



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**HEBERT FRANÇA DE SANTANA**

**DO JULGAMENTO ANTECIPADO NO DIREITO PENAL**  
UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM  
PERSPECTIVA E SUA ACEITABILIDADE ENTRE OS MAGISTRADOS COM  
ATRIBUIÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE SALVADOR-BA

Salvador  
2018

**HEBERT FRANÇA DE SANTANA**

**DO JULGAMENTO ANTECIPADO NO DIREITO PENAL**

**UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM  
PERSPECTIVA E SUA ACEITABILIDADE ENTRE OS MAGISTRADOS COM  
ATRIBUIÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE SALVADOR-BA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em  
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal  
da Bahia, como requisito para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr<sup>a</sup> Alessandra Mascarenhas Prado

Salvador

2018

# **HEBERT FRANÇA DE SANTANA**

## **DO JULGAMENTO ANTECIPADO NO DIREITO PENAL**

**UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO  
EM PERSPECTIVA E SUA ACEITABILIDADE ENTRE OS MAGISTRADOS COM  
ATRIBUIÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE SALVADOR-BA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 17 de dezembro de 2018.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado  
Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA.  
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

---

2º Examinador: Prof. Fabiano Cavalcante Pimentel  
Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da UFBA.  
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

---

3º Examinador: Prof. Thaíze de Carvalho Correa  
Professora de Processo Penal da Faculdade de Direito da UFBA.  
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Este trabalho é dedicado a minha mãe, Marinêz, e à 8ª Vara Criminal da Comarca de Salvador-BA, ambiente no qual aprendi inigualáveis lições de vida, fornecendo-me terreno fértil para discussões sobre o Direito Penal e, em particular, a prescrição virtual.

## **AGRADECIMENTOS**

O ato de agradecimento é, genuinamente, a ação humana mais natural quando se é ajudado na realização de determinada empreitada. Com base nisso, a confecção deste trabalho é resultado da união de esforços realizada com amigos, familiares e profissionais do Direito.

Nesse sentido, agradeço a Deus pela realidade extraordinária da vida e por tornar-me um ser humano digno de suas bênçãos. Agradeço, também, a minha família pelos ensinamentos virtuosos e necessários para moldar minha existência.

Dirijo-me de forma muito especial à professora e orientadora Alessandra Prato que nesse período de orientação e durante as aulas em componente curricular Direito Penal III, proporcionou a quem com ela dialogou, ensinamentos para um Direito Penal mais humano e garantidor.

Não posso esquecer-me dos amigos que me estimularam e possibilitaram que conhecesse o verdadeiro significado da lealdade, companheirismo e solidariedade. Com vocês a realização deste trabalho tornou-se mais leve e feliz. Dessa maneira, agradeço a Ênyo, Daniel, Maria Helena, Leilane, Camilla, Yara, Thais, Laura, Carine, Nathália, Ximena, Gabriela, Carla, Amanda, Erika, pois, como sintetiza a cantora e intérprete da MPB baiana, Maria Bethânia “obrigado aos amigos que fiz e que mantem a coragem de gostar de mim, apesar de mim”.

Carinhosamente, agradeço a Dr<sup>a</sup> Jacqueline Andrade Campos, Paulo César Torres Côrtes Filho e Adriana Gomes Dórea pelos ensinamentos e lições de vida obtidos na 8<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de Salvador-BA.

Sísifo, foi condenado pelos deuses ao labor inútil, e nós, operadores do Direito?  
Cesar Eduardo Lavoura Romão

SANTANA, Hebert França de. **Do julgamento antecipado no direito penal: uma análise da necessidade do reconhecimento da prescrição em perspectiva e sua aceitabilidade entre os magistrados com atribuições criminais da Comarca de Salvador-Ba.** 90 p. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

O presente trabalho estuda a prescrição virtual como técnica extintiva da punibilidade do agente. Surgida a partir da busca de soluções empíricas para a realidade forense, o aludido instituto desemboca no cenário jurídico como meio de visionar um processo penal sob o signo da efetividade. Debate-se, nesse interim, o *jus puniendi* estatal, seus limites e modo de exercício com o fito de introduzir às modalidades prescricionais penais existentes no direito brasileiro, bem como trazer à baila as teorias que arregimentam a prescrição virtual. Discute-se tal modalidade prescribente associando-a aos princípios processuais penais, posto que o objetivo do presente estudo é avaliar se essa técnica processual é compatível com um processo penal garantidor. Fincada essas premissas, este trabalho de conclusão de curso realiza um estudo da presente temática a partir da sua aceitabilidade perante os magistrados com atribuições criminais na Comarca de Salvador-BA, associando teoria à prática, analisando, inclusive, sentenças nas quais a prescrição virtual foi decretada. Diante disso, é recomendável a revisão ou cancelamento da súmula 438 do STJ uma vez que a realidade criminal assim o exige.

**Palavras-chave:** prescrição virtual; efetividade pena; prescrição; *jus puniendi*.

SANTANA, Hebert França de. **On the early trial in criminal law**: an analysis of the need for recognition of prescription in perspective and its acceptability among magistrates with criminal duties in the Salvador-Ba region. 90 p. 2018. Monography (Graduation) - School of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

### **ABSTRACT**

The following research studies the virtual prescription as an extinction of the agent's criminal liability technique. Arising out of the search for empirical solutions to the forensic reality, the aforementioned institution ends up in the juridical scene as a means of viewing a criminal process under the sign of effectiveness. In this context, the State's *jus puniendi* is debated, its limits and its mode of exercise with the purpose of introducing the prescriptive modalities existing in Brazilian law, as well as bringing to light the theories that regulate virtual prescription. This prescribing modality is discussed, associating it with the criminal procedural principles, since the objective of this paper is to evaluate if this procedural technique is compatible with a guarantor criminal procedure. Based on these assumptions, this graduation monography conducts a study of the present theme based on its acceptability by magistrates with criminal attributions in the Region of Salvador-BA, associating theory with practice, analyzing, also, sentences in which the virtual prescription was decreed. Therefore, it is recommended to review or cancel the STJ's 438 precedent, since criminal reality so requires.

**Keywords:** virtual prescription, penalty effectiveness, *jus puniendi*.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 DO <i>JUS PUNIENDI</i> ESTATAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PRINCÍPIOS COMO LIMITES</b> .....	<b>14</b>
2.1 DEFINIÇÃO, TITULARIDADE E LEGITIMIDADE .....	15
2.2 MEIO DE EXERCÍCIO .....	17
2.3 LIMITES AO <i>JUS PUNIENDI</i> ESTATAL .....	19
<b>2.3.1 Princípio da humanidade</b> .....	<b>21</b>
<b>2.3.2 Princípio da legalidade</b> .....	<b>22</b>
<b>2.3.3 Princípio da intervenção mínima</b> .....	<b>25</b>
<b>2.3.4 Princípio da culpabilidade</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3.5 Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos</b> .....	<b>28</b>
2.4 DA PUNIBILIDADE E SUAS CAUSAS EXTINTIVAS .....	30
<b>3 PRESCRIÇÃO PENAL</b> .....	<b>32</b>
3.1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO .....	32
3.2 CONCEITO .....	33
3.3 NATUREZA JURÍDICA .....	34
3.4 TEORIAS JUSTIFICANTES PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO .....	36
<b>3.4.1 Teoria do esquecimento</b> .....	<b>37</b>
<b>3.4.2 Teoria da expiação moral</b> .....	<b>38</b>
<b>3.4.3 Teoria da emenda</b> .....	<b>40</b>
<b>3.4.3 Teoria psicológica</b> .....	<b>41</b>
3.5 PRESCRIÇÃO EM ESPÉCIE .....	42
<b>3.5.1 Prescrição da pretensão punitiva</b> .....	<b>42</b>
3.5.1.1 <i>Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita</i> .....	43
3.5.1.2 <i>Prescrição da pretensão punitiva retroativa</i> .....	43
3.5.1.3 <i>Prescrição da pretensão punitiva intercorrente</i> .....	45
3.5.1.4 <i>Prescrição da pretensão punitiva virtual</i> .....	46
<b>3.5.2 Prescrição da pretensão executória</b> .....	<b>46</b>
<b>4 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA</b> .....	<b>48</b>
4.1 CAUSAS DO PROLONGAMENTO DOS FEITOS .....	49

4.2 DO ARCABOUÇO TEÓRICO E PRÁTICO PELO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA.....	52
<b>4.2.1 Ausência de interesse de agir .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2.2 Constrangimento ilegal causado pela persecução penal .....</b>	<b>54</b>
<b>4.2.1 Economia processual.....</b>	<b>55</b>
<b>4.2.1 Duração razoável do processo.....</b>	<b>57</b>
4.3 DA PRETENSE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....	59
<b>4.3.1 Legalidade .....</b>	<b>59</b>
<b>4.3.2 Obrigatoriedade da ação penal.....</b>	<b>61</b>
<b>4.3.3 Do devido processo legal: do contraditório e da ampla defesa .....</b>	<b>63</b>
<b>3.3.1 Da presunção de inocência .....</b>	<b>65</b>
4.4 DA MUTATIO LIBELLI E À PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....	67
<b>5 PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA: ANÁLISE SUMULAR E PRÁTICA .....</b>	<b>70</b>
5.1 DA SÚMULA 438 DO STJ .....	70
5.2 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA: A COMARCA DE SALVADOR-BA .....	72
5.3 O ESTADO NÃO PODE SER JULGADOR DE PROCESSO INÚTEIS: SENTENÇAS PENAIS DE JÚZOS CRIMINAIS DA COMARCA DE SALVADOR.....	74
5.4 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA..	78
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da prescrição penal encontra-se indissociavelmente ligado ao decurso do tempo. Sempre se discutiu que o acusado não deve submeter-se ao jugo do Estado, legítimo titular do *jus puniendi, ad eternum*. Quem comete infração penal deve ser julgado por seu ilícito em razoável prazo de tempo, sob pena de violar seus direitos e garantias fundamentais.

No exercício do seu poder de punir, o Estado tem princípios que limitam esse mister, uma vez que assim o exige o regime democrático de Direito, isto é, regime pautado no respeito e garantia de direitos fundamentais. A liberdade humana é um desses direitos assegurados a todos os indivíduos constitucionalmente, sendo imperioso preservá-la. Contudo, quando necessário a repressão penal, esta não deve revestir-se de arbitrariedades e abusos.

O que se observa, entretanto, é que o sistema penal tem encontrado dificuldades de ser efetivo. As Varas Criminais encontram-se assoberbadas, com processos cuja instrução ainda não iniciou e outros tantos com a persecução travancada. Nessa sistemática de caos processual, a doutrina e jurisprudência têm buscado formas de resolução dessa problemática, sendo uma delas: a prescrição virtual.

A prescrição virtual nasce da realidade empírica, não havendo previsão legal que a regule. Sua construção permite inferir que uma pessoa processada não poderá ser sentenciada tendo em vista a falta de interesse de agir quando se verificar que eventual pena hipotética, à luz das circunstâncias do crime e condições do acusado, uma vez aplicada, restaria prescrita retroativamente.

Entretanto, embora a prescrição virtual seja uma solução encontrada na prática dos juízos criminais, respalda e fortalecida pela doutrina, é nessa mesma prática que ela encontra obstáculos para ser aplicada com argumentos de que tal prescrição fere princípios processuais penais. Por exemplo, diante da controvérsia gerada em torno da sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça emitiu uma Súmula sobre a matéria no sentido da sua inaplicabilidade, com fundamento na violação dos princípios da legalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal.

Porém, as decisões do Superior Tribunal de Justiça não são vinculantes. Dessa forma, cabe investigar qual a posição que prevalece no Poder Judiciário baiano, local em que o discente exerce sua atividade de estagiário, enquanto estudante de Direito.

Entretanto, a questão central do trabalho é a seguinte: quais os fundamentos jurídicos sobre a possibilidade de adoção da prescrição virtual que melhor se adequam ao Estado Democrático de Direito?

Considerando essa divergência de posicionamentos, o trabalho tem como objetivo analisar a compatibilização dos argumentos utilizados pelo STJ e pelo Tribunal de Justiça da Bahia em relação à adoção da prescrição virtual com o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Justifica a presente investigação o fato de que inúmeros processos desembocam, diuturnamente, nas varas criminais do País, mas nem todos conseguem, quando é o caso de condenação, produzir os efeitos esperados. O que se observa são diversos feitos que se prorrogam por anos, alimentando um crescente estoque de ações penais nos juízos com competência para julgá-las<sup>1</sup>.

Nessa seara, é latente a ideia de que a atividade exercida pelos atores judiciais deve circunscrever-se a processos que tenham sua pena, eventualmente imposta, passível de cumprimento, ou seja, busca-se atuar sobre processos frutíferos e não aos que já apresentam inócuos.

Para alcançar o objetivo proposto foi empregado inicialmente o método teórico-descritivo, a partir da leitura e análise de referências bibliográficas sobre o tema; e em seguida, foi aplicado o método de pesquisa documental explicativa – com base na análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça e de decisões do Poder Judiciário baiano (julgados de primeiro e de segundo graus). Vale anotar que a metodologia referenciada está adstrita a vertente jurídico-sociológica aludida por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, na qual observa-se o fenômeno

---

<sup>1</sup> O CNJ, no corrente ano, através do seu relatório Justiça em Números, traçou um diagnóstico do Poder Judiciário brasileiro. No que tange à Justiça criminal, ficou constatado que no ano de 2017 ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, desses 1,7 milhão na fase de conhecimento de 1º grau. Segundo o supracitado relatório “a Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,4% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,5%” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**. Brasília: CNJ, anual, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2018, p. 152).

jurídico em um ambiente considerado mais amplo, atentando-se para o fato de que o Direito deve estar alinhado a demandas e necessidades sociais<sup>2</sup>.

Assim, são analisadas as modalidades de prescrição penal existentes no direito brasileiro, debruçando-se sobre a virtual que é o recorte adotado no presente trabalho. Nessa perspectiva, busca-se trazer à baila as principais teorias e seus fundamentos que arregimenta a prescrição em perspectiva com o objetivo de demonstrar que o processo penal deve ser encarado como instrumento a ser utilizado quando a sanção criminal revelar-se efetiva.

Sobre esse prisma, propõe-se a análise acurada de diversos princípios de ordem constitucional e legal que são aventados pela doutrina para legitimar ou deslegitimar a prescrição virtual. Discorre-se sobre o interesse de agir; constrangimento causado pela persecução penal; economia processual; duração razoável do processo; legalidade; obrigatoriedade da ação penal; devido processo legal, ampla defesa e contraditório e presunção de inocência.

Em meio as constatações levantadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da prescrição virtual, analisa-se esta problemática à luz da sua aplicabilidade perante os magistrados com atribuições criminais na Comarca de Salvador-Ba. A referida pesquisa possui caráter exploratório, descritivo e explicativo e abordagem qualitativa. Neste estudo são consideradas as informações de 27 questionários aplicados em 27 Varas criminais.

O questionário é composto de uma pergunta, a saber: se o magistrado atuante na Vara aplica a prescrição virtual como técnica extintiva da punibilidade do agente. A finalidade deste instrumento é verificar se o preceito sumular de número 438 do STJ encontra guarida nas decisões emanadas pelos Juízes criminais de primeiro grau, na Comarca aludida. Posteriormente, analisa-se sentenças cuja prescrição virtual fora reconhecida, com o fito de verificar os seus argumentos e como se opera a análise prática pela sua incidência.

---

<sup>2</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Cib.). **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

## **2 DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PRINCÍPIOS COMO LIMITES**

Desde o nascedouro do Estado, nota-se que a este é dado o poder de julgar os que transgridem as normas jurídicas vigentes. Isso é verificável, à luz da teoria Rousseuniana do “contrato social”, no qual prega que o exercício do poder punitivo estatal é legitimado pelo povo a partir do momento que optaram abrir mão das liberdades individuais visando-se o bem estar coletivo.

Com efeito, segundo Miguel Reale Júnior “O Estado soberano caracteriza-se pela imposição de suas decisões em prol do interesse geral, e esse poder de decidir afirma-se e consolida-se no dizer e aplicar o direito <sup>3</sup>”. Adverte ainda o Constitucionalista que “o Estado, de conseguinte, assegura a positividade do seu Direito e dá validade aos ordenamentos internos, decidindo soberanamente sobre a ordem jurídica vigente<sup>4</sup>”.

Nessa seara, conforme José Frederico Marques, têm-se que o exercício do direito de punir pelo Estado se revela através do Direito Penal, calcado em um “conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplina também, outras relações daí derivadas, para estabelecer (...) a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado<sup>5</sup>”.

Com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, verifica-se a necessária adoção do princípio da legalidade como legitimador das condutas tomadas no âmbito estatal. Não foge a essa premissa a interpretação e aplicação do Direito Penal, posto que esse, essencialmente, tutela a harmonia no convívio social, sendo que isso se dá mediante a tipificação de fatos revestidos de intolerância social. Partindo-se desse preceito, tal premissa é consignada como sendo o Direito Penal objetivo.

Contudo, é preciso advertir que a justiça penal não se encerra no Direito Penal objetivo, porquanto esta também depende, segundo Cleverson Tuoto Benthien “do poder fático decorrente da soberania estatal, característica marcante do Direito Penal

---

<sup>3</sup> REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v 1, p. 14.

<sup>4</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>5</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v 1, p. 27.

subjetivo<sup>6</sup>”. Prossegue ainda o multicitado autor advertindo que “é válido dizer que a manifestação do exercício da justiça penal deriva substancialmente do poder soberano que detém o Estado<sup>7</sup>”.

Nota-se, portanto, que a própria existência e continuidade do organismo social está circunscrito ao exercício da justiça penal que nada mais é que uma faceta do poder soberano titularizado pelo Estado<sup>8</sup>. Pode-se concluir, nessa perspectiva, que o Direito Penal subjetivo, que fundamenta o direito de punir do Estado enquanto manifestação do seu poder de império, encontra limites no Direito Penal objetivo<sup>9</sup>.

## 2.1 DEFINIÇÃO, TITULARIDADE E LEGITIMIDADE

A tarefa de definição do jus puniendi estatal não é simplista, uma vez que tal temática reveste-se de contrariedades e polêmicas. Ao discorrer sobre o instituto em tela, Cesar Beccaria alerta que “(...) só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível (...)”<sup>10</sup>. Continua o expoente do iluminismo penal aludindo que “o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir [o que] se afasta dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”<sup>11</sup>.

Depreende-se, dessa forma, à luz da concepção de Beccaria, que o direito de punir está associado a ideia de busca do bem comum, mas isso somente se concretiza a partir do momento em que os indivíduos cedem parcela de sua liberdade. É possível constatar, ainda, que o exercício de direito de punir pode se tornar ilegítimo e usurpador acaso seja ele exercido com abusividade.

A problemática do jus puniendi é tema que preocupa a doutrina penal, em virtude do fato de que ora uma corrente o associa a teoria da pena, ora o aloca como

---

<sup>6</sup> BENTHIEN, Cleverson Tuoto. **O poder punitivo frente ao Estado Democrático de Direito**. 2008. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR, Curitiba, 2008, p. 30.

<sup>7</sup> Ibidem.. loc cit.

<sup>8</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. T. 1, p. 34.

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v 4, p. 42.

<sup>10</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956, p. 33.

<sup>11</sup> Ibidem., loc cit.

mera representação do Direito Objetivo.

Fernando da Costa Tourinho Filho tece considerações no sentido de que o *jus puniendi* possui uma faceta tanto abstrata quanto concreta. A primeira se manifesta através do Poder Legislativo no qual ao elaborar as leis penais já se prevê a pena aplicada para as diversas condutas tipificadas como crime, impondo ao particular, portanto, a abstenção de realizar a conduta criminosa. Ao revés, se o indivíduo descumprir a norma penal e opta por infringir o preceito proibitivo penal, o *jus puniendi* que era visionado apenas no plano abstrato, passa a ser considerado concreto, diante do fato de que ao Estado é conferida a legitimidade da pretensão punitiva e a consequente aplicação da pena<sup>12</sup>.

Em estudo sobre o magistério de Von Liszt, Tourinho Filho nos esclarece que o *jus puniendi*, analisado sob o prisma de direito subjetivo do Estado, se divide em três momentos distintos, a saber: ameaça de pena; aplicação da pena e execução da pena. A primeira concepção se associa a ideia de coerção psicológica, já que o Estado, por meio da lei, ameaça com uma pena, acaso o indivíduo realize determinada conduta. Essa concepção se associa a ideia de *jus puniendi* abstrato, definido pelo próprio Tourinho Filho. O segundo momento refere-se a aplicação da pena. Nessa passo, o Estado, através do órgão competente, apura o fato que em tese configuraria o ilícito penal, em virtude da pretensão punitiva. Por fim, a execução da pena seria analisando quando já se encerra a pretensão punitiva<sup>13</sup>.

A análise histórica do *jus puniendi*, permite inferir que, ao longo da história, diversas instituições detiveram entre suas prerrogativas, o poder de punir. Exemplificam tal assertiva, que os senhores feudais e a Igreja promoveram diversos atos de atribuições de pena aos particulares. Atualmente, entretanto, não se concebe outro titular para o *jus puniendi* que não o Estado, que detém, exclusivamente, essa prerrogativa. Assim, conforme Cleverson Tuoto Benthien "(...) a passagem do Direito Penal da fase privada para a fase pública foi o ponto determinante para o estabelecimento lógico-jurídico do Estado como titular do poder punitivo<sup>14</sup>".

---

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v 1, p. 10.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v 2, p. 465.

<sup>14</sup> BENTHIEN, Cleverson Tuoto. **O poder punitivo frente ao Estado Democrático de Direito**. 2008. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR, Curitiba, 2008, p. 33.



No mesmo sentido, disserta Rogério Zeidan ser inconcebível que o *ius puniendi* tenha titular distinto do Estado. Para o autor, “o processo histórico de aparição da pena pública e o de consolidação do recurso da coação física corroboram com a ideia de que a potestade punitiva é intransmissível, indelegável<sup>15</sup>”. Conclui Zeidan, ainda, ser o *ius puniendi* “insuscetível de ser compartilhado por uma pluralidade de titulares<sup>16</sup>”.

Ultrapassada as premissas teóricas referente ao conceito e titularidade do *ius puniendi* e considerando a indiscutível prerrogativa estatal nesse mister, é preciso que se discuta a respeito da sua legitimidade. Nesse interim, tendo como escopo a doutrina contratualista, verifica-se que o poder punitivo do Estado é resultante de um pacto social no qual se acordou a transferência de poder a este. Miguel Reale Júnior trata do assunto demonstrando que “LOCKE tentou explicar que o Estado estaria justificado a punir, pois o homem, no estado de natureza, tem o poder de castigar, mas dele abre mão ao entrar em sociedade depositando-o junto ao Poder Legislativo (...)”<sup>17</sup>. No que tange ao “contratualismo de ROSSEAU, os homens saem de do seu estado de natureza e por um pacto constituem a sociedade, passando a viver em um estado de sociedade. (...). Assim, perde-se a liberdade natural, ganha-se a liberdade civil (...)”<sup>18</sup>. Conclui Reale que os homens cedem parcela de sua liberdade, na limite do que é verdadeiramente imprescindível, sendo, por isso, que “só o legislador pode, por representar a sociedade ligada por um contrato social, estabelecer as leis penais<sup>19</sup>”.

É perceptível, dessa maneira, que a legitimidade de punir pelo Estado também encontra fonte na existência de um pacto social. Isso se dá, tendo em vista o dever estatal de proporcionar segurança pública e privada. Uma das formas pela qual esse intento pode ser alcançado é através da ameaça penal, mas é preciso consignar que o Direito Penal possui limitado papel na prevenção do crime, pois o efeito intimidativo da pena ainda não se está efetivamente demonstrado<sup>20</sup>.

## 2.2 MEIO DE EXERCÍCIO

---

<sup>15</sup> ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52/53.

<sup>16</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>17</sup> REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1 v, p. 14

<sup>18</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>19</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>20</sup> FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 54.

A indagação a ser realizada, no presente momento, é como o Estado pode efetivar o seu *jus puniendi* imputando ao inculpado a correspondente sanção criminal?

Ocorrida a infração penal, detém o Estado a legitimidade de punir o infrator, estando presente os requisitos para tanto. Busca-se, através da persecução penal, aplicar, eventualmente, o constante no preceito secundário do tipo penal incriminador, em desfavor de quem realizou a conduta omissiva ou comissiva prevista no preceito primário.

O *Jus puniendi* tem seu exercício realizado de forma coativa pelo Estado já que a este é conferido o uso legítimo da força. Vale frisar, entretanto, que esse poder punitivo estatal deve estar em conformidade com os ditames de um Estado Constitucional de Direito, assegurador de direitos e garantias fundamentais, tendo como escopo a legalidade dos atos praticados.

Para o exercício do *Jus puniendi* estatal, a persecução penal deve ter como plano de fundo o devido processo legal, de forma que o processado tenha garantido acesso à justiça, juiz natural, plenitude de defesa e todos os recursos a ela inerentes, atos processuais motivados e, em caso de superveniência de um édito condenatório, seja esta executada de forma legal e sob o crivo judicial<sup>21</sup>.

Aury Lopes Júnior é enfático ao dissertar que “o Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente<sup>22</sup>.” Nota-se, portanto, que o ato de aplicar a pena, necessita de dois requisitos que lhe são antecedentes: a ocorrência do evento que se subsuma ao tipo penal descrito na legislação e, também, a realização de um devido processo penal que assegure todos as prerrogativas que lhe são anexas. Prossegue Lopes Júnior discorrendo que “a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo<sup>23</sup>”.

Dessa maneira, tendo como base os postulados da dignidade humana e à liberdade individual, o Estado tem obrigação de seguir os preceitos determinados em

---

<sup>21</sup> GOMES, Abel Fernandes *et al.* **Persecução Penal e devido processo legal no Brasil e na common law traditon-** Análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 9.

<sup>22</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2.

<sup>23</sup> *Ibidem.*, loc. cit.

sede de um processo penal democrático: *nullum crimen nulla poena sine lege, nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio*. Depreende-se, assim, que as leis editadas no âmbito da atividade legiferante, bem como a existência de um processo penal e de um órgão jurisdicional para conduzir o feito formam um conjunto necessário para o exercício da persecução penal oriunda do jus puniendi estatal<sup>24</sup>. Por isso, conclui Aury, que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena<sup>25</sup>.”

Com isso, estão lançadas as bases para um processo penal democrático no qual se efetive o jus puniendi estatal, tendo como base a garantia de que o Estado não se afastará da promoção da segurança dos indivíduos visionando à tranquilidade social, sem, contudo, observar todo o trâmite processual em absoluto resguardo dos direitos e garantias do acusado<sup>26</sup>.

### 2.3 LIMITES AO JUS PUNIENDI ESTATAL

A temática referente ao poder de punir do Estado revela-se de crucial importância diante do estudo dos seus próprios limites. Na visão de Claus Roxin, a própria finalidade do Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal fundamenta o poder de punir do Estado. Têm-se que no Estado Democrático de Direito não se pode conceber nenhum poder que se revista sob a forma absoluta e/ou ilimitada<sup>27</sup>.

Durante toda a história do constitucionalismo mundial, sempre foi objeto de

<sup>24</sup>24 Nesse sentido, são os incisos do artigo 5º da Constituição Federal: “XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina”; “XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e, finalmente, “LIV -ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>25</sup>25 LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2

<sup>26</sup>26 Na verdade, esse intento é o grande dilema do processo penal na modernidade, constituindo um verdadeiro desafio nas instâncias criminais brasileiras. Renato Brasileiro de Lima traz uma importante reflexão sobre a temática: “Há de se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade. É dentro desse dilema existencial do processo penal – efetividade da coerção penal versus observância dos direitos fundamentais – que se buscará um ponto de equilíbrio no processo penal, pois somente assim serão evitados os extremos do hipergarantismo e de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou o Direito Penal da Lei e da Ordem”( LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 44)

<sup>27</sup>27 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

preocupação a busca de formas que limitassem o avanço da criminalidade nas relações sociais, sem, contudo, extirpar direitos e garantias fundamentais de quem são titulares todos os indivíduos.

Na linha do pensamento de Michel Foucault, “é preciso punir exatamente o suficiente para impedir<sup>28</sup>”. Denota-se, nessa perspectiva, que o jus puniendi estatal não se manifesta de maneira ilimitada, posto que, na sua aplicação no plano fático, deve observar uma gama variada de princípios. Diante disso, é preciso constatar que, na linha do pensamento de Sebastian Borges de Albuquerque Mello, é com base nos princípios que a interpretação das normas penais deve ser realizada, pois estes além de desempenharem função hermenêutica e sistemática, tem, em seu âmago, uma função prospectiva, já que permite que o conteúdo que lhe é ínsito possa ser interpretado de uma forma evolutiva<sup>29</sup>. Adverte, porém, Claus Roxin<sup>30</sup>, que é bastante controvertida a temática em exame, encontrando-se variada literatura a respeito de quais princípios<sup>31 32</sup> serviriam como base para limitar a faculdade estatal de punir.

Convém mencionar os mais relevantes, a nosso Juízo, sem, contudo, excluir a importância dos demais<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20 Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.79.

<sup>29</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal**: Sistemas, Códigos e Microsistemas. Curitiba: Ed. Juruá, 2004, p. 103.

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

<sup>31</sup> Paulo Cesar Busato e Sandro Montes Huapaya, analisando a temática dos princípios que limitam o ius puniendi estatal, dissertam que a doutrina majoritária traz diversos princípios de caráter penal e processual que realizam essa função limitativa. Para os autores, esses diversos princípios garantem a existência de uma menor violência ocasionando a deslegitimação do exercício punitivo do Estado. (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 121).

<sup>32</sup> Pertinente é a observação realizada por Sebastián Borges de Albuquerque Mello ao afirmar que “um princípio não é mera tertúlia acadêmica, nem refúgio de descontentes com a lei. É, na verdade, a prima ratio, a primeira concretização normativa de um valor, é um fundamento das regras, com força prospectiva, revelando o conteúdo e o limite das demais normas, como seus alicerces” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Fraude para Recebimento do valor do Seguro em face dos Princípios da Dignidade, Lesividade e Intervenção Mínima. In: Gamil Foppel (Org.). **Novos desafios do Direito Penal no terceiro Milênio** – Estudos em homenagem ao professor Fernando Santana. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008, p. 868.)

<sup>33</sup> A posição de Nilo Batista se adequa a nossa, pois o autor elenca os cinco princípios penais fundamentais: “Em nossa opinião, são cinco os princípios básicos do direito penal: 1. Princípio da legalidade (ou da reserva legal ou da intervenção legalizada); 2. princípio da intervenção mínima; 3.princípio da lesividade; 4. princípio da humanidade; 5. Princípio da culpabilidade.” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 64). No presente capítulo serão abordados os princípios da seara penal, uma vez que os de caráter processual penal serão analisados no terceiro capítulo deste trabalho manográfico.

### 2.3.1 Princípio da humanidade

O princípio penal da humanidade cujas bases remonta o programa iluminista, é resultado básico do princípio da dignidade da pessoa humana, norte primordial de todo o ordenamento jurídico. Titularizado por todos os indivíduos, a dignidade humana fundamenta a existência de uma variada gama de direitos fundamentais que garantem a autodeterminação da própria existência enquanto ser, impedindo que o Estado, indevidamente, insira-se na vida particular dos civis a seu bel prazer.

Na sugestiva lição do festejado processualista civil Fredie Didier Júnior a dignidade da pessoa humana “pode ser considerado um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais previstos ou não no texto constitucional<sup>34</sup>”. A partir dessa noção é assente a ideia de que a pessoa humana passa a ter direitos, garantias e liberdades que devem ser respeitadas pelo Estado. Isso significa, como pondera Luiz Regis Prado, que a noção de dignidade está associada ao desenvolvimento livre e pleno do indivíduo, devendo o Estado abster-se de praticar atos lesivos e, por outro lado, propiciar a efetividade de direitos fundamentais<sup>35</sup>.

A eficácia irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana faz com que esse postulado fundamental tão característico do Estado Democrático de Direito se espraia para todo o ordenamento jurídico. Portanto, sob a ótica do Direito penal, o princípio da humanidade é associado a um limite estatal negativo, uma vez que não é dado ao Estado impor a existência de determinadas formas de sanções penais que se afigurem cruéis ou que reduza o sujeito a tratamento desumano ou degradante violando a sua dignidade. Mas, conforme Sebastián Borges de Albuquerque Melo, o princípio da humanidade também deve ser pensando como “imposição de limites em preceitos penais incriminadores de condutas que são apenas e tão-somente reveladoras de uma condição humana indigna, ainda que no processo de

---

<sup>34</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 76.

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1 a 120. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v 1, p. 144.

criminalização primária, através da lei<sup>36</sup>”.

Nesse interim, o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de força motriz para a existência do princípio da humanidade limita o jus puniendi estatal a partir da lógica da aplicabilidade da eficácia vertical dos direitos fundamentais que possui como escopo a regulação do Estado com o indivíduo. Assim, impossível cominar penas que denigram a pessoa em sua condição existencial mais íntima que é a sua dignidade. Eugênio Raul Zaffaroni é enfático ao assinalar que o princípio da humanidade “é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, (...), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito<sup>37</sup>”.

### 2.3.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, constitui a principal limitação ao poder punitivo do Estado. Tal princípio delimita os contornos da atuação estatal, uma vez que, conforme alude Cesar Roberto Bitencourt, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente<sup>38</sup>”.

O referido princípio de fundo constitucional tem sua origem bastante controvertida, pois são levantadas fontes diversas para a seu nascedouro. No entanto, é assente, para boa parte da doutrina, que o movimento político social que resultou na proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, figura como a maior expressão textual do princípio da legalidade.

Antônio Coêlho Soares Júnior, demonstra que o fundamento do princípio da legalidade está associado ao anseio de se fixar, no plano social, regras que fossem

---

<sup>36</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Fraude para Recebimento do valor do Seguro em face dos Princípios da Dignidade, Lesividade e Intervenção Mínima. In: Gamil Foppel (Org.). **Novos desafios do Direito Penal no terceiro Milênio** – Estudos em homenagem ao professor Fernando Santana. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008, p. 871.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 177.

<sup>38</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v 1, p. 53.

expressas e válidas visando proteger os civis de arbitrariedades e imprevisibilidades dos que conduzem a coisa pública, com o fito de afastar “a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a parcialidade, tão comuns nas comunidades em que o poder absoluto prevalece e a vontade pessoal do soberano identifica-se com o próprio direito (...)”<sup>39</sup>.

Hodiernamente tem-se verificado que a legalidade se desdobra em diversos postulados que buscam garantir sua função precípua que é a de proteção individual face o poder de punir do Estado. Nesse sentido, advoga João José Leal que “a adoção do princípio de legalidade impõe certos limites ao poder estatal de tipificar condutas ilícitas, cominar penas criminais e sancionar o infrator da lei penal<sup>40</sup>”. Fincada essa premissa, continua o doutrinador afirmando que fora do escopo legal, “o Estado não pode intervir para reprimir sob qualquer que seja o fundamento político-criminal, condutas humanas que não tenham recebido, com a devida anterioridade, a marca da incriminação legal<sup>41</sup>”. Conclui Leal aduzindo para o fato de que a doutrina entende que, “do princípio da legalidade, emergem regras político-jurídicas inafastáveis em matéria criminal, que podem ser resumidas na seguinte proposição: não há crime, nem pena sem lei anterior, escrita, estrita e certa<sup>42</sup>”.

Desse modo, da legalidade se extrai consequências necessárias, tais como a necessária anterioridade da lei penal e a conseqüente proibição de retroatividade da lei penal que busque agravar o jus puniendi; impossibilidade de utilizar-se dos costumes como fonte de justificação para tipificação de práticas criminosas; proibição de utilização da analogia na seara das normas incriminadoras e, por fim, é vedado normas penais que utilizem linguagem vaga, ambígua e/ou indeterminada<sup>43</sup>.

A partir dessa ideia, é preciso consignar os preceitos gerais sobre os postulados retromencionados.

O princípio da anterioridade da lei penal assegura que no Direito Penal não é concebível punir senão por ato expressamente previsto em lei anterior como criminoso.

---

<sup>39</sup> SOARES JUNIOR, Antonio Coelho. **O princípio da Legalidade penal**: o que se fala e o que se cala. 2002. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina, 2002, p. 16.

<sup>40</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 99.

<sup>41</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>42</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>43</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

A lei criminal, portanto, para ser efetiva precisa estar jungida ao devido processo constitucional, devendo esta ser promulgada e publicada revestindo-se dos devidos atributos de validade para a sua posterior incidência no plano fático. Como consequência básica, é assente a impossibilidade de se retroagir, buscando a aplicação de lei mais severa para a situação recriminada. Assim, João José Leal corrobora o quanto aludido, ao dissertar que conjuntamente com a garantia da anterioridade se encontra o dever de respeitar inquestionavelmente à regra da irretroatividade da lei penal mais severa, “que só tem eficácia para reprimir os fatos típicos cometidos a partir de sua vigência e à consequente eficácia retroativa da lei penal mais favorável<sup>44</sup>”.

No tocante a proibição de crimes tendo como escopo os costumes, traduz-se o corolário de que estes não constituem fonte idônea a ensejar a tipificação de crimes e cominação de penas.

Francisco de Assis Toledo, admite, restritivamente, que quando se fala em somente lei pode originar crimes e consequentes penas, em verdade, tratar-se-ia exclusivamente de lei em sentido estrito, o que excluiria as figuras constitucionais conhecidas como decreto-lei e as medidas provisórias<sup>45</sup>.

É preciso advertir, entretanto, na linha do que expõe o citado autor, que o direito consuetudinário não encontra-se totalmente desconectado da seara penal. Isso em virtude do fato de que o direito costumeiro tem “grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal<sup>46</sup>”. Prossegue o Assis Toledo aduzindo que “nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato<sup>47</sup>”. Nota-se, por isso, que a necessária adoção da lei escrita em matéria penal não nega a existência e importância dos costumes como fonte necessária para operacionalizar o sistema penal.

Cabe anotar, também, que outra manifestação do princípio da legalidade reverbera-se sobre a proibição da aplicação da analogia para criar crimes, bem como

---

<sup>44</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 99.

<sup>45</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23/24

<sup>46</sup>Ibidem., loc cit

<sup>47</sup>Ibidem., loc cit.



fundamentar ou agravar penas. A análise da utilização da analogia nos sistemas penais remonta à Idade Média quando havia a predominância da utilização do direito consuetudinário e interpretação arbitrária pelos magistrados e atuação tirana dos monarcas. A falta de legalidade imperava naquela sociedade, de sorte que a técnica analógica criava delitos e penas.

No que se refere a proibição de incriminações que sejam vagas e indeterminadas, avulta notar que os tipos penais não devem padecer de ambiguidade, nem serem genéricos e conterem redações vagas. Os destinatários devem possuir certeza do que esteja sendo objeto de proibição. Nesse raciocínio, pode-se asseverar, ainda, que para a correta prevenção e repressão de condutas voltadas para o crime, a lei penal deve ser entendível para cumprir a sua função pedagógica. Francisco de Assis Toledo comenta que “para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas<sup>48</sup>”. Mas, constata Toledo, após traçar um diagnóstico sobre a matéria, comunicando que “o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecido presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica<sup>49</sup>”.

### 2.3.3 Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal, em sua essência, não socorre todos os problemas existentes no campo da vida. Ao revés, tal seara do Direito tem sua incidência voltada a proteger valores que se revistam de elevada relevância à ordem social. Assim é o pensamento de Paulo Queiroz ao sinalizar que “o Direito penal não é uma exigência natural, moral, divina ou transcendental de qualquer tipo; é, isto sim, uma opção política com vistas a assegurar a preservação de determinados interesses vitais<sup>50</sup>”

A questão atinente a matéria em exame tem suas bases assentadas no iluminismo, tendo em vista que os cidadãos, mediante um contrato social, transferem

---

<sup>48</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

<sup>49</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>50</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.116.

parte de sua liberdade individual para o Estado com o fito que este garanta uma convivência harmoniosa, mas, levando-se em conta um critério obstativo, a saber: a pena só encontrará espaço para ser cominada quando a convivência pacífica não for possível de ser estabelecida de maneira menos gravosa<sup>51</sup>.

Ocorre que, em que pese o princípio da intervenção mínima estar textualmente expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão relacionando-se às ideias iluministas de redução de leis penais, na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal Brasileiro, o aludido princípio é implícito, mas, para Everardo da Cunha Luna, é um princípio imanente, “por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático<sup>52</sup>”.

O princípio da intervenção mínima assinala que é indispensável tutelar penalmente as violações mais graves aos bens jurídicos de fundo constitucional. Na lição de Cesar Bitencourt “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais<sup>53</sup>”. Se deflui, portanto, que a tutela penal é a última trincheira na qual o Estado deve se socorrer para punir o comportamento desviante ou conflitivo, sob pena de, acaso não seguir esse preceito, banalizar o Direito Penal tornando-o uma extensão qualquer da vida social.

A luz do quanto exposto, verifica-se que, conforme o pensamento esposado por Luis Regis Prado<sup>54</sup>, o princípio da fragmentariedade serve de base para orientação de Política Criminal que restringe o jus puniendi estatal e tem seus fundamentos na concepção de Estado de Direito. Nessa mesma linha, Fernando Galvão pontua que o princípio da intervenção mínima “é a expressão do axioma da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que determina não ser possível a incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal<sup>55</sup>”.

Assim, mediante o estudo do princípio da intervenção mínima, tem-se verificado

---

<sup>51</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32/33.

<sup>52</sup> CUNHA LUNA, Everardo. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 30.

<sup>53</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v 1, p. 56.

<sup>54</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20

<sup>55</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal** - parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 90.

que seus pressupostos limitam o atuar estatal no sentido de que somente o Estado pode intervir, por meio de um processo criminal e de aplicação de pena, quando a conduta praticada for relevante na salvaguarda de bens jurídicos constitucionais. Contudo, o caráter de *última ratio* penal, hodiernamente, tem sofrido uma completa deturpação pelos legisladores brasileiros. Isso se manifesta por meio da criação de tipos penais variados com a pretensa intensão de tutelar os mais variados bem jurídicos, incorrendo em um claro equívoco, afinal a excessiva sanção criminal não é certeza de redução da criminalidade e, por consequência, proteção de bens jurídicos. Na verdade, conforme Maurício Antônio Ribeiro Lopes, tipificar excessivamente condutas “condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa<sup>56</sup>”.

#### 2.3.4 Princípio da culpabilidade

A palavra culpabilidade é originária do vocábulo culpa, e, muitas vezes são usadas como sinônimos. No cotidiano, o termo culpa é usado como forma de demonstrar que alguém praticou determinado fato que é condenável. Quando traspõe-se o seu conteúdo para a esfera jurídica, verifica-se que o seu significado não se dissocia muito daquele comumente verificado nas relações sociais<sup>57</sup>.

No presente trabalho, a análise do princípio da culpabilidade não será realizada a partir teoria dogmática do delito, mas, tendo como pressuposto o limite material ao *jus puniendi* estatal. De antemão, todavia, é praticamente impossível reduzir a culpabilidade a uma única opção, pois diversas são as facetas da culpabilidade que funcionam como alicerce para o entendimento dos limites do *jus puniendi* estatal.

O princípio da culpabilidade é de fundamental importância para estabelecer limites ao poder punitivo do estado porque suas bases se aplicam tanto no momento da persecução penal, para aferir a materialidade e a autoria do delito, quanto na fixação da pena. Nesse sentido, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho asseveram que “instrumentalmente, a culpabilidade, além de ser o fundamento da imputação do delito e da aplicação da sanção criminal, adquire importância inegável

---

<sup>56</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v 3, p.73

<sup>57</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

como critério de dosimetria da pena<sup>58</sup>”.

Nessa perspectiva, é pacífico o entendimento de que a culpabilidade do sujeito deve servir como norte para a aplicação da pena. Conforme discorre Luiz Regis Prado, o postulado segundo o qual não há pena sem culpabilidade e de que a pena deve estar adstrita a exata medida da culpabilidade é demonstração de que a existência da justiça material que delimita a responsabilidade penal é peculiar ao Estado democrático de Direito e, em sendo assim, a culpabilidade deve ser fundamento bem como limite de toda a pena<sup>59</sup>.

É notório, portanto, o nítido impacto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na análise da culpabilidade, pois o respeito a pessoa humana circuncreve-se a ideia de ser responsabilizado pelo ato criminoso que praticou e na sua exata medida, evitando-se excessos e abusos, por isso, como pressuposto da dignidade da pessoa humana, a culpabilidade tem íntima relação com o princípio da igualdade e ao princípio não textualmente expresso da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção.

A análise do princípio da culpabilidade visa, assim, impedir que as penas sejam impostas com base em critérios físicos, mentais que determinados sujeitos possuem. Em verdade, a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo autor do fato é o termômetro necessário para a imposição de sanção criminal na sua justa medida. Precisa é a lição de Ulisses Gomes Guimarães para quem o dito princípio “visa coibir a responsabilidade objetiva e a responsabilização pela simples produção do resultado e a aplicação da pena pelo fato e não pelo autor do fato<sup>60</sup>”.

### 2.3.5 Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos

O princípio penal da lesividade, ofensividade ou exclusiva proteção dos bens jurídicos condiciona a existência de um crime a condutas que sejam consideradas

---

<sup>58</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 38.

<sup>59</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1 a 120. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v 1, p. 145/146.

<sup>60</sup> ARAUJO, Ulisses Gomes. **Culpabilidade como princípio do direito penal e como elemento do delito**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12259](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12259)>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

danosas e prejudiquem bem jurídicos alheios. Dessa forma, as bases do princípio da lesividade está relacionada com a própria atuação do Direito Penal em um Estado que se revele Democrático de Direito, visto que não se pode pretender recriminar penalmente qualquer conduta perpetrada pelos indivíduos, senão àquelas que sejam nocivas e coloquem em risco a vida comunitária lesionando ou ameaçando de lesionar bens jurídicos. Assim, conforme preceitua Luigi Ferrajoli a lesividade é “uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas<sup>61</sup>”.

Luiz Flávio Gomes bem assinala que o princípio da lesividade, no âmbito penal, possui dupla destinação. Inicialmente é direcionado aos legisladores, em uma função de política-criminal e, posteriormente, orienta os Juízes na atividade de interpretação. O referido autor considera que enquanto direcionado ao legislador, o princípio da lesividade se revela como limite ao jus puniendi estatal e, por sua vez, quando analisado sob a ótica do juiz, constitui limite ao Direito Penal<sup>62</sup>.

Idêntica é a conclusão de Cezar Roberto Bitencourt ao trazer à baila que o princípio da lesividade, no Direito Penal, irradia seus reflexos sobre dois planos visando “no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, e, no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido<sup>63</sup>”.

Não se pode deixar de pontuar que o princípio da lesividade possui íntima relação com os princípios da legalidade, da Dignidade da Pessoa Humana e da humanidade. Pois bem, a partir da ideia de que o Estado-Juiz só pode punir condutas que afetem bem jurídicos alheios que sejam socialmente relevantes, denota nosso poder de autodeterminar-se nas relações sociais, exercendo nossas próprias escolhas e realizando nossa dimensão social enquanto ser dotado de dignidade humana, sabendo, de antemão, que condutas imorais, pecaminosas e de autolesão, por exemplo, não legitimam o atuar estatal.

---

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 438.

<sup>62</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

<sup>63</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v 1, p. 65.

É preciso registrar, também, que Juarez Cirino dos Santos aproxima a ideia de lesividade ao de insignificância, asseverando que é vedado cominar, aplicar e executar penas em hipóteses nas quais há nítida insignificância nos bens jurídicos envolvidos. Partindo desse pressuposto, o aludido penalista considera que a análise da lesividade deve ter por base um critério quantitativo e outro qualitativo, sendo que, com relação ao primeiro deve-se analisar a natureza do bem jurídico lesionado e, sob o escopo quantitativo, observa-se a extensão da lesão do bem jurídico<sup>64</sup>.

É possível, assim, concluir que o princípio da lesividade constitui verdadeira limitação ao jus puniendi estatal, pois tal postulado arrima-se na ideia de que o Estado deve tolerar penalmente toda conduta que não lesione bem jurídicos alheios relevantes, uma vez que não é dado ao Direito Penal socorrer todos os litígios da vida em sociedade, mas, somente àquelas situações capitais ao convívio social.

#### 2.4 DA PUNIBILIDADE E SUAS CAUSAS EXTINTIVAS<sup>65</sup>

Como se expos anteriormente, o Estado tem a prerrogativa de punir quando há transgressão de norma jurídica fixada previamente. Dispõe Porto “violado o preceito, passa a ter o Estado, em relação ao autor do fato violador, o direito de punir (jus puniendi), direito subjetivo e público e de exercício autolimitado pelo próprio Estado<sup>66</sup>”.

Na tarefa de definição dos bens jurídicos objetos de tutela penal, o Estado promove uma decisão de cunho eminentemente político<sup>67</sup>. É necessário ressaltar, entretanto, que assim como nasce a pretensão punitiva do Estado em punir o infrator que não respeitou o preceito proibitivo do comando legal, ele também opta por antever diversas situações cuja ocorrência levam, inevitavelmente, a impossibilidade de prosseguimento no direito de punir. Tais fatos, à luz do Código Penal Brasileiro, são

---

<sup>64</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 25.

<sup>65</sup> No presente trabalho, não serão analisadas individualmente as causas extintivas da punibilidade, em razão do recorte adotado.

<sup>66</sup> PORTO, Hermínio Alberto M. **Júri**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 1.

<sup>67</sup> Conforme o magistério de Zafaroni e Pierangeli, a norma penal encontra razão de ser em uma decisão política que “leva a sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva” (ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133).

conhecidas como “causas extintivas da punibilidade”<sup>68</sup>.

A punibilidade, pode ser concebida, então, como viabilidade jurídica de se impor uma pena ao agente violador da norma. Ney Moura Teles argumenta que a punibilidade não faz parte do conceito de crime, mas condiciona a imposição da resposta penal, existindo, somente, nos casos em que estejam presentes condições objetivas de punibilidade. Para o referido autor, condições objetivas de punibilidade “são circunstâncias que se situam fora do crime, isto é, do fato típico – do dolo- da ilicitude, e da culpabilidade; sem elas não pode ser imposta a pena, como resposta do direito”<sup>69</sup>

O Código Penal Nacional, em seu artigo 107, discrimina as causas gerais que impedem o jus puniendi Estatal<sup>70</sup>. Pode-se perceber que, em qualquer daquelas causas o Estado não mais persegue e executa qualquer sanção criminal, muito embora possa se constatar que os elementos do crime estejam presentes. No entanto, pondera Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares, que, dentre essas modalidades, a abolitio criminis constitui uma exceção à regra de preenchimento dos elementos do tipo, pois quando a nova lei não considera mais crime fato que dantes era típico, faltaria um elemento do tipo que seria o fato típico<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> A punibilidade nada mais é que a possibilidade/viabilidade de imposição de uma resposta criminal ao delinquente, através de uma sanção. Magalhães Noronha adverte que “a pena não é elemento do crime, e sim seu efeito ou consequência, donde, assisadamente, o Código previu causas que extinguem a punibilidade ou o jus puniendi do Estado. Não seguiu o exemplo de outras legislações, que se referem à extinção do crime, como faz o código Penal Italiano, colocando-a ao lado da extinção da pena. O que existe, no caso, é renúncia do direito de punir, de que é titular o Estado” (NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: São Paulo: Saraiva, 1971. 1 v, p. 403).

<sup>69</sup> TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: Parte Geral: arts. 1º a 120. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v 1, p. 483.

<sup>70</sup> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou perempção; 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.”

<sup>71</sup> GURPILHARES, Giovana Gleice Gomes dos Santos. **Prescrição da pretensão executória – uma discussão sobre o trânsito em julgado da sentença condenatória para acusação**. 2007. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2007, p. 26.

### 3 PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição penal é uma das modalidades previstas no Código Penal brasileiro como legítima a extinguir a punibilidade do agente que infringiu a norma jurídica. Dessa maneira, o transcurso do tempo retira o interesse estatal em iniciar ou dar prosseguimento a apuração de um fato criminoso, ou até mesmo de executar um comando sentencial. Diante disso, é necessário realizar uma abordagem em torno das suas bases.

#### 3.1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO

Não há consenso entre os estudiosos do direito no que tange ao surgimento do instituto da prescrição. Contudo, têm-se que a doutrina majoritária inclina-se a considerar como marco da prescrição penal a edição, em Roma, da *Lex Julia de Adulteriis*, datada de 18 a.c., a qual fixava prazo de cinco anos para a ocorrência da prescrição dos tipos penais de estupro, lenocínio, incesto e adultério<sup>72</sup>. Os historiadores explicam que pode ser considerado um dos motivos para o estabelecimento desse período quinquenal, a ocorrência das festas lustrais a cada cinco anos, momento no qual os homens seriam purificados.

Os prazos prescricionais foram, a partir daí, sendo revistos em cada civilização, tendo sido em Roma, com a *Lex Cornelia de Injuriis*, o estabelecimento de 20 anos, de maneira geral, como marco temporal para a configuração da prescrição.

A extinção da punibilidade pela prescrição, da forma como conhecemos atualmente, é obra do Código Penal Francês de 1971, que foi produzido no contexto da Revolução Francesa, imbuido dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Os franceses continuaram a adotar o prazo de 20 anos como regra geral prescricional, além de preverem a imprescritibilidade para alguns crimes<sup>73</sup>.

No direito brasileiro, muitos autores consideram que o código de Processo Criminal de 1832 foi pioneiro ao dispor sobre a prescrição penal, visto que o Código Criminal do Império<sup>74</sup> silenciava sobre a temática. Todavia, é preciso advertir que a lei

---

<sup>72</sup> TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 33-34.

<sup>73</sup> BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 23.

<sup>74</sup> Não se deve olvidar que o Código Criminal do Império foi considerado um diploma normativo de grande avanço para a época ao disciplinar diversos institutos. Entretanto, a imprescritibilidade, por



referente ao abuso da liberdade de imprensa, datada de 20 de setembro de 1830, em verdade, deve ser considerada a precursora no trato da matéria quando em seus artigos 66<sup>75</sup> e 67<sup>76</sup> reconhece a possibilidade de prescrição nos crimes nela disciplinado.

### 3.2 CONCEITO

O transcorrer do tempo possui relevância prática sobre as diversas relações sociais travadas no âmbito social e transplantada para o Direito. Os lapsos temporais podem ser responsáveis pela aquisição e perda de direitos e, portanto, o tempo em si é de crucial importância para se pensar em um ordenamento jurídico que prese pela segurança jurídica.

Todo e qualquer procedimento na seara criminal nasce para ser extinguido. Tal extinção, de maneira geral, decorre do exaurimento do poder punitivo do estado, seja pela decretação meritória de um edito absolutório ou quando a pena estipulada na sentença condenatória já foi devidamente cumprida. Ocorre que o reconhecimento da prescrição foge a essa dualidade, isso porque para a sua decretação não se busca averiguar a existência ou não da responsabilidade penal.

No campo do Direito, têm-se, de uma forma geral, que a prescrição fulmina a pretensão, em virtude do decurso do tempo. Dessa forma, segundo o magistério de Orlando Gomes, os pressupostos para ocorrência da prescrição se resumiriam na inércia do titular e, também, do decurso do tempo<sup>77</sup>. Em particular, no âmbito penal, a prescrição se associa a ideia de limitação ao *jus puniendi* estatal, visto que não há mais pretensão punitiva por parte do Estado, pois este não a exerceu no período

---

exemplo, foi uma marca indelével do referido código e, assim, também abre espaço para existência de diversas críticas, dentre elas a de Nelson Hungria ao pontificar que “não se deve, porém, por mero espírito de patriotismo, enxergar o mérito do nosso primeiro código. As novidades que lhe são atribuídas não passavam de autênticas velharias. Assim, a imprescritibilidade das penas (que o código bávaro de 1813, anacronicamente consagrava, em contraste com o Código de Instrução Criminal Francês de 1810) (...)” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v 1, t. 1, p. 48).

<sup>75</sup> “Art. 66. A ação pública, pelos crimes, de que trata esta lei, prescreve em um anno, contado do dia, em que se fez publico o abuso, que daria lugar á denuncia **[sic]**”.

<sup>76</sup> “Art. 67. A ação particular prescreve em tres annos, ainda quando tenha havido qualquer acto que pareça interromper a prescripção **[sic]**”.

<sup>77</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 416.

fincado na lei<sup>78</sup>.

José Frederico Marques adverte que muitos penalistas acabam por associar o decurso do prazo prescricional com renúncia ou abdicação do Estado<sup>79</sup>. Não é essa a concepção mais acertada. Tendo como esteio o quanto discutido por Sidio Rosa de Mesquita Junior, a renúncia só tem razão de ser quando o ofendido, de forma tácita ou expressa, dispõe sobre a iniciativa ou não de uma ação penal. Utilizando como escopo essa premissa, o autor conclui que a caracterização da prescrição não depende se o fato é notório/conhecido, dessa forma, a vontade estatal é irrelevante, assim, não se configura renúncia<sup>80</sup>.

Damásio Evangelista de Jesus explica que a prescrição tem duas consequências básicas, uma vez que atinge o direito de punir do Estado e, dessa forma, acaba por extinguir o direito de ação<sup>81</sup>. Nessa senda, a prescrição acaba por impedir a ação, quando, por exemplo, é estabelecido limites de caráter temporal para o recebimento da peça acusatória oferecida pelo Ministério Público ou, em sendo ação penal de caráter privado, a representação não é recebida. Nota-se, dessa forma, que há clara intenção legislativa em evitar que o procedimento penal se perpetue contra aquele que transgrediu a norma.

Segundo o pensamento de Julio Fabbrini Mirabete, a prescrição deve ser analisada de maneira ampla já que a sua existência se justifica “pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social causado pela infração penal”. Para o referido autor, ocorrida a prescrição “a sanção perde sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social”<sup>82</sup>.

### 3.3 DA NATUREZA JURÍDICA

---

<sup>78</sup> Conforme preleciona Antonio Lopes Baltazar, “o conceito de prescrição formou-se graças às injunções romanas de ordem processual. Os romanos, de acordo com os relatos históricos, com o intuito de evitar acusações prolixas e ineficazes, criaram prazos máximos para a conclusão do processo. Inicialmente, esse prazo era de um ano; depois foi duplicado, fixando-o em dois anos” (BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 20).

<sup>79</sup> MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo; Saraiva, 1999. v 3, p. 412.

<sup>80</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição Penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.67.

<sup>81</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**, parte geral. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v 1.

<sup>82</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. v 1, p.386.

No que tange a discussão sobre a natureza jurídica da prescrição penal, avulta anotar que tal digressão constitui ferramenta necessária para a resolução de inúmeros questionamentos que se afloram quando do estudo da referida temática.

Cumpre-nos trazer à baila, inicialmente, se a prescrição penal é pertinente à seara material ou processual penal. A depender da posição adotada, verificam-se consequências distintas, posto que, ao tratar como norma de caráter material, uma lei nova, acaso mais severa, não poderá ser aplicada com base no que assevera o artigo 1º do Código Penal<sup>83</sup>. Por outro lado, a adoção da perspectiva processual penal, legitimaria a aplicação imediata de eventual lei que regesse a matéria (CPP, artigo 2º<sup>84</sup>).

Para além da consequência suprarreferenciada, nota-se que a opção por um dessas posições refletiria na própria contagem do prazo prescricional, uma vez que, em sendo a prescrição adstrita ao campo material, segundo a dicção do artigo 8º do CP<sup>85</sup>, incluiria o dia do começo, diferentemente do campo processual, que o rejeitaria (art. 798, §1º<sup>86</sup>).

Os doutrinadores<sup>87</sup> que se debruçam sobre a presente inquietude, em sua maioria, admitem que a cessão do *jus puniendi* estatal face ao decurso do tempo tem conotação fortemente de direito material, partindo do pressuposto básico segundo o qual o transcurso do tempo elide qualquer punição ou castigo a ser eventualmente imposto.

Aos que advogavam ser a prescrição adstrita ao campo processual penal, justificam sua posição nos efeitos que o decurso do tempo causa sobre os vestígios do crime, o que acaba por ocasionar o perecimento de provas cruciais a instrução processual. Na lição de Heleno Claudio Fragoso, “o aspecto processual da prescrição é o mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva.”<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

<sup>84</sup> “Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

<sup>85</sup> “Art. 8º O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo.”

<sup>86</sup> Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 1o Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”.

<sup>87</sup> Nesse sentido sugere-se a leitura das seguintes obras: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967. t. 3.; FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988; PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

<sup>88</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Especial, revista e atualizada por**

É preciso consignar ainda que há os que optam por atribuir a prescrição penal uma natureza mista ao revelarem que a razão de sua ocorrência deriva tanto na dificuldade de levantamento de elementos probatórios, quanto no decurso do tempo e suas implicações na finalidade da pena<sup>89</sup>.

Pertinente é a observação de Damásio Evangelista de Jesus para quem a prescrição possui natureza estritamente material “tanto que, constituindo causa extintiva de punibilidade, vem disciplinada no CP. O impedimento à perseguição penal que dela decorre configura simples efeito de natureza processual penal, como acontece com outras causas”<sup>90</sup>.

A prescrição é matéria de ordem pública, razão pela qual, estando cumprido os requisitos para sua incidência, deve ser decretada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado<sup>91</sup>.

### 3.4 TEORIAS JUSTIFICANTES PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Diversos são os penalistas que robustecem a corrente majoritaria e aceitam a prescrição diante de sua importância para a segurança jurídica em um sistema penal. Fábio André Guarangni demonstra que o pensamento majoritário admite a existência da prescrição no mundo jurídico-penal, mas não há fundamento comum entre os seus defensores, pois uma parte da referida corrente apoia-se em argumentos estritamente

---

**Fernando Fragoso.** Rio de Janeiro:, Editora Forense, 1988.

<sup>89</sup> Vale transcrever trecho da obra de Sidio Rosa de Mesquita Junior, para quem “O critério distintivo das normas substanciais para as normas processuais é dado pelo seu objeto. Destarte, pertencem ao direito criminal substantivo as normas que atribuem ao Estado o jus ius puniendi, fazendo nascer in concreto a pretensão punitiva, de outro modo, as normas processuais se atêm ao conteúdo formal, regulando o desenvolvimento e o fim do processo, indicando as formas com que os órgãos do Estado, ou mesmo os particulares podem fazer valer as suas faculdades, concernentes ao conteúdo material do processo. Enquanto a causa extintiva da punibilidade, pertence ao Direito Penal, e, por outro lado, pertence ao Direito Processual, a causa de extinção do processo em face da dificuldade para a produção de provas, que se apaga com o decurso do tempo” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição Penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.68).

<sup>90</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v 1, p. 766.

<sup>91</sup> Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício. Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.”

processuais tais como o perecimento do lastro probatório<sup>92</sup>.

Porém, há aqueles que sustentam a inadmissibilidade deste mecanismo de extinção da punibilidade, aventando a argumentação central de incidência da impunidade. A leitura da obra do Marques de Beccaria permite inferir que este dividia os crimes conforme a sua periculosidade e, dessa forma, sustentava que os crimes considerados crueis que seriam aqueles que permaneciam por um grande período de tempo na lembrança dos seres humanos, não deveria incidir a prescrição em favor do réu, já que configuraria o livramento do inculpaado pela fuga. Todavia, nos delitos considerados menores e obscuros, a prescrição “deve por fim a incerteza do cidadão quanto à sua sorte, pois a obscuridade, envolvendo por muito tempo os delitos, anula o exemplo de impunidade, deixando, entretanto, ao réu a possibilidade de redimir-se”<sup>93</sup>

Exposta essas premissas, passaremos a examinar as principais teorias que justificam a aplicação da prescrição penal.

### 3.4.1 Teoria do esquecimento

A justificativa mais difundida para a adoção da prescrição reside na teoria do esquecimento. Durante um determinado lapso temporal o sujeito denunciado submete-se ao crivo de um processo penal que, não raras as vezes, expõe sua intimidade e as circunstâncias envoltas ao fato criminoso objeto de apuração. Ocorre que, a partir de um determinado período, têm-se que a repercussão negativa do ato criminoso perpetrado se esvai e isso decorre da própria dinâmica social através da constante sucessão de acontecimentos no campo da vida.

Interessante ponderação é realizada por Gustavo Henrique Coelho Hahnemann, ao suscitar a reflexão do efeito tempo sobre as consequências do delito no seio da sociedade. Para o autor, quando o crime é cometido acaba por ocasionar o choque nas pessoas que dele possuíram conhecimento, mas, a medida que o tempo passa, mesmo diante da insistência da mídia em introduzir “doses homeopáticas (...)

---

<sup>92</sup> GUARANGNI, Fábio André. **Prescrição penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

<sup>93</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Crettela Jr. E Agnes Cretella. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 101-102.

a fim de reavivar na mente da população os detalhes da empreitada criminosa<sup>94</sup>, muitas vezes, os indivíduos querem esquecer os fatídicos episódios. Nesse cenário, a eventual pretensão do Estado de dar início a persecução penal ou mesmo continuá-la, uma vez extintas as lembranças da prática criminosa, se revelaria como faceta da vingança privada<sup>95</sup>.

Adaptando-se o pensamento do célebre jurista baiano, Rui Barbosa, no qual em trecho de seu discurso “Oração aos Moços”, afirmava ser “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta<sup>96</sup>”, nota-se que o *jus puniendi* encontra limitação no tempo, pois eventual movimento da máquina estatal para perseguição de uma pessoa cuja suspeita de cometimento de determinado crime repousa em passado longínquo, configura uma injustiça manifesta.

Como nos mostra Nelson Hungria, diversos são os argumentos que legitimam a existência da prescrição, mas o esquecimento se revela como o primordial. Caso o *jus puniendi* seja exercido tardiamente este não será revestido de uma certeza que legitima uma condenação e, uma pena eventualmente imposta não se faz necessária e carece de seu caráter finalístico. Tudo isso acabaria por ocasionar uma verdadeira vingança privada<sup>97</sup>.

### 3.4.2 Teoria da expiação moral

A presente teoria está associada a efetividade da pena e aos efeitos de uma persecução penal. Nessa perspectiva, é a assente que o desenvolvimento de um processo criminal carrega consigo diversos malefícios para o processado e que, por isso, tais constrangimentos já se aproveitaria como pena e, portanto, a sanção propriamente dita não se faz mais necessário.

---

<sup>94</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 48.

<sup>95</sup> *Ibidem.*, loc cit.

<sup>96</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em 01 Outubro de 2018.

<sup>97</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v 4, p. 2013.

De acordo com os ensinamentos dessa corrente, há uma presunção de que o transcurso do tempo foi responsável por penalizar o denunciado, haja vista as angústias e remorso sofrido que, *de per se*, já caracteriza a sua punição. Assim, uma consequente aplicação da pena prevista em lei, nada mais seria que uma segunda expiação, totalmente desnecessária.

Para conceber o alcance da presente teoria, como se percebe, é preciso que se tenha duas visões cruciais: decurso do tempo e a manifestação do processo criminal na vida do acusado. Sobre esse segundo aspecto, bem sinaliza Rubens Casara que a concepção do processo penal como meio indispensável a promover limitação do arbítrio e conter o poder do Estado, está, hodiernamente em crise. Tal constatação, para o autor, decorre da utilização de violências físicas, simbólicas e estruturais que primam pela relativização de direitos e garantias fundamentais o que ocasiona prejuízos incomensuráveis para o sujeito investigado<sup>98</sup>.

Nesse interim, é preciso considerar que os inconvenientes de um processo crime tem efeitos deletérios sobre a vida do acusado. Não é incomum encontrar, cotidianamente, determinado denunciado sendo julgado pela sociedade tendo sobre si olhares desviantes e repugnância social em uma clara antecipação de culpa. A ameaça de pena acompanha o sujeito investigado durante a trajetória da persecução criminal e até depois dela. Dessa forma, o desenrolar processual já se antecipa como uma pena em fase de cumprimento ao revés daquela originária do tipo penal supostamente infringido.

Uma constatação básica que se impõe realçar é a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* acaso, caso depois de verificado um longo período de tempo no qual o acusado submete-se ao jugo de um processo criminal, sendo que, ao final, é produzido um édito condenatório em seu desfavor. É visível, portanto, à luz da expiação moral, uma dupla punição: sendo a primeira circunscrita ao julgamento imposto pela sociedade - e aqui não há incidência prática do princípio constitucional da presunção de inocência – sendo que, por outro lado, se verificaria a pena imposta pelo Direito através de seus sistema jurídico-penal.

---

<sup>98</sup> CASARA, Rubens R.R. **A espetacularização do processo penal**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/122.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.12.PDF)>. Acesso em: 02 de outubro de 2018, p. 1.

### 3.4.3 Teoria da emenda

A teoria da emenda prega que a passagem do tempo é responsável pela correção do transgressor da norma, de sorte que o Estado não necessita mais intervir com quaisquer reprimenda. Desde o cometimento do fato até o fim da persecução penal, se verificado que não houve a realização de outro crime pelo processado, haveria uma presunção absoluta de redenção, motivo pelo qual não voltaria a delinquir.

Percebe-se que os fundamentos que arregimentam a teoria da emenda se dissociam dos que servem de base para a da expiação moral, isso porquê para esta, diferente daquela, quem foi de encontro à norma, com o tempo, já vai cumprindo a pena correspondente que se revelaria através do constante incomôdo causado na sua vida por estar respondendo a um processo criminal. Por outro lado, a teoria da emenda, ao associar decurso do tempo e regeneração do infrator, conclui que a finalidade da pena restou por ser atingida e, por isso, desnecessária seria a intervenção do Estado por meio da aplicação de uma sanção criminal.

A presente teoria é objeto de críticas contundentes. Uma delas, a mais incisiva, destaca que há direta ligação entre os seus ensinamentos e o pensamento Lombrosiano. Segundo a teoria da emenda, não é possível justificar a sua ocorrência para beneficiar criminosos habituais, uma vez que para não ser sancionado pelo Estado, diante do transcurso de longo período de tempo, é preciso a cessação da periculosidade do agente. Nota-se, portanto, que há uma categorização no estudo daqueles que seriam beneficiados, a denotar a distinção entre espécies de “criminosos”.

Sobre a temática, Amannda de Sales Lima precisamente conclui que “a definição de periculosidade e de sua cessação são conceitos muito largos, sem fundo científico sólido, que não se adéquam à contemporaneidade<sup>99</sup>”. A autora ainda alude que esa problemática é muito presente no cotidiano jurídico “por conta das milhares de decisões judiciais que se aputam na presumida periculosidade do agente para, por

---

<sup>99</sup> LIMA, Amannda de Sales. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). 70 fls. Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 27-28.



exemplo, fundamentar a manutenção de prisões preventivas<sup>100</sup>”.

### 3.4.4 Teoria psicológica

Para entender a presente teoria, faz-se necessário estabelecer a premissa básica de que existe um nexo entre o fato criminoso e o agente. Mas, esse nexo mencionado não é aquele necessário para a imputação do tipo penal a um determinado sujeito, sendo, em verdade, uma análise de ordem psicológica. Isto é, apregoa essa teoria, que a medida que o tempo passa a constituição psíquica do sujeito ativo do crime vai se alterando e, assim, quando eventual pena for imposta, não se trataria mais do mesmo sujeito que praticou o fato delituoso. Ou seja, “o castigo perderia seu sentido por ter o tempo empreendido verdadeira alteração na mente no acusado, de modo a romper o nexo de causalidade que o ligaria ao delito<sup>101</sup>”.

Vê-se, por suas bases, que a teoria psicológica pode ser objeto de críticas pertinentes, tendo em vista o seu caráter de difícil comprovação no plano fático. É forçoso concluir que a supracitada teoria acaba por elidir a função pedagógica da pena, visto que esta não sendo aplicada, sob o fundamento de que o indivíduo psicologicamente não é o mesmo, introduz no inculcado a sensação de que sempre terá a liberdade mesmo praticando fatos delituosos. Haveria, desse modo, uma constante violação das normas vigentes e do respeito ao Direito.

Não se percebe, na presente teoria, quaisquer critérios que se possa definir *a posteriori*, se determinado indivíduo detém uma nova perspectiva psicológica, rompendo com aquela presente no momento da realização da empreitada criminosa. Na verdade, há uma presunção, *a priori*, de que o transcurso do tempo, por si só, seria o responsável por essa mudança.

Convém destacar, nesse particular, a essencial discussão proposta por Gustavo Henrique Coelho Hahnemann, ao ponderar que se o sentenciado, já cumprindo a sanção, “também não poderia vivenciar as mesmas alterações

---

<sup>100</sup> LIMA, Amannda de Sales. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). 70 fls. Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 27-28.

<sup>101</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 61

psicológicas de alguém que, por respaldar-se em artifícios processuais e presunções questionáveis, não teria expiado sua culpa<sup>102</sup>. Conclui o referido autor que “a reação de cada um aos efeitos da pena (...) seja ele efetivamente vivida ou tão somente esperada, não pode ser estabelecida a priori<sup>103</sup>”.

A luz de tudo quanto mencionado, em seus conjunto, observa-se que as teorias retroanalizadas constitui explicação necessária para justificar a incidência da prescrição penal que, sob o foco do processado, revela-se verdadeiro benefício diante da inércia estatal na investigação, apuração e sentenciamento dos feitos.

### 3.5 PRESCRIÇÃO EM ESPÉCIE

No ordenamento jurídico brasileiro a matéria relacionada a prescrição penal encontra-se disciplinada nos artigos 109<sup>104</sup> e 110<sup>105</sup> do Código Penal. A sua análise permite inferir que, no direito pátrio, existem duas modalidades de prescrição, a saber: a da pretensão punitiva e da pretensão executória<sup>106</sup>, sendo o trânsito em julgado do provimento jurisdicional condenatório de primeiro grau o parâmetro necessário para o enquadramento na respectiva espécie prescribente.

#### 3.5.1 Prescrição da pretensão punitiva

---

<sup>102</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 61

<sup>103</sup> Ibidem., p. 62

<sup>104</sup> “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”

<sup>105</sup> “Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

<sup>106</sup> No presente trabalho serão analisadas sucintamente as modalidades prescricionais penais como forma de possibilitar o entendimento das bases gerais de sua aplicabilidade, estabelecendo o foco principal sobre a prescrição da pretensão punitiva virtual que é o recorde a ser adotado e discutido especificamente no próximo capítulo.

A prescrição da pretensão punitiva tem sua ocorrência limitada a sentença ou acórdão condenatório e sua consequência é a extirpação de todos os efeitos do crime. É possível ainda, subdividi-la nas categorias de prescrição propriamente dita; retroativa; superviniente e virtual.

#### *3.5.1.1 Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita*

A prescrição propriamente dita é a mais genuína das prescrições. Essa espécie tem lugar quando a pena máxima em abstrato, prevista no tipo penal sancionatório, é cotejada com o artigo 109 do Código Penal Brasileiro. É cediço que na análise da referida prescrição, há de se ter por base as qualificadoras, bem como causas de aumento e diminuição da pena.

Nesse esteio, é possível considerar que os prazos prescricionais propriamente ditos estão associados à questão de política criminal, pois é verificável que, a depender do bem jurídico lesionado e da gravidade do crime, o prazo previsto é diferenciado justamente para possibilitar ao Estado tempo necessário no desenvolvimento do seu poder punitivo.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer, com base na análise do artigo 111<sup>107</sup> do Estatuto repressivo penal, a necessária dinamicidade no termo inicial para a incidência da prescrição propriamente dita, de maneira que a depender da categoria, circunstância e consumação do tipo penal, há um marco necessário para a fluência do prazo prescricionante.

#### *3.5.1.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa*

---

<sup>107</sup> “Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.”

A incidência da prescrição da pretensão punitiva retroativa está associada a aplicação da pena em concreto na sentença condenatória no qual não houve recurso da acusação. Dessa forma, figura essa modalidade prescricional como exceção à contagem dos prazos, realizada de forma abstrata, de acordo com o artigo 109 do CP. Na prescrição retroativa a pena já está configurada na sentença e, portanto, basta sua conformação ao inciso correspondente do artigo 109 para que se alcance o prazo prescrite.

Segundo o entendimento exarado por Damásio Evangelista de Jesus, a prescrição retroativa tem por justificação o “princípio da pena justa”. Para justificar esse argumento, o autor assevera que com o trânsito em julgado do édito condenatório para o autor da ação penal ou, ao revés, improvido o seu recurso, “a pena imposta na sentença era, desde a prática do fato, a sanção adequada e justa como resposta penal ao crime praticado pelo sujeito<sup>108</sup>.”

A prescrição retroativa, na década de 60 do século passado, teve seu campo de aplicabilidade estendido passando a abarcar o período anterior ao recebimento da denúncia, ou seja, considerando como marco temporal a data do fato e a posterior aceitação da exordial acusatória<sup>109</sup>.

Vale ressaltar que em 2010, através da lei 12.234/2010, achou por bem o legislador rever essa modalidade de prescrição, alterando os artigos correspondentes

---

<sup>108</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 780.

<sup>109</sup> Tal extensão deve-se ao eminente Ex-Ministro do STF, Ministro Vitor Nunes Leal, que em voto proferido no Habeas Corpus 40.003, de Minas Gerais, aludindo que “Entretanto, aqui se apresenta um outro problema, aliás não discutido nos autos. Entre o fato delituoso e o oferecimento da denúncia (ou, obviamente, o seu recebimento), transcorreu período suficiente (mais de três anos) para cobrir o lapso prescricional (dois anos, por ser a pena inferior a um) Pergunto:- O efeito retroativo da prescrição pela pena concreta alcança também o lapso de tempo decorrido entre o delito e o oferecimento da denúncia? – Parece-me que sim, porque o recebimento da denúncia interrompe a prescrição, mas no pressuposto de que não se tenha consumado, tal como acontece com a sentença condenatória, para quem admite a prescrição pela pena concreta. Num e noutro caso, o que está em jogo é o efeito retroativo da prescrição, alcançando período transcorrido anteriormente ao ato interruptivo. Se esse efeito retroativo se produz em relação à sentença condenatória, que interromperia a prescrição não consumada, o mesmo se deve dizer do recebimento da denúncia, que só interromperia a prescrição, quando ainda não verificada”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 40.003 MG** – Minas Gerias. Relator: Ministro Victor Nunes Leal. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 Julho de 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57101>>. Acesso em: 04 de outubro 2018).

da codificação penal<sup>110</sup>. A doutrina, diante da mudança, diverge sobre o alcance do conteúdo da referida lei, visto que alguns pregam a exclusão total da prescrição retroativa e outros a exclusão parcial (não se admitiria a sua aplicação em data anterior ao recebimento da denúncia).

Cesar Roberto Bitencourt filia-se aos autores que advogam a supressão parcial da prescrição retroativa, salientando, inclusive, a inconstitucionalidade da lei limitadora, diante da violação do princípio da proporcionalidade e da duração razoável do processo<sup>111</sup>. Por outro lado, adotado técnica de interpretação gramatical, lógica e sistemática na interpretação da referida lei, Damásio Evangelista de Jesus mostra-se convicto da extirpação completa da prescrição retroativa do universo jurídico, advertindo que essa foi a intenção legislativa mais genuína<sup>112</sup>.

### *3.5.1.3 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente*

A prescrição intercorrente é a modalidade prescricional cuja contagem do tempo, para sua incidência, dar-se-á a partir da publicação da sentença condenatória ou do acórdão condenatório passível de recurso, com transito em julgado para a acusação, e o seu limite é o trânsito em julgado de todo o feito criminal. Durante esse lapso temporal, tendo como base a pena imposta no provimento jurisdicional e o necessário cotejamento como o artigo 109 do Código Penal, a punibilidade estará extinta.

É possível constatar, assim, que a prescrição intercorrente constitui uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva aparentemente similar com a prescrição retroativa, mas que com esta não se confunde. A distinção básica entre

---

<sup>110</sup> “Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa. Art. 2º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Art. 110. § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

<sup>111</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017. v 1, p. 929.

<sup>112</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**, parte geral. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v 1, p. 787.

ambas reside no fato de que na intercorrente a pena aplicada serve de base para cômputo futuro, ou seja, após o provimento sentencial condenatório.

#### *3.5.1.4 Prescrição da pretensão punitiva virtual<sup>113</sup>*

Também conhecida como prescrição em perspectiva, hipotética ou projetada, a prescrição virtual não decorre de previsão legislativa, mas de construção no campo doutrinário e jurisprudencial. O reconhecimento dessa modalidade tem por escopo a análise antecipada do feito, de modo que, verificando as circunstâncias do crime e demais condições pessoais do acusado, é atribuído pena hipotética que seria cabível ao acusado quando da prolação da sentença. Assim, de forma antecipada, já se observa a ocorrência da prescrição que, futura e inevitavelmente seria decretada.

#### **3.5.2 Prescrição da pretensão executória**

A prescrição da pretensão executória, por sua vez, tem seu campo de incidência circunscrito ao trânsito em julgado da condenação e rege-se pela pena aplicada, observando-se os necessários prazos do art. 109 do Código Penal.

Dessa maneira, após prolatada a sentença e não havendo mais recurso a ser interposto, surge para o Estado o poder-dever de executar o título condenatório e, acaso não o faça no período correspondente ao prazo prescricional de acordo com a pena imposta, o réu está eximido de cumpri-la, posto a ocorrência da prescrição da pretensão executória. Assim, é o que pontifica Cesar Roberto Bitencourt, explanando que “o decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação<sup>114</sup>.”. Quanto aos efeitos da prescrição executória, menciona o supracitado penalista que “limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação,

---

<sup>113</sup> No presente tópico será abordada somente a definição da prescrição virtual, tendo em vista que o capítulo seguinte deste trabalho de conclusão de curso se dedica a temática de forma mais aprofundada.

<sup>114</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017. v 1, p. 944.

penais e extrapenais<sup>115</sup>".

---

<sup>115</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23<sup>a</sup> ed, São Paulo: Saraiva, 2017. v 1, p. 944.

#### 4 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA

A realidade nas varas criminais do país é, inexoravelmente, de assoberbamento processual. Diante desse quadro, tanto magistrados, quanto advogados, defensores públicos e representantes do Ministério Público tem buscado formas de enfrentar essa problemática. Nesse sentido, surge a prescrição virtual com o escopo de possibilitar maior eficiência e celeridade na resolução dos feitos sob apreciação e demonstrar aos cidadãos que a prestação jurisdicional está sendo realizada.

A prescrição virtual tem na sua base a ideia de extirpação do cenário jurídico processos marcados pela inutilidade, isto é, aqueles que já se percebe, de antemão, a partir das circunstâncias que envolve o fato e também as condições que o inculpado possui, que eventual édito condenatório fixaria determinada pena (hipotética) e, assim, pode-se notar o advento da prescrição.

Considerando os marcos interruptivos para contagem do prazo prescricional, nota-se que a prescrição em perspectiva pode ser decretada mesmo antes do início da fase instrutória do procedimento criminal ou, até mesmo, durante sua realização. Isso porque, a qualquer momento, os atores processuais envolvidos podem suscitar a ocorrência da aludida prescrição, uma vez advertindo para quatro questões básicas que em conjunto legitimam a sua incidência: decurso do tempo; circunstâncias do fato; condições do acusado e pena hipotética.

Visualiza-se, portanto, que desde o nascedouro do processo, à luz das circunstâncias que envolve o caso fático, é possível proceder-se com um juízo condenatório e, conseqüentemente, da quantidade de pena que seria aplicado ao caso em exame, tudo isso a demonstrar se eventual processo, ou o seu desenvolvimento, já se revelaria insubsistente.

Luiz Vicente Cernicchiaro elucida de forma muito prática o comportamento do magistrado diante de um processo no qual se reconhece a existência da extinção da punibilidade pela prescrição virtual. Adverte o autor que “o raciocínio é este: o juiz abre os autos, examina a denúncia, calcula o tempo razoável para realizar a instrução e prolatar a sentença<sup>116</sup>”. Prossegue o autor explicando que superado esse momento o

---

<sup>116</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Prescrição antecipada. **Revista Jurídica Síntese**, Porto Alegre, n. 229, novembro/1996, p. 143-145.



Juiz “fala consigo mesmo: pelo que observo dos elementos recolhidos, aplicaria a pena mínima. Levando em conta, então, que entre o recebimento da denúncia e a data da sentença, prolata decisão condenatória<sup>117</sup>” Assim, outra saída não há do que aquela que “imediatamente, aplicando a prescrição retroativa, declara extinta a punibilidade<sup>118</sup>”.

Sérgio Habib e Fabiano Pimentel ao se debruçarem sobre o estudo da prescrição ideal, destacam que, para seu reconhecimento, o Magistrado deve levar em conta não apenas elementos estritamente subjetivos relacionados ao seu convencimento pessoal, mas, critérios objetivos devem ser respeitados, uma vez que previstos em lei. Isso posto, “a aplicação da pena traz em si uma certa dose de previsibilidade, não podendo o Magistrado ir além destes pressupostos, sob pena de prolatar sentença ilegal e abusiva<sup>119</sup>”.

#### 4.1 CAUSAS DO PROLONGAMENTO DOS FEITOS

De referência aos processos cuja prescrição virtual é reconhecida durante a instrução processual, merece destaque, nesse particular, digressão a respeito das causas que ocasionam os prolongamentos dos feitos e que acabam por legitimar a ocorrência do fenômeno jurídico prescribente.

Em busca da coerente aplicação da sanção criminal, observa-se, não raramente, que durante a *percussio criminis* existem diversas circunstâncias que, no seu conjunto, promove verdadeiro prolongamento processual. De início, pode-se notar que o ato citatório é uma garantia do acusado e, portanto, deve ser pessoal, uma vez que o sujeito ativo do crime necessita saber que contra si corre uma Ação Penal e, portanto, precisa constituir sua defesa, seja por advogado particular ou Através da Defensoria Pública. Pois bem. É comum serem certificados que os endereços constantes nos mandados citatórios não correspondem ao atual do acusado e, para a efetivação desse ato processual inicial, meses são despendidos. Quando os

---

<sup>117</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Prescrição antecipada. **Revista Jurídica Síntese**, Porto Alegre, n. 229, novembro/1996, p. 143-145.

<sup>118</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>119</sup> HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. Prescrição antecipada: acertos e desacertos. **Revista Jurídica consulex**, Brasília, ano VIII, n. 179, junho/2004, p. 47.

processos envolvem vários réus é notório o retardamento para a realização da primeira audiência, pois, quase sempre há muita dificuldade em citar todos os réus e, até a decisão eventual de citação editalícia ou de desmembramento, grande lapso temporal já se verificou.

Não obstante, quando os réus são citados e seus patrocinadores já apresentaram as respectivas defesas prévias, em mesa de audiência é verificada a ausência de vítimas e testemunhas que, por vezes, não foram encontradas ou o endereço não condiz com o atual. O Ministério Público, enquanto titular da ação penal, verificando a importância das oitivas das testemunhas e vítimas, pugna pela insistência na ouvida das mesmas, novos endereços são fornecidos, bem como novas certidões negativas são anexadas aos autos e, com isso, mais tempo tem transcorrido até o sucesso nas oitivas ou as suas desistências. Ademais, é comum presenciar que muitos mandados de intimação para assentadas não são devolvidos pelo Oficial de Justiça responsável, o que ocasiona, também, a remarcação de audiências. Além disso, a expedição de Cartas Precatórias e Rogatórias assinala que o feito, provavelmente, demorará, pois cabe ao Juízo Deprecado, de acordo com sua realidade, diligenciar a finalidade deprecada.

Tem-se verificado que muitas Varas Criminais operam com centenas de processos que, em concomitância, geram um número elevado de audiências designadas o que, por consequência, ocupam com facilidade a pauta anual de qualquer Juízo<sup>120</sup>. Nesse sentido, considerando as prioridades envolvendo réu preso, posto que os mesmos já encontram-se sob o jugo antecipado de uma pena, as audiências que não encontram-se com pessoas segregadas, são remarcadas com datas longínquas.

Os atos burocráticos e formais desempenhados pelos cartórios também ensejam retardamento no desenrolar dos feitos. A carência de funcionários em muitos cartórios sobrecarregam as atividades desempenhadas pelos servidores remanescentes e, dessa forma, movimentos simples como aqueles relacionados a abertura de vistas para a Defesa e/ou Ministério Público ou até mesmo o ato de mover de fila colocando como conclusos para apreciação por parte do Magistrado, enseja o

---

<sup>120</sup> Vide artigo: FREITAS, Vladimir Passos de. **Realidade do Judiciário no Brasil está longe do ideal**. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2007-mai-06/realidade\\_judiciario\\_brasil\\_longe\\_ideal](https://www.conjur.com.br/2007-mai-06/realidade_judiciario_brasil_longe_ideal)>. Acesso em: 07 de dezembro de 2018.

prolongamento processual.

Gustavo Henrique Coelho Hahnemann analisando a problemática em questão suscita que boa parte dos casos na demora em concluir a persecução criminal não se imputa exclusivamente ao Estado. Segundo o autor, exigências processuais que revelam um formalismo legal, tendo em vista o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a ausência de colaboração com atividades judiciais personificado, muitas vezes, em uma defesa que utiliza de expedientes claramente protelatórios, revelam que nem sempre se pode “tachar de negligente a conduta estatal<sup>121</sup>”.

A seu turno, os processos prontos para sentenciamento também são avolumados nas diversas varas criminais e, por necessitar única e exclusivamente da apreciação do magistrado, considerando as limitações físicas no desempenho desse mister, muitos feitos aguardam período considerável para serem conclusos em primeiro grau. E quando sentenciados, após esse considerável trâmite processual e, por vezes uma instrução probatória completamente intrincada, o Juiz condutor do feito, em diversas situações, profere o comando sentencial condenatório, fixando a pena correspondente para logo em seguida observar, seja *de per se* ou suscitado pela defesa, o advento da prescrição da pretensão na modalidade retroativa e, nesse interim, toda a atividade intelectual realizada durante a vasta instrução probatória é pechada pela inutilidade.

Diante desse cenário é que surge a prescrição virtual enquanto manifestação de utilização da máquina pública e esforços individuais para feitos que sejam considerados úteis, que possuam algum resultado prático. Desconsidera-se processos que gerariam somente acúmulo de serviço e lentidão processual. E, por isso, leciona Antonio Carlos dos Santos Bitencourt que a prescrição ideal “é aquela que pode ser reconhecida antecipadamente, considerada a pena virtual, em perspectiva, que seria a aplicável ao réu (função individualizadora da culpabilidade)<sup>122</sup>”, tendo como esteio “a falta (por ausência de justa causa do interesse de agir)<sup>123</sup>”.

---

<sup>121</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 63-64.

<sup>122</sup> BITENCOURT, Antonio Carlos dos Santos. Prescrição (pela pena) ideal. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)**. Rio de Janeiro, v. 08, nº 31, 2005, p. 87.

<sup>123</sup> Ibidem., loc cit.

Corroborando esse entendimento, sintetiza Ingrid Paula Gonzaga e Castro e Larissa Faleiro Souza, após se debruçar sobre autores estudiosos da temática que a prescrição virtual nada mais seria que “modalidade prescricional inclusa no estudo do direito penal que permite ao juiz extinguir a punibilidade do acusado, antes de sentenciá-lo, tendo por base a pena que seria virtualmente aplicada ao réu<sup>124</sup>”.

## 4.2 DO ARCABOUÇO TEÓRICO E PRÁTICO PELO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA

Muito se discute, no campo doutrinário, sobre os argumentos que legitimariam a incidência da prescrição virtual, posto que tem-se desenvolvido a noção segundo a qual é preciso valorizar o processo enquanto meio necessário a “realização de um modelo de Direito Penal, em meio ao qual condutas de baixa lesividade, e com penas virtualmente desinteressantes, não mereceriam a atenção judicial<sup>125</sup>”. Dessa forma, busca trazer à baila os principais argumentos para a aplicação da prescrição em perspectiva e os fundamentos que a arrematam.

### 4.2.1 Ausência de interesse de agir

As condições da ação figuram como norte para garantia da prestação jurisdicional. De início, observa-se que proposta a correspondente ação penal princípios genéricos devem ser obedecidos, conformando o que se chama de condições da ação. Interessa-nos, nesse particular, o interesse de agir como faceta de uma dessas condições para a procedimentalidade de uma ação criminal.

O interesse de agir personifica-se no trinômio necessidade, utilidade e adequação. Com relação ao primeiro, diz-se que é inato ao processo penal, pois para o Estado exercer o seu poder de punir, necessita que todos os atos sejam realizados

---

<sup>124</sup> CASTRO, Ingrid Paula Gonzaga e; SOUZA, Larissa Faleiro. A prescrição virtual sob o prisma do Estado Democrático e o princípio da não culpabilidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n.29, p. 35.

<sup>125</sup> MATTIONI, Daniel. A prescrição virtual no processo penal e a súmula nº 438 do superior tribunal de justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, n. 36, 2011, p.124.

pelo Poder Judiciário, ente legítimo ao desenvolvimento desse mister, respeitando o devido processo legal em sua inteireza. De referência ao interesse de agir sob o escopo da utilidade verifica-se se o processo geraria uma utilidade para a sociedade. Por fim, analisando sob o viés da adequação, o que será discutido é a relação de ajustamento entre o pedido e o procedimento.

Vê-se, portanto, que ao se debruçar sobre um processo criminal e constando-se, antecipadamente, que o feito, quando se findar, não será útil no que tange a aplicação de uma sanção penal, posto a ocorrência da prescrição retroativa que inevitavelmente seria declarada, vai de encontro aos conceitos de utilidade e necessidade que sustentam o interesse de agir. Nesse sentido, é o pensamento de Cesar Eduardo Lavoura Romão, para quem “se ausente a possibilidade de reconhecimento e atribuição do direito pleiteado, ou verificada a impossibilidade de serem atingidos os fins da pena com o provimento jurisdicional pleiteado, não há que se falar em interesse de agir<sup>126</sup>”.

Assim, constatada a inutilidade do processo e, sabendo-se que posteriormente será declarada a extinção da punibilidade do sujeito pela prescrição, retira do Estado, de antemão, o poder-dever de agir. Nesse sentido, merece trazer a lume os ensinamentos de Osvaldo Palotti Júnior ao aludir de forma clarividente que é necessário observar “se a prestação jurisdicional mostra-se, de antemão, inútil, exsurge daí o desaparecimento do interesse de agir, o que justifica o trancamento da ação penal em curso ou mesmo o não recebimento de denúncia oferecida<sup>127</sup>”. Explica ainda o autor advertindo para o fato de que constatada a ausência do interesse de agir, “inexiste pretensão digna de ser julgada<sup>128</sup>”.

Em uma leitura crítica sobre o tema, Daniel Mattioni discorre que todo o arcabouço teórico que circunscreve a prescrição virtual deve passar por uma remodelação do que seria o interesse processual. Na visão do autor, é preciso utilizar o processo penal para além da sua necessidade, isto é, o procedimento penal deve ser calcado na utilidade. Por isso, segundo o doutrinador, o processo criminal deve

---

<sup>126</sup> ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro** (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 109.

<sup>127</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>128</sup> Ibidem., loc cit.

ser instaurado e conduzido, quando “verificadas provas mínimas da existência de um fato típico punível, passa-se a fazer juízo de admissibilidade fundado na oportunidade e na conveniência da instauração e processamento da ação penal”<sup>129</sup>.

Portanto, a ideia que se impinge nesse particular se solidifica naquela em que reconhece o processo criminal como instrumento jurisdicional a ser manejado nos casos de viabilidade de satisfação futura e tal ideia deve ser concretizada através de um juízo prévio e anterior. Assim, sob o signo da efetividade, o processo deve mostrar-se útil após a sua instauração, a revelar, dessa forma, o que convém ser conhecido de interesse-utilidade<sup>130</sup>.

#### **4.2.2 Constrangimento ilegal causado pela persecução penal**

Deve-se lembrar que a persecução criminal acarreta para aquele que ostenta a condição de réu uma certa instabilidade decorrente da flexibilização de algumas garantias fundamentais de que são titulares todos os indivíduos. Não raro se percebe que o simples fato de responder a uma ação penal, ocasiona ao sujeito um preconceito social por parte de uma sociedade que já impõe a pena antes mesmo da finalização do feito e a consequente resposta judicial. Ademais, ao réu são negados, com frequência, o acesso à cidadania, como, por exemplo, a implicação na retirada de alguns documentos, posse em cargos públicos, entre outros eventos.

Se observarmos a conformação do processo penal brasileiro, sob a ótica constitucional, verificaremos que este não tem a função puramente de atribuir uma sanção criminal, mas de possibilitar situações outras como a preservação do arcabouço de direitos do cidadão. Não é por outro motivo que se observa que ao acusado é garantido todo o devido processos legal, bem como o contraditório, ampla defesa, direito ao silêncio, e outros.

Nesse escopo, e adotando esse viés constitucionalizado, é notório que o processo em si não é meio idôneo a ensejar qualquer tipo de constrangimento ilegal,

---

<sup>129</sup> MATTIONI, Daniel. A prescrição virtual no processo penal e a súmula nº 438 do superior tribunal de justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, nº 36, 2011, p.130

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.

sofrimento ou martírio a pessoa do acusado. Estabelecido essa premissa básica, impõe-se considerar, assim, que o reconhecimento da prescrição pela pena projetada, vai ao encontro dessa ideia, na medida em que não se leva adiante processo que já se sabe estar fadado ao insucesso, pois não produzirá uma pena efetiva. Permite-se, de antemão, reconhecida a morte necessária do feito criminal, não submeter o acusado a um trâmite processual desnecessário e todas as suas maculas inerentes.

Interessante notar que a ideia aqui comungada associa-se àquela em que confere ao indivíduo o resguardo de sua dignidade, na sua acepção mais ampla. É o que dispõe Ada Pellegrini Grinover ao comentar que o processo criminal constitui um dos grandes dramas que a pessoa humana pode sofrer, pois significa um sacrifício considerável aos direitos da personalidade, atingindo a intimidade e a dignidade do indivíduo<sup>131</sup>. Nesse sentido, já se sabendo que um processo não tem qualquer viabilidade prática e, ainda assim, submeter o indivíduo ao seu jugo o fazendo “sentar no banco dos réus, é muito mais do que um mero dissabor, ou simples desconforto; é extremamente doloroso, estigmatizante e degradante<sup>132</sup>”.

Ao discorrer sobre os efeitos do processo penal na vida do acusado, não se está argumentando no sentido de que quem cometeu um ilícito penal não deverá por ele responder. O que se quer demonstrar, à luz da teoria da prescrição virtual, é que se um processo já possui as condições de ser arquivado tendo em vista o decurso do tempo, as condições do acusado e as circunstâncias do crime, não há razão justificante para submeter o inculcado a um processo penal estigmatizante, com a finalidade apenas de constrange-lo, pois essa não é função principal nem acessória do processo penal.

#### 4.2.3 Economia processual

É cediço que as normas processuais penais existem para satisfazer o seu fim,

---

<sup>131</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007, p. 189.

<sup>132</sup> ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro** (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 115.

qual seja, disciplinar a persecução criminal e promover o bem estar social. Na realização desse mister, é assente a proposição de que além de garantir os direitos das partes envolvidas é preciso que o processo se revele breve e econômico, isso para possibilitar a resposta social às vítimas, ao acusado e a sociedade em geral. Ou seja, o processo penal deve possibilitar que a resposta jurisdicional ocorra com o menor dispêndio possível, de forma rápida.

Têm-se afirmado até o presente momento que, muitas vezes, após um longo trâmite processual, o magistrado é compelido a exarar uma sentença em que condena o acusado para, posteriormente, reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, a configurar um claro e acachapante desperdício de trabalho intelectual. É dizer, pois, que nesse cenário a prescrição virtual demonstra de forma inquestionável a sua utilidade.

Conforme traçado no início desse capítulo, muitas vezes o processo penal é marcado por idas e vindas, em uma intrincada instrução probatória. Nesse sentido, a prescrição virtual funcionaria como uma válvula de escape de modo a legitimar a diminuição do tumulto processual nas varas e, também, funcionaria como método informativo para a sociedade demonstrando que o Poder Judiciário está realizando seu papel.

Quando há o reconhecimento da prescrição virtual por parte do Estado, salta aos olhos a consequência social imediata dela advinda, a saber: a economia dos recursos inerentes ao processamento de qualquer feito criminal, fazendo com que o erário público não seja atingido por estar prosseguindo com um processo que em lugar algum chegará. Antonio Lopes Baltazar esclarece que o princípio da economicidade busca justamente “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais e, conseqüentemente, de despesas, sem, contudo, suprimir atos previstos no rito processual em prejuízo às partes”<sup>133</sup>. Conclui o autor considerando que a prescrição pela pena ideal é “uma economia processual extraordinária, que beneficia o réu e o Estado”<sup>134</sup>.

Oportunas são as reflexões de Luiz Sérgio Fernandes de Souza quando discorre que a sociedade não tem mais condições de suportar processos marcados

---

<sup>133</sup> BALTAZAR, Antonio Lopes.; **Prescrição Penal**. Bauru-SP: Edipro, 2003, p. 111.

<sup>134</sup> BALTAZAR, Antonio Lopes.; **Prescrição Penal**. Bauru-SP: Edipro, 2003, p. 111



pela inutilidade. Com base nessa constatação, segundo o autor, duas saídas são encontradas para problemática, ou o legislador precisa tomar uma providência no sentido de reformular o conceito de prescrição retroativa ou quem aplica a norma ao caso concreto deverá ceder às evidências “impedindo que as pretensões natimortas ocupem espaço da produção socialmente útil<sup>135</sup>”.

O que se mostra evidente por detrás do princípio da economicidade é a necessária relativização do formalismo exacerbado na condução dos processos. Se relativiza não as garantias individuais, através da inobservância da lei e do conjunto de direitos do cidadão, mas aquele formalismo que amarra a máquina judiciária e a impede de ser efetiva.

É preciso consignar, entretanto, que a ideia da economicidade como ferramenta necessária para aplicação da prescrição em perspectiva não é unânime na doutrina. Existem diversos autores que consideram a utilização da economia processual para decretar a prescrição virtual como sendo um atentado aos princípios e garantias fundamentais dos indivíduos. Nessa diapasão, para Luiz Regis Prado, a prescrição em tela “diante da imprecisão que encerra, visto que norteia exclusivamente por razões de celeridade e economia processual, sua eventual aplicação importa em indisfarçável atentado aos princípios e garantias fundamentais<sup>136</sup>”.

#### 4.2.4 Duração razoável do processo

O processo penal, para ser devido, pressupõe que a lide criminal seja julgada em prazo razoável. Com espeque nessa ideia, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável (...) na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela (...)”<sup>137</sup>.

Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, responsável pela reformulação do Poder Judiciário, foi expressamente previsto no artigo 5º, LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

---

<sup>135</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, nº 680, 1992, p.437.

<sup>136</sup> PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**. Editora RT, 2007, p. 465.

<sup>137</sup> BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 678/92. Promulga a convenção interamericana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992.

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A posituação desse dispositivo em sede constitucional, trouxe para a atividade judicial a ideia básica e necessária de que é preciso propiciar uma resposta judicial em curto prazo de modo a não perpetuar a situação jurídica conflituosa e possibilitar a justiça que a sociedade espera ver emanada do Judiciário. Segundo Gustavo Henrique Coelho Hahnemann, o princípio da duração razoável evita “a perpetuação do processo nas prateleiras das varas judiciais, como se a decoração dos cartórios fizesse parte, deslocando-se apenas em oportunidades bastante espaçadas no tempo<sup>138</sup>”.

Diante disso, a ideia demonstrada pelo princípio da duração razoável do processo é que os feitos precisam ter sua marcha processual conformada dentro de limites temporais, sem morosidade dos agentes públicos relacionados ao seu processamento, tendo em vista a necessidade de garantir os direitos constitucionais e legais dos cidadãos.

É necessário romper com a ideia de que o julgamento deve ocorrer, prioritariamente, de forma célere, rápida. Não é essa a posição mais acertada, uma vez que, em verdade, o processo não deve ser julgado de maneira assoberbada, a demonstrar que o Poder Judiciário é rápido na resposta aos reclamos sociais. Soluções imaturas e imediatas nem sempre são as mais acertadas na busca da efetividade da justiça. Assim, é preciso prevalecer a razoabilidade como caminho necessário a resolver os feitos sob apreciação.

A pergunta que inevitavelmente se faz, no presente estudo, é como proporcionar uma duração razoável para os processos diante da quantidade de lides criminais que assolam o Judiciário nos diversos rincões desse país? De imediato pode-se pensar que a resposta a essa indagação seria aquela mais simplista, que vê no estabelecimento de prazos estanques a saída necessária. Contudo, a mudança ou introdução de prazos processuais não resolve *de per se* o amplo aparato processual de assoberbamento judicial vigente. É preciso passar por questões outras, tais como mão de obra humana e condições materiais de trabalho.

No que tange à prescrição virtual, verifica-se que a necessidade de termos processos cuja resposta seja dada em prazo razoável, tem fracassado. Tal

---

<sup>138</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 96.

constatação se revela com o prolongamento de feitos por anos que já se sabe estarem mortos. Ou seja, é necessário uma nova postura na análise de processos que se manifestam infrutíferos e, portanto, de menor importância. Assim, os esforços devem ser concentrados sobre ações criminais que se vislumbre efetividade para sobre elas ser consagrado a duração razoável de sua persecução. Dessa maneira, “com o reconhecimento dessa tese, muitos processos inúteis seriam retirados dos fóruns, liberando as pautas de julgamento e possibilitando maior atenção e eficiência aos casos que realmente merecem a atenção do Poder Judiciário<sup>139</sup>”.

#### 4.3 DA PRETENSA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

A discussão em derredor da prescrição virtual não se encontra pacificada. Costuma-se aventar que a sua aplicação não deve ter espaço uma vez que é terreno propício para violação de diversos princípios de ordem constitucional e legal, a ensejar a sua inadequação ao procedimento criminal. Senão vejamos:

##### 4.3.1 Legalidade

Neste trabalho manográfico, especificamente no seu capítulo primeiro, foi discutida a legalidade enquanto limitação existente para a atuação do *jus puniendi* estatal. Diante disso, e considerando esta função limitadora, de igual forma aplica-se como argumento justificante pela inaplicabilidade da prescrição na modalidade virtual.

No direito penal não se admite, sob pena de violação ao princípio da legalidade, que tudo aquilo que diz respeito ao crime e a pena, que não estiver previsto em lei, não pode ser aplicado. Tal premissa foi construída ao longo de diversos anos, rompendo com a ideia outrora predominante que pessoalizava o crime, o criminoso, bem como o seu julgamento.

Nota-se que o postulado da legalidade arrima-se no preceito básico de que o

---

<sup>139</sup> ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro** (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 111

direito penal deve ter suas normas previstas anteriormente ao crime, sendo, assim, previsíveis. Dito de outra forma, o delito e a pena correspondente devem ser anteriores a perpetração da conduta criminosa.

Discute a violação ao princípio da legalidade quando se aplica a prescrição virtual, a partir da ideia de que não é dado ao Poder Judiciário inovar em sede penal, quando o legislador não disciplina determinados institutos que são de sua competência. Ao introduzir uma nova modalidade prescribente ao direito penal, estaria o magistrado agindo *contra legem* e usurpando a competência do legislativo de produzir leis em matéria penal.

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prescrição virtual sempre foi rechaçada argumentando a afronta ao princípio da legalidade e diversos outros de fundo constitucional<sup>140</sup>. Para o STF, no rol do artigo 107 do Código Penal não há menção a prescrição virtual como modo de extinção da punibilidade do agente, razão pela qual não se pode inovar na matéria, aplicando técnica não prevista.

É preciso que se consigne, entretanto, que, em que pese o princípio da legalidade atuar como limite ao direito que o Estado possui de punir o indivíduo; deve-se observar que o referido princípio não é absoluto, uma vez que, sendo a liberdade humana a regra em um Estado Democrático de Direito, institutos que promovam benefícios aos réus sempre encontrarão guarida no ordenamento jurídico.

O contraponto a ser discutido se a legalidade realmente seria um impeditivo a aplicação da prescrição em perspectiva reside no próprio papel a ser desempenhado pelos que operam o direito. A busca pela Justiça deve ser o ideal preconizado pelos interpretes das leis, no sentido de que os atores processuais (magistrados, promotores e defensores) devem buscar formas de compreender os litígios e sobre eles apresentarem as soluções mais adequadas. Muitas vezes, entretanto, o quanto constante nas normas escritas, puramente, não é, por si só, a solução mais acertada a ser aplicada. Assim, a função criativa do magistrado, por exemplo, na condução dos

---

<sup>140</sup> HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. ORDEM DENEGADA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se contrariamente à tese da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva. Precedentes (HC 96.653, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe de 23.10.2009; RHC 94.757, rel. min. Cármen Lúcia, DJe-206 de 31.10.2008; Inq 1.070, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.07.2005; HC 83.458, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 06.02.2004; e HC 82.155, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 07.03.2003). Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 96953 – Tocantins**. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, 28 de setembro de 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18324363/aresp-963>>. Acesso em 07 de dezembro de 2018).

feitos, respeitado as garantias constitucionais e legais, possibilita a manutenção e estabilização da paz social e o afasta da concepção positivista, já ultrapassada, que o reduz a ser um mero boca da lei.

#### 4.3.2 Obrigatoriedade da ação penal

Advogam os doutrinadores contrários a prescrição virtual que o princípio da obrigatoriedade da ação penal vigora em nosso Direito como instrumento impositivo do Estado em buscar uma resposta jurisdicional as ocorrências delituosas no campo da vida. Segundo Antonio Lopes Baltazar, os argumentos em torno dessa proibição reside na noção de que “não tem Juiz poderes discricionários para analisar se instaura ou não ação penal. Os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos até o final da decisão<sup>141</sup>”. O que se quer afirmar com isso, nessa perspectiva, é que a “autoridade policial deve instaurar o Inquérito Policial; o Promotor de Justiça deve oferecer a denúncia; o Juiz deve presidir a instrução do processo e decidir<sup>142</sup>”.

Dessa maneira, no campo da Ação Penal Pública vige o princípio da obrigatoriedade, sustentando que a oportunidade e conveniência não justificam a atuação do Ministério Público diante de um fato típico, antijurídico e culpável. Para Afrânio Silva Jardim, o dever legal que possui o Ministério Público de exercer a ação penal é oriunda do princípio da legalidade que é parâmetro basilar em um Estado de Direito. Com base no pensamento do autor, a obrigatoriedade da ação penal se revela legítima tendo em vista que critérios de oportunidade e conveniência nem sempre se revelam claros e definidos para pautar atividades em que se discutam valores sociais que são extremamente relevantes<sup>143</sup>.

Contudo, a realidade prática evidencia a necessária mitigação desse postulado, uma vez que na legislação penal encontramos diversos institutos que dão margem a que o membro do *Parquet* ou o Magistrado valore se a controvérsia penal é idônea a ensejar uma ação penal, ou, se devido as circunstâncias, a persecução criminal deve ser mantida em andamento ou paralisada. Exemplificam o quanto aludido as figuras

---

<sup>141</sup> BALTAZAR, Antonio Lopes.; **Prescrição Penal**. Bauru-SP: Edipro, 2003, p. 164.

<sup>142</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>143</sup> JARDIM, Afranio Silva. **Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 44.

da transação penal (lei 9.009/95, artigo 76<sup>144</sup>), suspensão do processo (lei 9.009/95, artigo 89<sup>145</sup>), arquivamento do Inquérito Policial (CPP, artigo 28<sup>146</sup>).

Merece trazer à baila o pensamento de Túlio Fávaro Beggiato ao refletir que a noção atual de obrigatoriedade da ação penal tem desencadeado a sobrecarga de órgãos estatais, do qual o Ministério Público é o exemplo latente. Na concepção do autor, o que há, sob o jugo desse princípio, são diversas demandas muitas vezes fadadas ao insucesso ou, por vezes, a movimentação da máquina jurídica para delitos cuja gravidade é baixíssima ao invés de debruçar-se sobre causas que sejam relevantes e sensíveis para a sociedade. Isso ocasiona, por consequência, desperdício de recursos humanos e materiais de todas as estruturas investidas de poder (Judiciário, Ministério Público e Polícia)<sup>147</sup>.

Vladimir Aras assevera que “na hora de decidir o que fazer com uma investigação criminal concluída a contento, Promotores de Justiça e Procuradores da República dizem aleluia!<sup>148</sup>”. Prossegue o autor esclarecendo que passada essa fase os membros do *parquet* “são premiados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, que se baseia na utopia totalitária de que nenhum crime deve permanecer impune (...). Tolerância zero. Aqui sempre foi assim. Está na lei desde 1942<sup>149</sup>”. Contudo, segundo Aras, essa realidade não é constatada em diversos países civilizados do mundo que já adotam critérios de oportunidade para a ação penal “com certas condições objetivas ou quando presentes certos requisitos previamente estabelecidos em lei<sup>150</sup>”. Conclui o autor dizendo que “quem é garantista e favorável ao princípio da intervenção mínima é necessariamente um apoiador da adoção de

<sup>144</sup> “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

<sup>145</sup> “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

<sup>146</sup> “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

<sup>147</sup> BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 15, n. 47, 2016, p. 353.

<sup>148</sup> BLOG DO VLAD. “Um breve diagnóstico do sistema criminal”. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/09/um-breve-diagnostico-do-sistema-criminal/>. Acesso em: 06 novembro de 2018.

<sup>149</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>150</sup> Ibidem., loc cit.

critérios de discricionariedade para reger a decisão do Ministério Público de acusar ou não acusar<sup>151</sup>”.

No que toca à prescrição pela pena projetada merece reflexão a questão que todo o processo deve ter utilidade social, deve buscar uma resposta social efetiva e que não se revele como mero desperdício de tempo e de recursos materiais do Estado. A obrigatoriedade da ação penal não pode constituir óbice a uma atividade judicial que analise o custo-benefício para a intervenção do direito penal. Assim posto, processos que já se sabe ser fadado ao insucesso quando aplicada a pena jurídica futuramente é um feito criminal inútil que serve, ao fim e ao cabo, para violar garantias fundamentais do acusado, onerar o Estado e os atores processuais. Por isso, pode-se considerar que a “obrigatoriedade da ação penal não se mostra adequada, nem sob o prisma da coletividade, nem sob o ângulo do investigado<sup>152</sup>”

#### 4.3.3 Do devido processo legal: da ampla defesa e do contraditório

À luz do ordenamento jurídico constitucional brasileiro percebe-se que todo indivíduo tem direito a um processo devido. Esse é o postulado básico inserido no artigo 5<sup>a</sup>, LIV da Carta Magna<sup>153</sup>. Considerado um direito fundamental da pessoa humana, o devido processo legal se personifica como a garantia contra qualquer forma abusiva de poder.

Segundo Fredie Didier Júnior, “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso<sup>154</sup>”. Disso se denota que ao longo da história o devido processo legal foi se aprimorando e ganhando novos contornos de maneira que pode ser decomposto em diversos corolários que os arregimenta no plano concreto, tais como o contraditório e ampla defesa<sup>155</sup>. Pode-se anotar que o modelo constitucional de um processos devido a que estamos submetidos constitucionalmente difere de

---

<sup>151</sup> BLOG DO VLAD. “Um breve diagnóstico do sistema criminal”. Disponível em: <https://vladimiras.blog/2015/01/09/um-breve-diagnostico-do-sistema-criminal/>. Acesso em: 06 novembro de 2018.

<sup>152</sup> BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 15, nº 47, 2016, p. 355.

<sup>153</sup> “ Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

<sup>154</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: 18 ed. Jus Podivm, 2016, p. 68.

<sup>155</sup> “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

outros “como o estatudinense [no qual], os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição”<sup>156</sup>.

A jurisdição penal tem como requisito de validade de seus atos o estrito respeito ao devido processo legal. É dizer que todo processo necessita gravitar em torno dos direitos e garantias previstas na legislação constitucional e infraconstitucional, conformando um conjunto seguro de estrito e inabalável respeito à ordem jurídica.

Os que se mostram contrários a instituição da prescrição retroativa antecipada aduzem a clara violação ao devido processo legal tendo em vista que há uma antecipação do status condenatório antes mesmo de um comando sentencial que estivesse imbuído de garantias básicas de que o contraditório e a ampla defesa são os exemplos mais genuínos. Assim, não se verificaria o respeito a todas as fases existentes para a tramitação de uma ação penal pública, indo de encontro a Constituição Federal e as leis que disciplinarem fases para que a persecução criminal ocorra de forma regular e completa.

Tais argumentos merecem a devida e acurada reflexão. No tocante a esse aspecto, Júlio Cesar Lemos Travessa se propõe a discutir a matéria tendo como norte indagações básicas. A primeira delas é “para que o Estado perca o poder de punir pelo decurso do tempo é sempre necessário o devido processo legal ou este só é imprescindível quando causar qualquer gravame ao cidadão? <sup>157</sup>”. Pergunta ainda o autor se “o devido processo legal deve ser entendido como obrigatoriedade de observar todos os atos processuais abstratamente previstos ou como obrigatoriedade dos atos imprescindíveis à aplicação do Direito?”<sup>158</sup>.

Ao realizar um estudo de cunho histórico, abarcando referências doutrinárias e jurisprudenciais, o autor epigrafado deixa claro que a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa são instrumentos indispensáveis em um Estado de Direito, mas o que os viola é uma visão estritamente formalista do Direito, que seja imoderada e caprichosa. Traça o verdadeiro perfil dessa situação, a

---

<sup>156</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal?. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2008, n. 163, p.57.

<sup>157</sup> TRAVESSA, Júlio César Lemos. **O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa**. 2005. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005, p. 107.

<sup>158</sup>Ibidem., loc cit.



desnecessária submissão do cidadão a uma ação penal que não resultará nos objetivos que pretende a lei. “Esta instauração ou manutenção, visando apenas cumprir uma formalidade legal sem atentar para a realidade circundante, é desproporcional e ilógica aos propósitos da garantia do devido processo legal<sup>159</sup>”.

#### 4.3.4 Da presunção de inocência

Frequentemente o princípio da presunção de inocência é objeto de discussão no cenário jurídico nacional. O cotejo entre esse princípio e a (im)possibilidade de aplicação da prescrição virtual é também pauta relevante. É assente a ideia de que ninguém será considerado culpado sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Esse postulado básico se relaciona com diversos outros princípios de fundo constitucional, como a ampla defesa e contraditório, bem como do devido processo legal.

A presunção de inocência encerra uma garantia básica do indivíduo no sentido de que a ele só deve ser imputado o status de culpado após findada as possibilidades existentes de socorrer-se às instâncias superiores posteriormente a publicação do provimento jurisdicional condenatório de primeiro grau. Maurício Zanoide Moraes explica que tal princípio tem sua criação justificada a partir da junção de diversos direitos fundamentais, do qual a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade são exemplos básicos. Para o autor, esses direitos, em conjunto, criaram o que se chama de “ideia única e individualizada que os representasse e os enfeixasse para os espaços de vida específicos. A presunção de inocência, assim, está fundada em todos e em cada um daqueles direitos fundamentais<sup>160</sup>”.

A literatura jurídica vem apontado que não há que se falar em presunção de inocência, sendo mais técnico e correto considerar um estado de inocência. Dessa forma, enquanto a sentença tiver possibilidade de ser recorrida o réu nela apontado como condenado goza do considerado status de inocente e, por isso, tem a garantia

---

<sup>159</sup> TRAVESSA, Júlio César Lemos. **O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa**. 2005. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005, p. 118/119.

<sup>160</sup> MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 439.

de que não lhe seja direcionado qualquer consequência jurídica que se aplicaria a um indivíduo já definitivamente culpado<sup>161</sup>.

Pode-se advertir que a presunção de inocência é gênero do qual algumas regras fundamentais são espécies. André Nicolitt informa que essas espécies seriam a regra probatória, regra de tratamento e regra de garantia. Cumpre assinalar que, no que tange a primeira espécie, se revela a ideia de que o ônus da prova recai sobre quem acusa, e, portanto, quando remanescer qualquer dúvida o réu deverá ser absolvido. Por sua vez, quanto à regra de tratamento, a presunção de inocência se perfaz no trato com o acusado impondo que o Poder Público não deverá enxergar o mesmo como se condenado fosse. A seu turno, como regra de garantia, a presunção de inocência é demonstrada pela utilização do caminho menos danoso ao réu, através da observância das regras contidas no ordenamento jurídico pátrio<sup>162</sup>.

Consideradas essas premissas básicas a respeito da presunção de inocência, verifica-se que esse princípio exsurge-se como um argumento notável pela impossibilidade de aplicação da prescrição virtual. Alega-se, que o “réu teria direito a uma sentença absolutória, no mais amplo sentido liberatório, o que não se afiguraria com a sentença prematura a reconhecer a prescrição antecipada<sup>163</sup>”, o que ocorre, ainda é que “apesar da não geração de efeitos jurídicos penais, argumenta-se, além da controversa repercussão cível, que não se pode desprezar os efeitos morais e sociais<sup>164</sup>”.

Ocorre que a presunção de inocência não é violada com a atividade de análise dos autos de forma antecipada com a aplicação de uma suposta condenação e a respectiva pena. Isso porque a prescrição virtual baseia-se na pena hipotética e não

---

<sup>161</sup> Nesse sentido é o pensamento de Luiz Flávio Gomes, sinalizando que “tampouco pode-se sustentar que o preceito constitucional (art.5º, inc. LVII) configure uma “norma de presunção”, visto que essa exige: previsão em lei positiva, caráter processual, com repercussões probatórias e enlace entre si de duas afirmações, antecedente e consequente, as quais devem ser qualitativamente distintas. No nosso texto constitucional aqui analisado não temos o último requisito da norma de presunção, isto é, não existe nenhum vínculo entre duas afirmações qualitativamente distintas. Existe, isso sim, uma só afirmação, que não é deduzida de nenhuma outra”. (GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p.108.)

<sup>162</sup> NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência**. Edição única, Lumen Juris, 2006, p. 60.

<sup>163</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 121.

<sup>164</sup> Ibidem., loc cit.

em uma condenação real, de forma que se analisaria que ao fim do processo essa condenação restaria prescrita em virtude do advento da prescrição retroativa. A presunção de inocência não seria maculada já que não carimba o estado de culpabilidade do acusado, isso em virtude da não ocorrência do trânsito em julgado<sup>165</sup>.

Nesse mesmo sentido é o que considera Thiago Haviaras da Silva, em uma perspectiva crítica sobre a temática, ao propugnar que a análise realizada através da prescrição pela pena projetada “não a julga culpado nem ataca o mérito da questão, tão somente visualiza as possibilidades que terá ao prolatar a sentença, quais sejam, absolver ou condenar o réu<sup>166</sup>”. E isso é realizado “antevendo a condenação, mentalmente e fixando critérios legais, calcula a pena que ao réu caberia<sup>167</sup>”. Dessa maneira, não são visionadas ilegalidades nessa tarefa jurisdicional.

#### 4.4 DA *MUTATIO LIBELLI* E À PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A *mutatio libelli* está disciplinada no artigo 384<sup>168</sup> da codificação processual penal e significa a possibilidade que detém o *Parquet* de aditar a exordial acusatória quando, após a instrução, for verificável que determinada circunstância ou elemento não foi objeto de previsão na denúncia.

O princípio da correlação fundamenta a existência da *mutatio libelli*, uma vez que a relação entre denúncia e sentença constitui uma garantia do jurisdicionado<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> TEIXEIRA, Filipe Amorim Silva Fernandes. **Prescrição penal antecipada**. <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17232](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17232)>. Acesso em 09 de nov de 2018.

<sup>166</sup> SILVA, Thiago Haviaras da Silva. **Prescrição antecipada da pena**. 2007. Monografia (graduação). Graduação em Direito, Universidade do Vale do Itajaí, São José (SC), 2007, p.71.

<sup>167</sup> Ibidem., loc cit.

<sup>168</sup> 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”.

<sup>169</sup> Vide julgado que, de forma inequívoca, expressa como o princípio da correlação fundamenta a *mutatio libelli* e constitui garantia do acusado: “Garantia constitucional assegurada ao réu, pois permite que ele se defenda apenas dos fatos lhe imputados, sendo que a sua inobservância constitui nulidade insanável. (...) O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado, por via constitucional. Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Na medida em que se descreve, com pormenores, um episódio criminoso atribuindo-o a alguém, a denúncia fixa os limites de atuação do Juiz, que não poderá decidir além ou fora da imputação. A sentença espelha, portanto, a imputação, refletindo-a nos seus exatos contornos. Qualquer distorção na imagem significa uma ofensa ao princípio da correlação e

Não é dado ao magistrado julgar um crime reportando-se a fatos ou circunstâncias que não foram previstos na peça acusatória. Discutindo sobre este instituto processual, Felipe Daniel Amorim Machado e Flaviane de Magalhães Barros ressaltam que a *mutatio libelli* está relacionada com o papel que o Juiz exerce no Estado Democrático de Direito, pois a este ator processual é vedada a prerrogativa de ser inerte à espera da solução para o caso concreto. Ao Juiz cabe, dentre outras funções, a de promoção da “possibilidade de discussão argumentativa das partes sobre as provas a serem produzidas, as circunstâncias do crime e a norma adequada ao caso, tudo mediante o contraditório prévio<sup>170</sup>”.

Quando se analisa a *mutatio libelli* à luz da prescrição virtual, surge questionamentos no sentido de que essa modalidade prescricional deixa de apreciar o previsto no art. 384 do Código de Processo Penal, de forma que a pena antecipada poderia vir a ser majorada, acaso, em um dado momento, o Ministério Público aditasse a denúncia para um crime mais grave<sup>171</sup>. Nesse sentido, poderia suscitar a questão segundo a qual eventual modificação na quantidade de pena que seria aplicada ao réu recomenda-se que a análise a antecipada do feito não tenha lugar antes de encerrada a fase probatória.

Contudo, como sinaliza César Eduardo Lavoura Romão o argumento não deve prosperar por um série de razões, isso porquê eventual reconhecimento da falta de interesse de agir, que é uma das condições da ação penal, não influi na negação da existência da possibilidade de aditamento da peça acusatória. Para o autor, inclusive, acaso a denúncia seja rejeitada por falta de qualquer das condições da ação, esta decisão não faz coisa julgada material e, portanto, a consequência básica desse fato é que, se posteriormente, novas provas surgirem e evidenciarem que a quantidade de pena pode ser alterada, o processo poderá ser retomado. As mesmas proposições

---

acarreta a nulidade da sentença. É fundamental a existência de correlação entre a acusação e sentença, princípio que representa uma das garantias constitucionais do direito de defesa.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Apelação Crime nº. 70010430874**. Relator: Sylvio Baptista Neto, 19 de maio de 2005. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=SETIMA+CAMARA+CRIMINAL>>. Acesso em 07 de dezembro de 2018).

<sup>170</sup> MACHADO, Felipe Daniel Amorim; BARROS, Flaviane de Magalhães. Atuação do juiz e das partes no processo: estudo sobre a *mutatio libelli* a partir do movimento das reformas processuais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v 2, n 2, p. 83.

<sup>171</sup> HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. Prescrição antecipada: acertos e desacertos. **Revista Jurídica consulex**, Brasília, ano VIII, n. 179, junho/2004, p. 47.

aqui expostas se aplicam ao Inquérito Policial<sup>172</sup>.

Constatação da realidade processual penal sobre o desarquivamento de feitos com base no surgimento de provas novas, é realizado por Gustavo Henrique Coelho Hahnemann, ao esclarecer que, a despeito da previsão de forma abstrata na legislação, a realidade demonstra que autoridades policiais e magistrados não tem envidado esforços em angariar novos elementos probatórios. Isso ocorre devido o volume de serviços, “o mesmo excesso que forneceu condições para o desenvolvimento de institutos como a prescrição virtual<sup>173</sup>”. Nessa perspectiva, o que se observa é, inquestionavelmente, que os feitos arquivados tendem a se manter assim eternamente<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro** (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 130.

<sup>173</sup> HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 110/111.

<sup>174</sup> Ibidem., loc cit.

## 5. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA: ANÁLISE SUMULAR E PRÁTICA.

Expostas as premissas doutrinárias necessárias a compreensão da prescrição virtual e suas nuances, faz-se necessário analisar, sob o viés prático, como a temática tem sido entendido pelo Tribunal da Cidadania e a consequente aceitabilidade do referido posicionamento pelos Magistrados com atribuições criminais na Comarca de Salvador/Ba.

### 5.1 DA SÚMULA 438 DO STJ.

É cediço que o STJ, por meio de suas turmas, sempre rechaçou a prescrição virtual<sup>175</sup>, até que, no dia 02 de maio de 2010, o referido Tribunal aprovou a Súmula n. 438 referente à prescrição virtual, de modo a inadmitir que a extinção da punibilidade ocorra com fundamento em uma pena hipotética<sup>176</sup>. Diante disso, verifica-se que uma ampla corrente doutrinária e jurisprudencial restou vencida ao enxergar o processo sobre um viés racional.

---

<sup>175</sup> Quinta turma do STJ: “CRIMINAL. RESP. TENTATIVA DE FURTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA, PELO JUÍZO MONOCRÁTICO, COM BASE EM PENA ANTECIPADA. DECISAO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPROPRIEDADE. PORTE ILEGAL DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. De acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial: 880774 RS 2006/0194960-5**. Relator: Ministro GILSON DIPP, 10 de maio de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8922635/recurso-especial-resp-880774-rs-2006-0194960-5>. Acesso em 05 de dezembro de 2018).

Sexta turma do STJ: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONSANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus: 18569 MG**. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 25 de novembro 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18324363/aresp-963/decisao-monocratica-103987848>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018).

<sup>176</sup> Súmula 438: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?vPortalArea=471>. Acesso em: 14 de novembro de 2018).

Sabe-se que a edição do referido verbete sumular por parte do STJ visou promover a uniformização da interpretação da legislação federal no tocante à prescrição penal, já que se encontravam posições dissonantes entre os tribunais das diversas instâncias e nos Juízos de primeiro grau. É válido ressaltar que a edição de súmula pelo STJ não se reveste do atributo de obrigatoriedade, no sentido de ser uma norma jurídica cogente, mas, é bem verdade, orienta a aplicação da matéria federal.

Ao analisar a Súmula n. 438, editada pelo Tribunal da Cidadania, Daniel Mattioni é enfático ao asseverar que o Superior Tribunal de Justiça prestou um desserviço à concepção de um processo penal e um direito penal que se revele mais justo e adequado à Carta Federal de 1988. Para o autor, o STJ adotou “uma visão autoritária e policlesca do processo penal, como se este tivesse vida própria, e não servisse – como deve servir- para a aplicação do direito material a cada situação concreta”<sup>177</sup>.

É preciso advertir que, ao editar a supracitada Súmula, vê-se a nítida violação à visão minimalista do Direito Penal, isso porque, mesmo sabendo que o processo que está sendo analisado é um nada jurídico, move-se a máquina judiciária para o seu processamento, quando, ao final, a inevitável morte do feito será declarada.

Observa-se que a admissão da prescrição virtual está em consonância com a realidade forense. É preciso que um Juízo de importância e uma análise processual acurada sejam feitas pelos operadores do Direito com o fito de estabelecer um processo penal legítimo e adequado à realidade.

Daniel Mattioni analisa que, em sendo a súmula 438 do STJ, tendo sido publicada e adquirido vigência, nota-se que algumas questões precisam ser ponderadas. Para o autor, a súmula alcança somente os julgamentos do poder judiciário, de maneira que não vincula o Ministério Público, dado a independência funcional desse órgão que pode, sem qualquer embargo, solicitar a aplicação da prescrição virtual em um caso concreto<sup>178</sup>. Em um segundo momento, o autor

---

<sup>177</sup> MATTIONI, Daniel. A prescrição virtual no processo penal e a súmula nº 438 do superior tribunal de justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. nº 36, 2011, p.134.

<sup>178</sup> Nesse particular, vide artigo publicado por Álvaro Sócrates Anjos Oliveira, Daniele de Jesus Andrade, Eduardo José Suzart Filho e Milton Pereira da Silva Junior. OLIVEIRA, Álvaro Sócrates Anjos; SUZART FILHO, Eduardo José; SILVA JÚNIOR, Milton Pereira da; ANDRADE, Daniele de Jesus. Prescrição retroativa antecipada: aceitabilidade entre os promotores de justiça com atribuições criminais da comarca de Salvador;BA. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v.7, n.10, p.413-432, 2007.

considera que, pelo fato da Súmula não ser dotada de caráter vinculante, não detém obrigatoriedade para o seu cumprimento. Por fim, Mattioni propõe a revogação da súmula 438 do STJ com base no seu próprio regimento interno<sup>179</sup>.

Ao refletir sobre a Súmula n. 438 do STJ, Flávio da Silva Andrade comenta que o entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ não impede que o Juiz e o Ministério Público analisem o preenchimento das condições da ação penal, em especial o interesse de agir. Andrade defende, ainda, que o verbete sumular acima referenciado não impede que a prescrição virtual seja aplicada a atos antes da entrada em vigor da lei 12.234 de 2010, em virtude da adoção das regras de direito penal no tempo<sup>180</sup>.

É imperioso destacar que a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de prescrição penal em perspectiva não pode ser considerada a melhor. Isso em virtude do fato de que, utilizando como parâmetro a Constituição Federal e os ideais e princípios nela estabelecidos, deve-se buscar formas de se efetivar os objetivos que formam um Estado Democrático de Direito. Nessa senda, acolher a possibilidade de aplicação da prescrição virtual resulta no robustecimento da dignidade humana e corrobora com um processo penal econômico, instrumental e rechaça que constrangimentos ilegais pautem o processo crime.

## 5.2 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA: A COMARCA DE SALVADOR –BA

Fixadas as premissas em derredor da prescrição virtual, e expostos o modo como se portam a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, analisaremos um aspecto crucial neste trabalho monográfico, a saber: se os magistrados, com atribuições criminais na Comarca de Salvador, aceitam ou repelem a prescrição pela pena projetada.

Para tanto, no dia 12 e 13 de novembro de 2018, foram entrevistados 27 (vinte e sete) magistrados (e na ausência dele, seus assessores) atuantes na Comarca de

---

<sup>179</sup> MATTIONI, Daniel. A prescrição virtual no processo penal e a súmula nº 438 do superior tribunal de justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. nº 36, 2011, p.137.

<sup>180</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a súmula 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região**, v. 23, n. 3, 2011, p. 48.

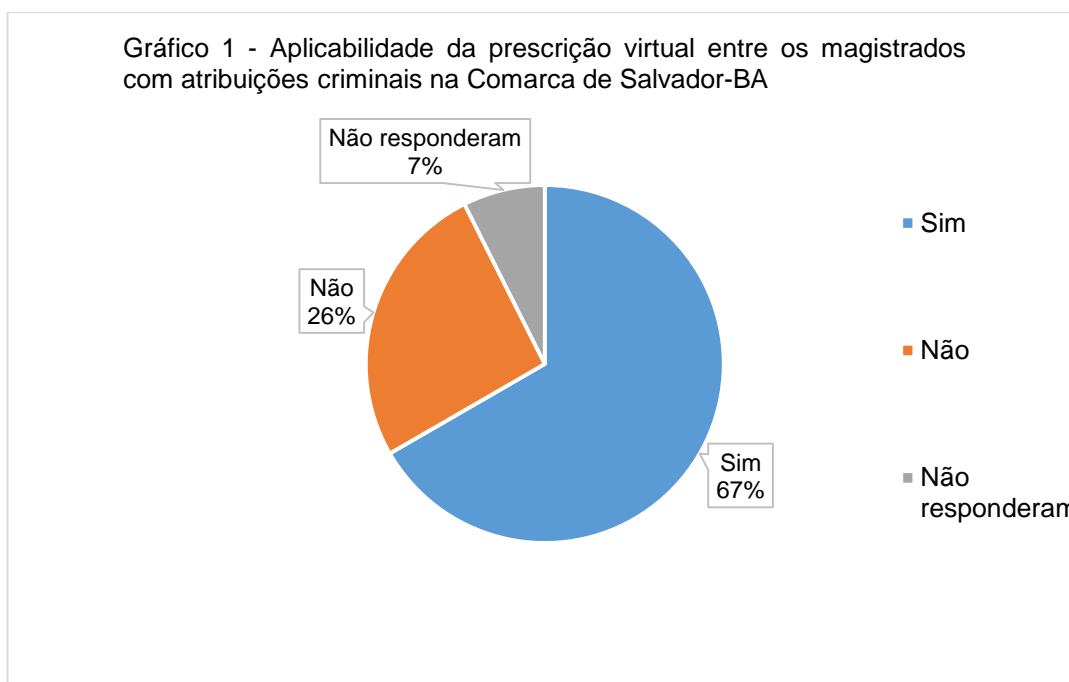


Salvador-BA, vale dizer, que atuam perante as Varas Criminais comuns e especializadas.

A entrevista consistiu em perquirir se o entrevistado aplica a prescrição virtual como forma de extinção da punibilidade do agente. Após o levantamento dos dados, comprovamos que 18 (dezoito) magistrados aplicam a prescrição virtual. São os Juízes das seguintes Varas: 1ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 10ª, 13ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 1ª privativa de tóxicos, 2ª privativa de tóxicos, 1ª Vara de Crimes contra a criança e o adolescente, 2ª vara crime contra a criança e o adolescente, 2º Juízo da 1ª Vara do Tribunal do Júri e o 2º Juízo da 2ª Vara do Júri.

A seu turno, em 7 (sete) Juízos não se aplica a prescrição em perspectiva: são eles: 2ª Vara, 7ª Vara, 9ª Vara, 12ª Vara, Vara de combate ao crime organizado, 1º Juízo da 1ª Vara do Júri e o 1º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri. Não se obteve dados de dois Juízos: 11ª vara e 3ª Vara privativa de tóxicos.

Os dados colhidos podem ser decompostos graficamente da seguinte forma:



A análise que se faz, inevitavelmente, é que, a despeito do verbete sumular orientador da prescrição virtual, do STJ, grande parte dos magistrados inclinam-se favoravelmente a tal instituto, mesmo rechaçado pelo Tribunal da Cidadania. É uma demonstração inequívoca que os Juízes de primeiro grau encontram-se diante de inúmeros processos, muito dos quais é necessário saneá-los no sentido de atribuir esforços para aqueles que realmente valham à pena quando do fim da instrução

processual.

Ademais, verifica-se que há uma constante mudança de pensamento por parte dos Juízes no tocante ao modo de atuar, revelando que a atividade do Magistrado não é apenas de dizer o Direito, mas de garantidor de Direitos da pessoa humana, fazendo, assim, concretizar normas e princípios genuinamente constitucionais. Contudo, é preciso advertir que parcela de Juízes com atribuições criminais na Comarca de Salvador possuem resistência a aplicação da prescrição pela pena projetada, em um reflexo claro de submissão irrestrita ao princípio da legalidade, sobretudo.

### 5.3 O ESTADO NÃO PODE SER JULGADOR DE PROCESSO INÚTEIS: SENTENÇAS PENAS DE JUÍZOS CRIMINAIS DA COMARCA DE SALVADOR

O presente subtópico consiste numa pesquisa de campo de abordagem qualitativa, no qual desenvolve a análise de 3 (três) sentenças prolatadas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, especificamente na Comarca de Salvador.

Cumprido assinalar que após levantamento no qual se observou quais Magistrados aplicariam a prescrição virtual (dados acima analisados), iniciou-se uma nova etapa da pesquisa. Foi consultado o sistema e-saj, com base nos seguintes parâmetros: consulta, após utilizou-se a opção pesquisa avançada, posteriormente selecionou-se uma Vara específica escolhida dentre as quais os Juízes adotam a prescrição pela pena projetada, em seguida utilizou-se a aba movimentação e selecionou-se o período correspondente entre os dias 12 de agosto de 2018 e 12 de novembro de 2018, sendo, por fim, escolhido o tipo de movimentação, a saber: prescrição. O procedimento foi repetido três vezes, com Varas diferenciadas, sendo elas a 6ª, 14ª e 2ª Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri.

As sentenças analisadas foram colhidas dos processos judiciais de números 0511493-11.2014.8.05.0001; 0000093-62.2011.8.05.0001 e 0379028-72.2013.8.05.0001. Tais ações penais têm o Ministério Público Estadual como autor. Ademais, a análise da sentença possui como finalidade entender o funcionamento da prescrição em perspectiva sob um viés mais prático e os fundamentos aventados.

A primeira sentença objeto de reflexão é da 6ª Vara criminal, referente aos autos

tombado sob o número 0511493-11.2014, tendo sido proferida no dia 26 de setembro de 2018 pela MM Juíza de Direito, Dr<sup>a</sup> Silvia Lúcia Bonifácio Andrade Carvalho. Trata-se de uma ação penal de procedimento ordinário, no qual o réu ali epigrafado respondeu ao crime de furto, caput, na modalidade tentada (art. 155, caput<sup>181</sup>, combinado com o artigo 14, inciso II<sup>182</sup>, ambos do Código Penal).

Interessante notar que o Ministério Público, no presente caso, ofereceu parecer no qual manifestou-se pela ocorrência da prescrição, com fundamento no artigo 107, IV, do Código Penal<sup>183</sup>. No caso em exame se observa que o último marco interruptivo da prescrição ocorreu em 13 de março de 2014 com o recebimento da denúncia. Constatada essa situação, a Magistrada sentenciante argumentou no sentido que as condições do artigo 59 do Código Penal<sup>184</sup> eram favoráveis ao acusado e, portanto, a pena a ele aplicada não se distanciaria do mínimo legal, qual seja, um ano.

Ademais, como o crime foi praticado na modalidade tentada, aplica-se o quanto constante no artigo 14, parágrafo único, segunda parte do Código Penal<sup>185</sup>. Dessa maneira, *in casu*, a pena totalizaria 8 meses de reclusão. Em cotejo com a tabela prescricional contida no artigo 109, do Código Penal, especificamente no seu inciso VI<sup>186</sup>, a prescrição se daria em 3 (três) anos. Ou seja, em 13 de março de 2017, isso porque o último marco interruptivo da prescrição foi em 13 de março de 2014.

Para fundamentar a existência da prescrição virtual, a Magistrada aventou que essa modalidade prescricional é a melhor saída para feitos que são absolutamente inapropriados. Adverte a Juíza que a adoção da prescrição pela pena projetada não é via para a descriminalização, mas, em verdade, é meio necessário para reconhecer a necessidade de negativa de atuação de um sistema penal repressivo e inefetivo. Por

---

<sup>181</sup> “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

<sup>182</sup> “Art. 14 - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

<sup>183</sup> “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: IV - pela prescrição, decadência ou preempção”.

<sup>184</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

<sup>185</sup> “Art. 14 – Diz-se o crime: Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

<sup>186</sup> “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano”.

fim, remeteu-se à ideia de economia processual como fator necessário para extinção de processos inúteis e fadados ao insucesso.

A segunda sentença que ora se análise foi proferida nos autos do processo de número 0000093-62.2011.8.05.0001, da 14ª Vara Criminal. O processo refere-se ao crime de furto qualificado (artigo 155, §4º, I”, combinado com o §2º, ambos do Código Penal<sup>187</sup>.

No caso sob comento, a denúncia foi recebida no dia 12 de janeiro de 2011, conformando o último marco interruptivo do feito. Constatado essa questão inicial, verificou-se que o réu é tecnicamente primário e que, portanto, a pena se daria no mínimo legal, isto é, 2 anos. Portanto, o prazo prescricional seria de 4 (quatro) anos, conforme dispõe o artigo 109, inciso V, do Código Penal<sup>188</sup>. Entretanto, foi verificado que desde o recebimento da denúncia já se transcorreu mais de 07 (sete) anos, o que demonstra a inutilidade do feito quando dá eventual aplicação da pena, no comando sentencial futuro.

Como argumentos necessários a adoção da prescrição em perspectiva, o Magistrado condutor do feito asseverou que não há qualquer fundamento para submeter o denunciado a uma condenação futura por um mero formalismo jurídico, de forma que caso isso não seja observado o Estado se tornaria um julgador escravo de processos que são inúteis, indo totalmente de encontro à lógica de eficiência. Colacionando breve estudo doutrinário e jurisprudencial, conclui o Juiz que a prescrição pela pena projetada atende aos princípios básicos que devem reger as relações jurídicas, são eles, economia processual e dignidade humana. Isso, por conseguinte, ocasionaria a preservação da máquina judiciária e preserva a própria credibilidade da justiça.

Por fim, a terceira sentença advém do 2º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri, tendo como Juíza prolatora, a Drª Andrea Teixeira Lima Sarmiento Netto, e está registrada nos autos de número 0379028-72.2013.8.05.0001 que trata-se de um

---

<sup>187</sup> “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”.

<sup>188</sup> “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois”.

processo no qual o réu estava sendo acusado pelo delito de Homicídio qualificado tentado (artigo 121, §2º, IV<sup>189</sup>, combinado com o artigo 14, II, ambos do Código Penal).

No caso em que ora se analisa, o fato ocorreu em 31 de agosto de 2000 e até a data da prolação da sentença extintiva da punibilidade (16 de outubro de 2018), não foi a denúncia recebida, não obstante ter sido oferecida em 21 de agosto de 2013.

Após longa explanação a respeito das condições da ação, especificamente sobre interesse processual e levantando farta doutrina e jurisprudência sobre a temática, a magistrada processante passa a analisar as circunstâncias elencadas no artigo 59 e 68<sup>190</sup> do Código Penal em cotejo com a caso em tela. Conclui, nesse interim, que a luz do quanto verificado para o crime de tentativa de homicídio qualificado atribuído ao réu, certamente o mesmo não teria uma pena superior a 8 (oito) anos de reclusão (considerando a diminuição em decorrência da tentativa).

Portanto, sinaliza a Juíza, que a pena de 8 (oito) anos prescreve em 12 (doze) anos, conforme o artigo 109, III, do Código Penal<sup>191</sup>, tempo este, contudo, já ultrapassado, uma vez que o fato deu-se no dia 31 de agosto de 2000 e, desde então, não se operou nenhuma das causas interruptivas prevista na legislação penal.

Fundamenta a Juíza da 2ª Vara do 2º Juízo do Tribunal do Júri que a prescrição pela pena projetada presta um grande serviço à atividade judiciária, tendo em vista que nos casos de sua incidência eventual sentença condenatória servia apenas como meio de postergar a necessária prescrição retroativa que adviria. Nessa perspectiva, a ausência de interesse de agir, a falta de justa causa bem como a ineficácia do provimento jurisdicional são fatores aptos e suficientes para pôr fim a processos inúteis.

Da análise dos dados colhidos por meio das sentenças supra analisadas, pode-se anotar que, com exceção da última, utiliza-se como marco de interrupção da

---

<sup>189</sup> “Art. 121. Matar alguém: § 2º Se o homicídio é cometido: IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”.

<sup>190</sup> “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

<sup>191</sup> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito”.

prescrição o recebimento da denúncia. Outros aspectos comuns são que os réus são tecnicamente primários e que há uma utilização necessária de cálculos para projetar a pena e o conseqüente prazo prescricional. Em todas as três situações o interesse maior na adoção da prescrição virtual é utilizar o processo penal de forma adequada e útil, razão pela qual deve-se buscar o seu caráter instrumental, preservando a dignidade humana e não coisificando aquele que tem em seu desfavor uma ação fadada ao nada jurídico; além de poupar tempo, energia, gastos das partes processuais que poderiam ser investidos em outros processos.

### 5.3 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Uma vez expostas as posições adotadas pelos magistrados criminais atuantes na Comarca de Salvador, interessante trazer à baila o posicionamento utilizado pela Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a fim de que se possa analisa-lo quando do julgamento de ações nas quais há recurso da sentença que extinguiu a punibilidade do agente pelo advento da prescrição virtual.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECORRENTE PRONUNCIADO COMO INCURSO NO ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (HOMICÍDIO SIMPLES). **PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL DA PENA EM PERSPECTIVA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. TEMA JÁ ENFRENTADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF (RE-602527). INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 438 DO STJ.** APRECIÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. DESCABIMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA EM 15.10.1983. DECISÃO DE PRONÚNCIA EFETIVADA EM 20.03.2000 E A PUBLICAÇÃO OCORRIDA EM 24.03.2000. PENA MÁXIMA DO DELITO EM CONCRETO É DE 20(VINTE) ANOS. IN CASU, NÃO SE OPEROU A PRESCRIÇÃO, POIS, ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA VESTIBULAR ACUSATÓRIA E A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA, TRANSCORREU LAPSO INFERIOR A VINTE ANOS, PRECISAMENTE 16(DEZESSEIS) ANOS E 05(CINCO) MESES. APLICAÇÃO DO ART. 109, I, DO CP. DECISÃO DE PRONÚNCIA ESCORREITA, PORQUANTO A MATERIALIDADE DO CRIME E OS INDÍCIOS DE AUTORIA RESTARAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS ATRAVÉS DO LAUDO DE EXAME CADAVERÍCO ADUNADO AOS AUTOS E A COLHEITA DA PROVA ORAL EM AMBAS AS FASES PROCEDIMENTAIS. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA INSURGÊNCIA RECURSAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0000001-35.1991.8.05.0050, Relator(a): Jefferson Alves de Assis, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 25/10/2018) – grifos nossos.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL C/C LEI 11.340/2006. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELO JUÍZO DE PISO EM FACE DA INÉPCIA DA EXORDIAL ACUSATÓRIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. **NÃO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL – APLICAÇÃO DA SÚMULA 438 DO STJ.** EXISTENCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL EM FACE DA EXISTÊNCIA DOS INDÍCIOS DE AUTORIA E COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. DENÚNCIA RECEBIDA – APLICAÇÃO DA SÚMULA 709 DO STF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0001402-21.2012.8.05.0022, Relator (a): Soraya Moradillo Pinto, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 22/09/2017 ) (TJ-BA - RSE: 00014022120128050022, Relator: Soraya Moradillo Pinto, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 22/09/2017) [grifos nossos].

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME DE POLUIÇÃO (ART 54, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98) - APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELO MAGISTRADO A QUO – VEDAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 438 DO STJ - CASSAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – RECURSO PROVIDO. I - **Não há que se cogitar em prescrição antecipada, virtual ou em perspectiva, haja vista que tal modalidade prescricional é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.** II - **Tal entendimento encontra-se em harmonia com as jurisprudências dos Tribunais Superiores, bem como está em conformidade com a Súmula nº 438, editada pelo Superior Tribunal de Justiça.** (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0302716-74.2012.8.05.0103, Relator(a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Camara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 13/09/2018) [grifos nossos].

Verifica-se da leitura do julgados acima transcritos que o fundamento principal apontado para não se reconhecer a prescrição virtual reside na contrariedade ao preceito Sumular do STJ sobre a temática, tendo em vista que a inadmite. Apesar do STJ, para fundamentar a utilização desse posicionamento, arguir que o reconhecimento da prescrição virtual ofenderia a princípios processuais penais, principalmente ao princípio da legalidade e da presunção de inocência, deve-se observar que, quanto à legalidade, o Poder Legislativo pode disciplinar e suprir tal vazio; mas o próprio Judiciário pode reconhecer a partir de uma interpretação que favorece o réu e, portanto, não fere a legalidade que tem função de limitar o *jus puniendi* estatal. Quanto à presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, também não são afetados, uma vez que o resultado da aplicação virtual não será a imposição de culpa e pena, mas o favorecimento da liberdade.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 267, INCISO VI, DO CPC E ANTE A ALEGAÇÃO DE DELONGA NO JULGAMENTO DO FEITO. INOCORRÊNCIA. PRESENTES OS REQUISITOS DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 438, STJ. RECURSO CONHECIDO E JULGADO PROVIDO. - Ao Ministério Público, detentor da ação penal nos crimes de ação penal pública, cabe o discernimento acerca da existência ou não da justa causa, de forma que não se pode acolher a decisão proferida pelo magistrado a quo. **Encontrando-se presentes as condições da ação, a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, não há como prosperar a sentença que declarou a extinção sob este fundamento. - O enunciado sumular n. 433, STJ impede o reconhecimento da extinção da punibilidade com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo criminal**, sendo vedado por conseguinte a extinção do processo sem julgamento do mérito sob alegação de excesso prazal na condução do feito. Recurso conhecido e provido a unanimidade. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0000066-07.2005.8.05.0190, Relator (a): Mário Alberto Simões Hirs, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 12/02/2015 ) [grifos nossos]..

HABEAS CORPUS - ROUBO - ALEGAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL FUNDAMENTO RECHAÇADO PELA JURISPRUDÊNCIA E NÃO AMPARADO PELA LEGISLAÇÃO ORDEM DENEGADA. I - De acordo com as informações repassadas pelo MM. Juízo a quo, o paciente, em conjunto com um comparsa, é acusado de ter subtraído, mediante o uso de arma de fogo, bolsas contendo dinheiro de várias vítimas. II - Por outro lado, afirmam os Impetrantes que as circunstâncias que envolvem o delito, em caso de eventual condenação, não teriam o condão de lastrear uma pena superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade. Nesse sentido, a prescrição da pretensão punitiva ocorreria em 8 (oito) anos, contados da última causa interruptiva. Assim, com base na ideia de prescrição em perspectiva, seria imperioso o seu reconhecimento, pois entre o recebimento da denúncia e a presente data já teriam se passado oito anos. Por tais motivos, requer a declaração de extinção da punibilidade do paciente com fulcro no art. 107, inciso IV, do Código Penal. III - Ressalta-se que o paciente está respondendo ao processo em liberdade. **IV - Afastada a tese de prescrição virtual, posto que carece de amparo legal e jurisprudencial. Há, quanto ao assunto, entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme teor da súmula 438, razão pela qual denega-se a ordem.** HABEAS CORPUS DENEGADO. HC Nº 0009181-20.2017.8.05.0000 IBICARAÍ. RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA. (Classe: Habeas Corpus, Número do Processo: 0009181-20.2017.8.05.0000, Relator(a): Eserval Rocha, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 14/07/2017) [grifos nossos].

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. Recorrente Pronunciado por TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121, caput, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DA Matéria de ordem levantada pela defesa. Prescrição virtual. Extinção da punibilidade ou rejeição da denúncia por falta de interesse-utilidade DE AGIR. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 438 DO STJ VETA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. EFETIVIDADE E UTILIDADE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO, PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DA DESCLASSIFICAÇÃO, SUSTENTADA PELA DEFESA, DO DELITO DE HOMICÍDIO TENTADO PARA LESÕES CORPORAIS. DESISTÊNCIA



VOLUNTÁRIA. RESPONDER PELOS ATOS PRATICADOS. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA PLAUSÍVEL SE O ACUSADO NÃO CONSUMOU O CRIME POR CIRCUNSTÂNCIA ALHEIAS A SUA VONTADE OU SE DESISTIU, VOLUNTARIAMENTE, DA EXECUÇÃO DO CRIME. prevalecendo o princípio do "in dubio pro societate", em contraposição ao princípio do "in dubio pro reo", para impor-lhe a pronúncia. Dessa forma, compete ao PLENÁRIO, no exercício de sua competência constitucional (art.5º, XXXVIII, 'd' , da CF/88), apreciar a matéria. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. PRONÚNCIA CONFIRMADA. **I- muito embora o brilhante argumento defensivo busque a extinção da punibilidade por força da prescrição virtual, ou, no segundo plano, a rejeição da denúncia por falta de interesse-utilidade de agir, não subsistem as teses aventadas. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento de que não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a extinção da punibilidade, em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão de pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou resultado do processo criminal. Incidência da Súmula nº 438 do STJ. (...). III - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO E IMPROVIDO. MANTENDO-SE INTEGRALMENTE A DECISÃO DE PRONÚNCIA. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0000035-85.1998.8.05.0172, Relator(a): Jefferson Alves de Assis, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 10/05/2017) – grifos nossos.**

Nota-se que o argumento segundo o qual quando se reconhece a prescrição em perspectiva acaba por violar matéria sumulada pelo STJ é uma constante nos fundamentos dos acórdãos. Contudo, como se percebe no último recurso em sentido estrito transcrito anteriormente, há a ideia de que a não adoção da prescrição virtual encontra-se em consonância com as condições da Ação Penal. Contudo, deve-se observar que quando se extingue um feito tendo como base tal modalidade prescricional, reconhece-se a falta de interesse de agir o que resulta na inexistência de uma das condições da Ação Penal, especificamente o interesse de agir na modalidade utilidade.

Da análise dos julgados que foram colacionados acima, em seu conjunto, e de outros tantos verificados em consulta jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, depreende-se que esse Tribunal rechaça, com veemência, a aplicação da prescrição virtual, por considerá-la contrária ao ordenamento jurídico pátrio, principalmente pela negativa de sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça.

O que se pode concluir, nessa toada, é que o referido Tribunal desconsidera o caráter útil do processo. Isso porque ao ordenar que feitos inócuos tenham seu regular processamento, acaba por maquiar situações no qual o trabalho é inútil e a jurisdição incabível, ocasionando uma situação que resposta alguma será dada a sociedade, havendo, ao fim e ao cabo, o agravamento da situação de asoberbamento forense.

Continuando a agir dessa forma, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia destoa de uma interpretação que seja conforme a Constituição, no sentido do respeito aos princípios que regem as relações penais travadas entre o Estado e o indivíduo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o Judiciário brasileiro passa, atualmente, por uma crise no desenvolvimento de suas atribuições. Frequentemente é apontado, pelos cidadãos, que o Poder Judiciário é leniente com a demora no julgamento dos feitos sob sua apreciação, o que acaba por gerar um sentimento de frustração. Tal sentimento é corroborado quando se tem processos nos quais quando as sanções são impostas, quando impostas, não têm sido mais efetivas.

O Poder Judiciário tem a sua credibilidade posta em discussão, já que não consegue, hodiernamente, em tempo razoável, responder aos anseios das partes (seja a garantia da liberdade, seja a aplicação de uma punição). A realidade das Varas criminais pelo País denota ser este um ambiente de estoque de ações processuais, em muitas das quais já está fulminada a pretensão estatal de exercício do *jus puniendi*.

Por outro lado, outras ações criminais já se mostram inócuas e inexecutáveis penalmente. É esse o cenário que se encontra em qualquer juízo criminal, a despeito dos Magistrados envidarem esforços em sentido contrário; ou quando são realizados investimentos financeiros para a contratação de pessoal, por exemplo – o que está muitas vezes aquém da necessidade, e dos avanços tecnológicos para reduzir a morosidade dos processos.

Entretanto, a observação da realidade, a experiência prática e uma análise sistemática do ordenamento jurídico algumas vezes resultam em achados e apresentação de soluções para tais problemas, a exemplo da consideração e do reconhecimento da prescrição virtual. Através desse instituto tem-se buscado o a finalização de processos que se avolumam nas prateleiras dos cartórios criminais ou nas filas dos processos digitais.

O reconhecimento da prescrição virtual se coaduna com os princípios da celeridade processual, da duração razoável do processo, da impossibilidade de utilizar-se do processo como meio de constrangimento ilegal e do interesse de agir. Porém, legislação e jurisprudência se afastam desses princípios, em nome da defesa social, que, ao final, não se realiza.

Ficou constatado, entretanto, que a despeito de orientação sumulada do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de rechaçar a prescrição pela pena projetada,

mais de 60% dos magistrados criminais atuantes na Comarca de Salvador-BA não tem seguido tal posicionamento, e o faz com base na realidade que vivenciam e na efetividade criminal que os guia no desenvolvimento do seu mister.

A despeito de tudo o quanto aludido, parcela considerável da doutrina, e assim o segue os tribunais superiores, vêem nessa modalidade processual de extinção da punibilidade do agente um ambiente propício para violações de princípios de envergadura constitucional, do qual a presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e a legalidade seriam os exemplos mais exponenciais. Ocorre que conforme debatido em capítulo próprio, há reserva a tais críticas, pois é possível conciliar a prescrição virtual com os princípios em questão.

É perceptível que o argumento fundante para a aplicação da prescrição virtual reside na denominada celeridade processual. Não é difícil constatar que, por uma série de intercorrências, as audiências dos processos judiciais são remarcadas. O tempo, enquanto circunstância necessária da vida, atua no Direito Penal e, dessa forma, impõe que o acusado não esteja em posição de Denunciado eternamente, de modo que suas garantias fundamentais sejam flexionadas em decorrência de uma situação estrutural de inefetividade da condução processual.

Por tudo quanto exposto, não se pode considerar a prescrição virtual como uma técnica temerária e inconsequente criada pelos operadores do Direito. A sua finalidade passa ao largo disso, pois busca-se a efetividade da jurisdição penal e garantia de direitos do acusado que sob o jugo do Estado não pode permanecer para sempre. Reconhecer a prescrição penal na modalidade virtual significa aplicar princípios processuais penais, isso porque os mesmos, dotados de normatividade que são, devem ser ponderados e sopesados no caso concreto e interpretados de forma sistêmica.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a súmula 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região**, v. 23, n. 3, 2011.

ARAUJO, Ulisses Gomes. **Culpabilidade como princípio do direito penal e como elemento do delito**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12259](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12259). Acesso em 13 de setembro de 2018.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 163, 2008.

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2003

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso em 01 Outubro de 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 15, nº 47, 2016.

BENTHIEN, Cleverson Tuoto. **O poder punitivo frente ao Estado Democrático de Direito**. 2008. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR, Curitiba, 2008.

BITENCOURT, Antonio Carlos dos Santos. Prescrição (pela pena) ideal. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)**. Rio de Janeiro, v. 08, nº 31, 2005.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, v 1, 2017.

BLOG DO VLAD. **“Um breve diagnóstico do sistema criminal”**. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/09/um-breve-diagnostico-do-sistema-criminal/>. Acesso em: 06 novembro de 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm) . Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Código Penal** (1940). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> . Acesso em: 04 de dezembro de 2018

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de dezembro 2018

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 678/92. Promulga a convenção interamericana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. T1.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Ingrid Paula Gonzaga e; SOUZA, Larissa Faleiro. A prescrição virtual sob o prisma do Estado Democrático e o princípio da não culpabilidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n.29.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Prescrição antecipada. **Revista Jurídica Síntese**, Porto Alegre, n. 229, novembro, 1996.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**. Brasília: CNJ, anual, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2018.

CUNHA LUNA, Everardo. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

JARDIM, Afranio Silva. **Ação penal pública** – princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 36. Ed. São Paulo: Saraiva. v 1. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1994.

GOMES, Abel Fernandes *et al.* Persecução Penal e devido processo legal no Brasil e na common law traditon- Análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. **R. SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 17-33, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007.

GUARANGNI, Fábio André. **Prescrição penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

GURPILHARES, Giovana Gleice Gomes dos Santos. **Prescrição da pretensão executória** – uma discussão sobre o trânsito em julgado da sentença condenatória para acusação. 2007. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Cib.). **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. Prescrição antecipada: acertos e desacertos. **Revista Jurídica consulex**, Brasília, ano VIII, n. 179, junho/2004.

HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IV.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, t. 1, 1967.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1988.

LIMA, Amannda de Sales. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). 70 fls. Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, 1999.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; BARROS, Flaviane de Magalhães. Atuação do juiz e das partes no processo: estudo sobre a mutatio libelli a partir do movimento das reformas processuais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v 2, n 2.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller. v 1, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo; Saraiva, 1999, v. 3.

MATTIONI, Daniel. A prescrição virtual no processo penal e a súmula nº 438 do superior tribunal de justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, n 36, 2011.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição Penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Fraude para Recebimento do valor do Seguro em face dos Princípios da Dignidade, Lesividade e Intervenção Mínima. In: Gamil Foppel (Org.). **Novos desafios do Direito Penal no terceiro Milênio – Estudos em homenagem ao professor Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência**. Edição única, Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Álvaro Sócrates Anjos *et al.* Prescrição retroativa antecipada: aceitabilidade entre os promotores de justiça com atribuições criminais da comarca de Salvador;BA. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v.7, n.10 , p.413-432, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PORTO, Hermínio Alberto M. **Júri**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**. Editora RT, 2007



PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1 a 120. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v 1, 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. v 1. 1971.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 83, v. 709, nov./1994.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. v 1, 2004.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal** - parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro** (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Thiago Haviaras da Silva. **Prescrição antecipada da pena**. 2007. Monografia (graduação). Graduação em Direito, Universidade do Vale do Itajaí, São José (SC), 2007.

SOARES JUNIOR, Antonio Coelho. **O princípio da Legalidade penal**: o que se fala e o que se cala. 2002. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina, 2002.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, nº 680, 1992.

TEIXEIRA, Filipe Amorim Silva Fernandes. **Prescrição penal antecipada**.

Disponível em:

<[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17232](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17232)>. Acesso em 09 de nov de 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: Parte Geral: arts. 1º a 120. 2ª ed. São Paulo: Atlas. v 1, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva. v 1, 2003.

TRAVESSA, Júlio César Lemos. **O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa**. 2005. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.