita na ação penal pode alterar o prazo prescricional. Contudo, a ação penal, para tanto, já houvera sido intentada, demonstrando, pois, o atendimento à condição do interesse de agir do Ministério Público.

d) Teoria contrária da Súmula 438 do STJ e a verticalização da jurisprudência no processo brasileiro

Argumentos principais da teoria: 1) Súmula 438 do STJ: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. 2) Verticalização da jurisprudência em que os juízes e tribunais observarão, obrigatoriamente, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, de acordo com o art. 927, IV do CPC.

Contra-argumento com base na ausência do interesse de agir: por não atender umas das condições essenciais da ação penal e pelo arquivamento do inquérito policial não ser causa de extinção da punibilidade, a Súmula 438 do STJ “é **inadmissível** a **extinção da punibilidade** pela **prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética**, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (grifos nossos) **não estaria sendo descumprida** no caso de se argumentar a ausência de interesse de agir equivalente à essência da prescrição virtual.

Desse modo, a discussão nem mesmo chegaria ao descumprimento do art. 927, IV do CPC (argumento nº 2).

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, *Código de Processo Civil (2015)*. Brasília, DF: Senado, 2015

BRASIL. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?>

BRASIL. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*. 29 de novembro de 1832.

BRASIL. *Constituição Federal de 1998*. Art. 5º, XLII e XLV.

BRASIL. *Decreto nº 4.780 de 27 de dezembro de 1923*. 1923. Rio de Janeiro

BRASIL. *Justiça em números ano base 2018*. CNJ. <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

BRASIL. *Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal*. 1963. Brasília.

BRASIL. *Súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça*. 1999. Brasília.

BRASIL. *Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça*. 2010. Brasília-DF.

BRASIL. *Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal*. 1984. Brasília.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. P. 588. Vol 1. 21. Ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE OLIVEIRA, Leonardo Minari. *A Prescrição Penal Vista Sob o Panorama das Teorias do Delito*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-prescricao-penal-sob-o-panorama-das-teorias-do-delito/>.

DE OLIVEIRA, Leonardo Minari. *A prescrição penal sob o panorama das teorias do delito*.

DUARTE JÚNIOR, Alonso Pereira; SILVA, Eliane Sousa. *A prescrição virtual e suas controvérsias*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-prescricao-virtual-e-suas-controversias/>

FERREIRA, Laura Vogt. *A Prescrição Retroativa e a Lei 12.234 de 2010*. http://www.pucrs.br/direito/wp-Content/uploads/sites/11/2018/09/laura_ferreira.pdf.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. P. 833. Vol. 1. 18. Ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2016.

HC 30.368 SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 10 de agosto de 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Marabá: Acadêmica de Direito consegue prisão de estuproador 21 anos após o crime. CORREIO DE CARAJÁS. <https://correiodecarajas.com.br/maraba-Academica-de-direito-consegue-prisao-de-estuproador-21-anos-apos-o-crime/>.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método. 2017.

Não incluir coautores conhecidos extingue ação penal, diz 5ª Turma do STJ. CONJUR. Publicado em 22 de julho de 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-Jun-22/nao-inclusao-todos-coautores-extingue-acao-penal-stj>.

NAVES, Nílson Vital. *O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto*. <http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci*. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro parte geral*. Vol 1. 12 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2009

SANTOS, Túlio de Aguiar. *A prescrição em perspectiva e a economia processual*. <https://tulioaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/150895461/a-prescricao-em-perspectiva-e-a-economia-processual>

STF, HC 104998-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/12/2010

STF. RHC 83.437, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, julgado em 10/02/2004

STF. *RT 608/409*

STJ. *EDcl no HC 156.230/PE*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, julgado em 06/03/2012

STJ. *RHC 26.530/SC*, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 06/11/2011

TEIXEIRA, Michael Alex Souza. *A prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro uma das causas da impunidade*. Três Rios/RJ. 2016. [//www.itr.ufrj.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/t268.pdf](http://www.itr.ufrj.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/t268.pdf). 28 jan. 2020.

TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. *Do instituto da prescrição penal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. <https://jus.com.br/artigos/965>.