



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DIREITO**

JADE MARIA DE OLIVEIRA

**A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

JADE MARIA DE OLIVEIRA

**A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE
PRINCÍPIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Espec. Iana Karine Cordeiro

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

O48p Oliveira, Jade Maria de.

Prescrição da pretensão punitiva virtual no Superior Tribunal de Justiça [manuscrito] : uma questão de princípios / Jade Maria De Oliveira. - 2014.

27 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Profa. Esp. Iana Carine Cordeiro Carvalho, Departamento de Direito Público".

1.Prescrição da pretensão punitiva. 2. Direito penal. 3. Estado. I. Título.

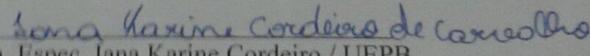
21. ed. CDD 345

JADE MARIA DE OLIVEIRA

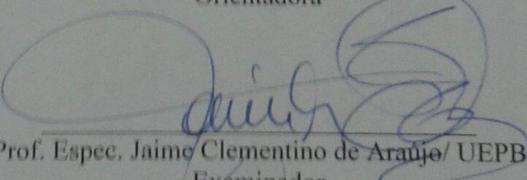
**A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE
PRINCÍPIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso
de Graduação de Direito na Universidade Estadual da
Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 18/02/2014.



Prof. Espec. Iana Karine Cordeiro / UEPB
Orientadora



Prof. Espec. Jaime Clementino de Araújo / UEPB
Examinador



Prof. Espec. Laplace Guedes Alcoforado / UEPB
Examinador

A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

OLIVEIRA, Jade Maria¹

RESUMO

O presente trabalho explanará sobre a prescrição da pretensão punitiva do Estado, tema que se mostra de suma importância para o Direito Penal e para a segurança jurídica a cerca do lapso temporal determinado legalmente, em que o Estado perde o seu poder punitivo, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo aplicado à revisão bibliográfica, quando da conceituação do instituto da prescrição punitiva virtual, sua inserção na doutrina vigente, sua impossibilidade de aplicação perante os tribunais superiores e as críticas doutrinárias acerca desse posicionamento. A prescrição da punibilidade pode decorrer de vários fatos ou circunstâncias derivadas de atos do agente ou de terceiros, este cenário culmina na perda da posse do direito de punir pelo Estado, justificado pela falta de interesse do Estado na repreensão do crime. Inicialmente, será conceituada a prescrição penal, sua origem, natureza jurídica, espécies e prazos. A partir desse prisma, far-se-á uso do posicionamento de grandes doutrinadores a respeito da matéria estudada. Em um segundo momento, será mais profundamente analisado o instituto da prescrição da pretensão punitiva virtual, o qual foi objeto de recente súmula do Superior Tribunal de Justiça em que se determina, a contrário senso da maioria da doutrina, a impossibilidade de aplicação deste tipo específico de prescrição, utilizando-se como fundamento inúmeros princípios constitucionais regentes do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição da Pretensão Punitiva Virtual. Inaplicabilidade. Princípios.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre sobre a extinção da punibilidade por meio da prescrição e suas variadas modalidades, cuja previsão legal reside nos arts. 109 a 117 do Código Penal. Além de tratar de todas as espécies, intenciona-se lançar olhar mais aprofundado quanto à prescrição da pretensão punitiva virtual, instituto amplamente defendido pela doutrina e aplicado em primeira instância, porém que não é adotado pelos tribunais superiores, tendo inclusive entendimento consolidado estipulado na Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, são analisados os princípios que seriam capazes de fundamentar a aplicação da espécie de prescrição, bem como os elementos que sedimentaram o

¹ Estudante do 10º período do curso de graduação em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). E-mail: jade.m.oliveira@gmail.com

entendimento da Corte de Justiça sob a ótica dos doutrinadores que defendem a aplicabilidade da referida prescrição.

Ademais, não obsta a relevância do estudo a existência da referida súmula, de fato, com as recentes alterações legislativas com a inclusa diminuição da prescrição da pretensão punitiva retroativa, torna nítida a importância de uma análise criteriosa a respeito do referido entendimento.

Além disso, são expostos ainda os prazos para o alcance da prescrição da pretensão punitiva, bem como para a prescrição da pretensão executória. E como essencial aspecto no que tange à prescrição, são também citadas as causas da interrupção e suspensão da prescrição, uma vez que tais a análise de tais balizas é fundamental para o completo entendimento desse tão importante freio ao poder-dever de punir do Estado que é a prescrição penal.

Cumpra salientar a existência de condutas criminosas que devido ao tamanho desvalor social (tratam-se de crimes de alto impacto na coletividade) e jurídico (possuem as sanções penais mais elevadas, diante de sua gravidade) e hediondez da conduta enseja a imprescritibilidade da ação, desse modo, independentemente do transcurso do tempo a referida conduta merecerá sempre a punição correlata. Bastante restrito é o rol dos crimes os quais tal característica é imputada, por isso, é necessário que ele seja explicitado.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, através da revisão bibliográfica, em face da legislação, jurisprudência e artigos científicos específicos sobre a célebre temática.

2. PRESCRIÇÃO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A prescrição é a perda do direito estatal de punir, em função de transcorrido o espaço de tempo determinado ou ainda, nas palavras de Damásio: “é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício.” (JESUS, 1998, p. 440).

O Estado como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir. Por ser manifestação de poder soberano, tal direito é exclusivo e sob hipótese alguma pode ser delegado. Ainda que a ação seja de iniciativa privada, o particular apenas possui a prerrogativa de dar início ao processo, por meio da queixa, porém o direito de punir em momento algum lhe é transferido (CAPEZ, 2003, p. 517).

No momento da ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o direito de punir, porém, este não pode perpetuar-se para todo o sempre, e é da necessidade de estabelecer critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em conta a gravidade da

conduta delituosa, aplicando a hipótese do pior cenário para o acusado, e da sanção correspondente, determina decurso de tempo dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a pena adequada.

A prescrição nada mais é que o desaparecimento do direito do Estado de exercer o *jus punitivis*, é que em razão do tempo decorrido o crime já não possui apelo social e acaba por cair no esquecimento. E, em função do decorrer do tempo, o infrator que não reincide, é readaptado à vida social. Outra justificativa para a prescrição é a de que o Estado agiu de forma ineficaz na pretensão de punir o autor do fato criminoso, com a negligência da autoridade e o tempo transcorrido sem as ações necessárias para a devida punição, culminando assim na perda do poder-dever de punir.

De acordo com o exposto no artigo 109 do Código Penal, ocorrendo a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença se o agente vier a praticar novo crime não haverá reincidência, já que não é constatado a figura da reincidência², ou seja, sentença condenatória anterior transitada em julgado. Além disso, compete salientar que inquéritos policiais e processos penais em curso não poderão ser fundamentos para a reincidência, de acordo com o entendimento da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Por ser a prescrição matéria criminal de ordem pública deverá ser decretada de ofício ou a requerimento das partes e, pode ser pleiteada por meio de *habeas corpus* ou da revisão³.

Para melhor entendimento do cálculo dos prazos para prescrição é de extrema importância fazer a diferenciação entre prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. A prescrição da pretensão punitiva (ou prescrição da ação) ocorre quando, decorrido o prazo sem julgamento do autor delinqüente, o Estado perde o direito de punir. Já a prescrição da pretensão executória (ou prescrição da condenação) faz com o Estado perca o poder de punir decorrido o prazo hábil após sentença transitada em julgado.

3. PRAZOS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Segundo a determinação prevista no art. 109 do CP o prazo para a prescrição varia de acordo com a pena *in abstracto*, ou seja, uma vez que a sentença condenatória não foi definida o prazo contado terá como base o máximo previsto legalmente no campo de jogo apenatório para o crime cometido. Assim seguem os incisos do artigo supracitado:

² “Se a prescrição ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, vindo o sujeito a cometer novo crime, não é considerado reincidente, pois falta o pressuposto da recidiva (sentença condenatória anterior ao trânsito em julgado).” (PRADO, 2007, p. 56)

³ MIRABETE, 2005, p. 102.

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 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);
 II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);
 III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);
 IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);
 V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
 VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano⁴ (grifo nosso).

No último inciso há a primeira alteração no Código Penal feita pela Lei 12234 de 5 de Maio de 2010. A modificação foi o aumento do prazo prescricional de dois anos para três anos nos casos em que a máxima pena estabelecida é inferior a um ano. Essa alteração teve como justificativa de seu proponente, o Deputado Antônio Carlos Biscaia, a justificativa de que os crimes de diminuta expressão social associados à morosidade do Poder Judiciário brasileiro culminam na impunidade e descrédito na justiça. E com o aumento de um ano para a prescrição mesmo os crimes, considerados de menor gravidade, poderão sim ser investigados e os seus autores punidos na devida forma da lei.

Um exemplo do cálculo contido no artigo 109 é: no crime descrito no artigo 121 do código penal, homicídio simples cuja pena é de seis a vinte anos de reclusão o prazo prescricional é de 20 anos, uma vez que se enquadra no inciso primeiro da lei 109.

Determina ainda a lei instrumental penal, em seu art. 109, parágrafo único, que se aplicam as penas que restringem o direito os mesmos prazos que as penas que tolgem a liberdade, esta imposição não se refere à prescrição punitiva, uma vez que a pena base para o cálculo do prazo é sempre a pena abstrata.

Além disso, é válido salientar que para a estipulação do prazo prescricional são levados em conta as causas de aumento e diminuição⁵ da pena à proporção em que estas alterem a pena abstrata utilizada para a contagem do lapso temporal.

⁴ Brasil. Lei 12.234 de 5 de maio de 2010. Altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, Diário Oficial da União publicado no dia 6 de maio de 2010.

⁵ 4- As causas de aumento descritas na parte geral do CP são: o concurso formal e a continuidade delitiva, por se tratar de circunstância especial o aumento será sempre fracionado de acordo com o número de crimes praticados. Já as diminuições da parte geral são: tentativa, o arrependimento posterior, o erro inevitável sobre a ilicitude dos fatos e a participação de menor importância. Vale salientar que para a fixação de pena primeiro serão avaliadas as causas de aumento e em seguida as de diminuição e que as causas de aumento e diminuição da parte especial estão relacionadas diretamente ao tipo de crime cometido, outro importante aspecto a ser lembrado é de que não se pode aplicar duas causas de diminuição e aumento da parte especial para o mesmo crime.

Outra determinação legal importante a ser citada é que as penas mais leves prescrevem com as mais graves. Dessa forma, no caso do criminoso ter cometido crime em que a sanção culminará tanto em multa quanto em reclusão, quando prescrever a pena mais grave também prescreverá a menos. No entanto, o mesmo não ocorre quando há concurso de crimes, nesse caso a extinção de punibilidade será aplicada a cada crime isoladamente. O mesmo acontece com o concurso material, formal e crime continuado: o prazo prescricional deverá ser calculado para cada um dos crimes componente e não pela soma.

Há que se falar ainda que a penal exclusivamente de multa, independente do valor estipulado para tal sanção, deverá prescrever em 2 (dois) anos, de acordo com o descrito no art. 114 do CP.

O prazo para a contagem da prescrição conta-se a partir do dia do início e não está sujeito à suspensão em função de feriados, férias, ou dias de final de semana, assim o período de tempo é contado de forma ininterrupta e é improrrogável. Ademais, prescrevendo a pretensão punitiva o réu não mais poderá ser processado pelo mesmo fato, não pagará as custas processuais e deverá ser restituído o valor da fiança paga. No entanto, mesmo tendo o ato criminal prescrito ele ainda poderá ser processado na esfera civil para a reparação de dano cometido.

3. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A perda do poder-dever do Estado de punir, em face da inércia durante determinado lapso de tempo, antes do trânsito em julgado da sentença, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva divide-se em várias subespécies, a depender do momento em que está inserida.

Dessa forma, ao analisar as balizas ou causas de interrupção do prazo prescricional, de acordo com o momento em que se encaixa o processo e avaliado o lapso temporal é possível batizar a prescrição de formas diferentes, unicamente para fins didáticos. Assim, são compreendidas as subespécies de prescrição da pretensão punitiva: retroativa, intercorrente ou superveniente à sentença condenatória e virtual (ou antecipada, projetada, perspectiva).

3.1 Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa

Essa espécie é calculada após a publicação da sentença, desse modo ela baseia-se na pena em concreto e não mais na pena em abstrato. Ela deve ser contada a partir do

recebimento da denúncia até a publicação da sentença, caso nesse ínterim tenha sido esgotado o prazo previsto com fundamento na pena em concreto, deve ser declarada a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição. O instituto recebeu esse nome⁶, uma vez que deve ser contado “de trás para frente”, já que é necessário aguardar a publicação da sentença para só então analisar se entre esta e o recebimento da denúncia o Estado não esgotou seu tempo para exercício do poder-dever da persecução penal.

3.2 Prescrição da Pretensão Punitiva Intercorrente ou Superveniente

Essa espécie deve ser ter como lapso temporal para a contabilização da prescrição a data da publicação da sentença até o trânsito em julgado definitivo, ou seja, sem a possibilidade de cabimento de recurso para acusação e defesa.⁷ Essa é a espécie mais incidente nos casos práticos, vez que não há nenhuma baliza interruptiva do prazo entre a publicação da sentença e o trânsito. Como consequência disso, a defesa utiliza-se de inúmeros recursos, por muitas vezes meramente procrastinatórios, com a finalidade de ver-se alcançar a prescrição. Porém, ainda que não seja louvável é plenamente cabível a interposição de recursos, desde que presentes os requisitos legais para o seu cabimento, já que a defesa deve fundar-se nos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, ambos presentes no artigo 5º incisos LV da Carta Magna.

Ademais, o acusado não pode ser prejudicado em seu direito de ver-se livre diante da incapacidade do Estado em puní-lo graças à morosidade em julgar os recursos os quais são impetrados, dessa forma, a contrapartida para a ausência de celeridade processual é justamente a impunidade.

3.3 Prescrição da Pretensão Punitiva Virtual

Esta é a espécie mais controversa dentre todas as expostas anteriormente, e, em consequência dos intensos debates principiológicos é que torna seu estudo tão rico e relevante à análise das espécies prescricionais.

⁶ A prescrição retroativa é produto de uma construção pretoriana. No ano de 1946 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 146 com o seguinte verbete: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da apelação” (BITENCOURT, 2010, p. 814).

⁷ As prescrições retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença condenatória recorrível. (BITENCOURT, 2010, p.816)

Inúmeros são os sinônimos para essa espécie, quais sejam: prescrição em perspectiva, virtual e predeterminada. O conceito dessa espécie de prescrição é o da determinação do encerramento o poder de punir do Estado, ao ser analisados os elementos subjetivos da conduta criminosa e do acusado, antes mesmo do início da ação penal, diante da muito provável prescrição retroativa a ser aplicada. Assim é o entendimento de Renato Brasileiro:

Esta deve ser compreendida como o reconhecimento antecipado da prescrição, em virtude da constatação de que, no caso de possível condenação, eventual pena que venha a ser imposta ao acusado inevitavelmente será fulminada pela prescrição de pretensão punitiva retroativa, tornando inútil a instauração do processo penal. (BRASILEIRO, 2013, p. 169).

Devido a relevância do tema, ao entendimento sumulado e a divergência doutrinária, será dedicada à essa espécie de prescrição capítulo próprio para que seja aprofundado seu estudo, bem como dos princípios que são apresentados tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, que condena sua aplicação, quanto para renomados doutrinadores, que defendem ser o posicionamento do Tribunal ultrapassado e eivado de insuficiente fundamentação.

4. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E A VEDAÇÃO DE SUA APLICABILIDADE PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor entendimento do tema é necessário aprofundar o estudo a respeito do que seria de fato a prescrição virtual, assim, tem-se como exemplo o fato de que em 12 de maio de 2008 o representante do Ministério Público receba autos de inquérito policial, os quais descrevem que no dia 25 de outubro de 2005, um jovem de 20 anos, primário e portador de bons antecedentes teria cometido furto simples. Não é possível a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, uma vez que o prazo para a aplicação dela se encerraria após o transcurso de 4 anos (o crime de roubo simples possui pena máxima em abstrato de 4 anos, o que levaria ao prazo de 8 anos para prescrição e que deve ser diminuído da metade devido ao réu ter menos de 21 na data do fato).

No entanto, ainda que não haja a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, já é possível verificar a nítida aplicação da pretensão virtual, em virtude da provável condenação do acusado à pena mínima, em consequência lógica dos fatores subjetivos pessoais e de sua

conduta, o que configuraria como resultado inerente a prescrição da pretensão punitiva retroativa.⁸

Assim, no exemplo apresentado é tautológico que o Promotor de Justiça deveria arquivar os autos do inquérito, ao invés de inserir mais um processo penal aos já abarrotados cartórios judiciais tendo esse o fadado desfecho do reconhecimento da extinção da punibilidade, onerando mais ainda a máquina pública, tomando lugar de algum outro que poderia ter resultado mais favorável ao apelo social.

Além da hipótese dessa espécie de prescrição ser notada pelo *parquet* quando da vista aos autos do inquérito policial, também seria possível sua aplicação pelo Magistrado que, tendo por base aspectos objetivos e subjetivos do crime, calcula a pior sanção possível para o réu, caso fosse condenado, e nota o esgotamento do prazo prescricional já no momento da instauração da ação penal, ou mesmo no seu curso.

O fundamento para o arquivamento do inquérito policial utilizado como exemplo seria o da ausência de interesse de agir, já que não haveria utilidade alguma na instauração de um processo que de antemão já é possível vislumbrar a superveniência da prescrição.

4.1 Fundamentos Justificadores da Aplicação da Prescrição Virtual

A prescrição virtual é criação doutrinária e jurisprudencial, em primeira instância, e, apesar de não possuir previsão legal no ordenamento vigente, figurou, porém, entre as previsões do Anteprojeto da Reforma do Código de Processo Penal, em seu art. 37, o qual possuía a seguinte redação:

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

Todavia, o supracitado dispositivo foi retirado da reforma processual e não entrou em vigor, a razão para tal vedação decorreu do não reconhecimento e da inaplicabilidade da espécie de prescrição perante os tribunais superiores.

Ademais, é necessário salientar que a declaração de extinção da punibilidade é matéria de ordem pública, devendo inclusive ser reconhecida *ex officio*, deste modo, não só é possível

⁸ Exemplo meramente ilustrativo com a finalidade de tornar tangível instituto que requer certo nível de abstração para o inteiro entendimento.

como é devido que esta seja aferida em qualquer momento processual, independente de sentença de mérito. Outra importante fundamentação é a de que sob a ótica do garantismo penal⁹, teoria que possui como enredo basilar as garantias constitucionais inerentes ao cidadão, dentre elas a mais louvável garantia à dignidade humana, é inconcebível a idéia da movimentação de todo o aparato estatal para a perseguição de um crime que fatidicamente irá desembocar na prescrição.

Não haveria, desse modo, fundamentação lógica que justificasse a sujeição do indivíduo a todos os percalços e a toda a chaga emocional que consiste um processo penal, apenas para que ao final seja reconhecido que o Estado perdeu seu poder de puní-lo. Ademais, de acordo com as novas estruturas de processo penal, há uma preocupação muito maior quanto às limitações a atuação do Estado na sua persecução criminal, ao invés da permanência da antiga de visão de um ordenamento jurídico carrasco com o reles intuito punitivo e pouco fundado em preceitos subjetivos do correto e do justo.

Outrossim, a não possibilidade de aplicação desse instituto vai de encontro ao grande levante internacional da redução do Direito Subjetivo do Estado, assim, novas teorias surgem e têm ganhado grande projeção até mesmo em nosso ordenamento jurídico, dentre as quais o princípio da insignificância e do crime de bagatela, o princípio da adequação social do fato, teoria da imputação objetiva ou das causa supralegais¹⁰ da exclusão da ilicitude e da culpabilidade. Todos esses institutos e teorias desembocam na mesma pedra basilar que sustenta todo o ordenamento a penal, a de que essa ciência deve ser utilizada unicamente no caso da não aplicação de nenhum outra, dessa forma, é pedra de torque do direito penal a sua imputação subsidiária.

⁹ Garantismo é uma [teoria jusfilosófica](#), cunhada por [Luigi Ferrajoli](#) no final do [Século XX](#), mas com raízes no [Iluminismo](#) do [Século XVIII](#), que pode ser entendido de três formas distintas, mas correlacionadas: como um modelo normativo de Direito, como uma [teoria crítica](#) do Direito, e como uma [filosofia política](#). No primeiro sentido, é um sistema de vínculos impostos ao poder estatal em garantia dos [direitos dos cidadãos](#), sendo possível falar-se em níveis de [efetividade](#) do garantismo normatizado na [Constituição](#) de um determinado [Estado](#) nas práticas judiciárias desse Estado. Na segunda forma, é uma teoria jurídica da [validade](#) e da efetividade do Direito, fundando-se na diferença entre normatividade e realidade, isto é, entre Direito válido (dever ser do Direito) e Direito efetivo (ser do Direito), ambos vigentes. Neste segundo significado, permite a identificação das [antinomias](#) do Direito, visando a sua crítica. Por último, garantismo é uma filosofia política que impõe o dever de justificação ético-política (dita, também, externa) ao Estado e ao Direito, não bastando a justificação jurídica (também chamada de interna). Neste último sentido, pressupõe a distinção entre Direito e [moral](#), entre validade e justiça, tão cara ao [positivismo](#) e a prevalência desta última, a justificação externa. No Brasil, existe uma ênfase muito grande na aplicação [penal](#) e [processual penal](#) da teoria, agindo de modo reducionista para a consolidação da teoria nos outros ramos do Direito. (BRASILEIRO, 2013, p. 1004)

¹⁰ Notadamente no que concerne à inexistência de conduta diversa é pacificado a aplicação da causa extralegal de excludente da culpabilidade no crime de apropriação indébita previdenciária, na situação da inadimplência ser decorrente de severa dificuldade financeira que levaria o acusado a ter de escolher entre prosseguir com sua exploração comercial ou adimplir sua dívida. (PRADO, 2007, p. 130)

Relacionando-se ao dito anteriormente é um dos princípios limitadores do poder punitivo Estatal a intervenção mínima, o qual apreende-se, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 55):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelaram-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

A partir desse entendimento, é possível concluir que deixar de aplicar a prescrição virtual é, de certo modo, não atender ao princípio da intervenção mínima, vez que o referido instituto é apenas notoriamente aplicado em condutas criminosas de pequena relevância social, e justamente devido a isso têm como previsão uma pena reduzida, o que torna mais fácil de enxergar o momento de aplicação da prescrição.

Ainda que possua expressão determinação em contrário por meio da publicação de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, em primeira instância é aplicada a pretensão punitiva, como é possível notar no julgado a seguir:

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

Tem sido o mesmo entendimento seguido também em determinados tribunais regionais federais, a exemplo do acórdão publicado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que assim preconiza:

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

Ademais, é de cediça importância ressaltar a ausência de justa causa nos casos em que a prescrição será resultado esperado. Segundo Renato Brasileiro (2013, p. 1339), justa causa definiu-se como o suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Desse modo, tendo em vista que a simples instauração penal de um processo penal já atinge o

chamado *status digitatis* do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação.

Tomando por base esse entendimento torna-se clara a ausência de justa causa em processos penais que fatalmente culminaram na extinção da punibilidade devido à prescrição punitiva. Assim, não há falar em presença de justa causa em processos em que o imputado dificilmente poderá ser condenado e será apenas arrastado pelas longas trilhas do atentatório direito à dignidade que é o processo penal, o qual não se fundamenta nos preceitos mínimos necessários à sua propositura.

Há que se falar também na ausência do interesse de agir por parte do Estado, em decorrência do seu conceito estar intrinsecamente ligado com a utilidade da prestação jurisdicional que se pretende alcançar com a movimentação do aparato judiciário. Com efeito, deve ser demonstrada a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independente da legitimidade da pretensão. Segunda grande parte da doutrina, o interesse de agir pode ser dividido em: necessidade de obtenção da tutela jurisdicional requerida, a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter e a utilidade, que se traduz na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor.

Nesse turno, se esvai a eficácia da atividade jurisdicional no que tange a provável aplicação da pretensão, já que não haveria utilidade alguma um processo penal com grande desperdício de atos processuais, de tempo e trabalho humano, se antecipadamente, já se pode antever que não haverá resultado algum.

4. 2 Fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça contra a aplicação da prescrição virtual.

Em 2 (dois) de maio de 2010 foi aprovada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça aprovou inúmeras súmulas cujo conteúdo versava sobre normas de direito penal, dentre elas a súmula de número 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

A partir do texto supracitado é possível extrair que o referido instituto deve ser rechaçado do ordenamento jurídico. Nessa esteira, em Repercussão Geral por Questão de Ordem em Recurso Extraordinário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assim se

manifestou: “É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal”.

A consolidação do entendimento se funda em vários postulados constitucionais, quais sejam os mais amplamente citados, no que concerne a esta problemática: legalidade, individualização da pena, presunção da inocência e devido processo legal.

Pelo princípio da legalidade, extraído do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal não há crime sem lei que previamente o defina e nem pena antecipadamente cominada. Conforme dispõe Bitencourt (2010, p.41), o referido princípio a constituição de normas incriminadoras é função unicamente exercida por meio de lei, “isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência do fato”. Ora, o pressuposto constitucional é um mais um meio de limitação ao poder punitivo do Estado, e, como tal, não poderia ser utilizado como justificativa para o afastamento de outro instituto (notoriamente o da pretensão virtual), que possui a mesma meta.

O princípio da reserva legal¹¹ é utilizado para a exclusão da pretensão virtual do ordenamento sob a fundamentação de que ele não teria respaldo legal, e ausente a previsão em lei não poderia ser aplicado. No entanto, tal fundamentação não mereceria prosperar já que de acordo com o art, 395, inciso III do Código de Processo Penal, é permitida a rejeição da denúncia quando faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Desse modo, ainda que apenas residualmente haveria previsão análoga capaz de instruir a aplicação do instituto.

Outro princípio alçado à função de destituidor da prescrição virtual é o da individualização da penal, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que preleciona a obrigação das sanções impostas aos infratores serem personalizadas e particularizadas segundo as circunstâncias do delito e fundadas nas características pessoais do infrator. Diante disso, a honrosa determinação das penas serem justas e proporcionais sendo vedado qualquer tipo de padronização.

¹¹ O reconhecimento legislativo da legalidade se inicia com a Declaração de Virgínia, de 1776-“Nenhum homem será privado de sua liberdade, exceto pela lei do país ou o julgamento de seus pares”- passa pela Josephina austríaca, de 1787-“Nem toda ação contrária a lei é um crime, e devem ser considerados como delitos somente aquelas ações contrárias à lei que sejam declaradas como tal por uma lei penal atual”-e, finalmente, chega ao seu momento culminante com a Déclaration des Droits de l’Homme ET Du Citoyen, de 1789 – “Nenhum homem pode ser acusado, detido ou encarcerado, senão em virtude de lei estabelecida e promulgada com anterioridade ao delito e legalmente aplicada” (PRADO, 2007,p. 133)

O princípio foi utilizado para esclarecer que não haveria a análise individual das circunstâncias, o que geraria a tão repudiada padronização, ocorre que, para a aplicação do referido instituto são sim analisados os fatores objetivos e subjetivos que envolvem o delito e o agente, porém essa análise não é feita no decorrer do transcurso do processo penal e sim de forma anterior, a fim de evitar um processo desnecessário e infrutífero.

Argumenta-se ainda que a referida espécie de prescrição feriria o consagrado princípio constitucional da presunção de inocência¹², definido no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna, o qual apresenta o seguinte texto: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Deste modo, impor a prescrição virtual seria quebrar o *status* de inocência que deve acompanhar todos os cidadãos até o momento de uma temível sentença condenatória transitada em julgado, por partir da premissa de que o acusado seria culpado, ainda que não houvesse esgotada toda a instrução criminal, estipulando-se inclusive uma estimativa de qual seria sua pena.

Porém, segundo melhor entendimento, não ocorreria afronta ao venerado instituto graças ao fato de que a prescrição apenas trabalha com a possibilidade do acusado vir a ser condenado, o que efetivamente há, já que presentes indícios de autoria e materialidade do fato e à grande chance de eventual condenação. Ademais, nada obsta que o Magistrado consulte a Defesa quando ao interesse no prosseguimento do feito, diante da tangível aplicação da prescrição.

Por fim, a decisão quanto à inadmissibilidade da prescrição possui esteio ainda no princípio do devido processo legal, com fundamento no art. 5º, inciso LIV, o qual aduz a derradeira vedação da privação da liberdade ou de bens senão por meio do devido processo legal. Pois bem, a eventual decisão que reconhece a prescrição virtual não priva o acusado nem de sua liberdade e tampouco de seus bens, muito pelo contrário, o ausenta de passar por um processo sem justa causa, evitando que sua vida carregue a mácula de um processo penal que, em última análise, não deveria existir devido à ausência de eficácia, de acordo com Luiz Flavio Gomes em artigo que versa sobre o tema.

Ainda nesta seara, é salientar a ressalva a respeito da alteração legislativa decorrente do advento da Lei 12.234/2010, estudada com maior profundidade posteriormente, que revogou o parágrafo segundo do art. 110 do Código Penal, dessa forma sendo responsável pela diminuição pela metade do lapso temporal para a aplicação da prescrição da pretensão

¹² Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Esta situação, em tese, evita a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico. Ainda garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana. (FERRARI, 2012, p 2)

punitiva retroativa, essa conseqüência é extraída em decorrência da exclusão da prescrição entre a data do fato e a denúncia. Assim pensa Brasileiro (2013, p. 171):

Como se vê, apesar de o art. 1º da Lei nº 12.234/10 dizer que a mesma teve por objetivo excluir a prescrição retroativa, pôs-se fim apenas à prescrição punitiva retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da peça acusatória. Subsiste, todavia, a possibilidade de prescrição retroativa, levando-se em conta a pena aplicada, porém apenas no tocante ao lapso temporal compreendido entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da publicação de sentença condenatória recorrível.

Ademais, mister se faz em referência à alteração legal, tratando-se de *novatio legis in pejus*, já que responsável pela extinção da pretensão punitiva é evidente que a referida lei só poderá ser aplicada aos crimes cometidos após a sua vigência (06 de maio de 2010).

5. PRAZOS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

De acordo com o art. 110 do CP:

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 a da denúncia ou queixa.

§ 2º (Revogado)

Dessa forma, ficou redigida aquela que foi a maior alteração sofrida no CP por meio da Lei 12.234. Foi excluído, em termos, do código penal o dispositivo da “prescrição retroativa”. O deputado redator Antonio Carlos Biscaia fundamenta sua lei na impunidade provocada por esse antigo dispositivo, que não encontrava semelhante em nenhum outro ordenamento jurídico, para o deputado essa espécie de prescrição só favorecia aos criminosos que, muito bem informados, já contavam com esse decréscimo para saírem mais facilmente impunes de suas acusações, uma vez que, geralmente atingia o período de investigação extra-processual¹³.

¹³ “ A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e

Para José Júlio Lozano Júnior, a exclusão da prescrição retroativa foi de grande ajuda na batalha contra a impunidade e, por consequência, no auxílio à restituição da confiabilidade na justiça brasileira

Júlio Fabbrini Mirabete também saudou a alteração que, para ele, restaurou a lógica do ordenamento jurídico, já que, na forma anterior o processo seria condicionado a algo que só poderia ser confirmado após sua existência.

Porém, nos casos em que o prazo da prescrição da pretensão punitiva já estava em curso será aplicada ainda a prescrição retroativa, em função do princípio Constitucional de que a lei penal nunca poderá retroagir para prejudicar o réu, apenas em seu benefício. Ou seja, só será aplicada a nova legislação nos casos transitados em julgado após o dia 6 de maio de 2010, dia em que foi publicada a lei.

Voltando ao *caput* do artigo, que permaneceu sem alteração, ele versa a respeito da estipulação do prazo da prescrição executória, ou seja, após a sentença ter transitado em julgado. Neste caso, a pena utilizada passa da pena abstrata, no caso em que não há sentença, para ser a concreta.

Dessa forma, a prescrição passa a ser regulada pela pena imposta pelo juiz. Neste caso, para que haja transito em julgado¹⁴ é necessário que o Ministério Público tenha aceitado a pena definida, ou seja, não tenha recorrido. Isso ocorre em função do preceito de que para a contagem da prescrição deverá ser levado em conta o máximo de pena culminada a infração penal.

Os prazos a serem fixados para a prescrição da pretensão executória são os mesmo utilizados na prescrição punitiva, estabelecidos pelo art. 109. A diferença reside na pena base para o calculo.

No caso do autor ser réu reincidente o prazo para a prescrição será acrescido de um terço, isto só ocorrerá se na sentença condenatória for reconhecido da reincidência,

que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração. É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual.” (Mirabete, Fabbrini Julio, Relatório Sufragado pela comissão, 2010)

¹³ Transito em julgado forma se dá quando o juiz de primeiro grau profere a sentença, e a mesma só será alterada em caso de erro material. Representa o exaurimento da instância. A sentença em julgado material, por sua vez, representa o fim de todas as instâncias, ou quando nenhuma das partes ou o Ministério público recorre da decisão

¹⁴ Transito em julgado formal se dá quando o juiz de primeiro grau profere a sentença, e ela só será alterada em caso de erro material. Representa o exaurimento da instância. A sentença em julgado material, por sua vez, representa o fim de todas as instâncias, ou quando nenhuma das partes recorre da decisão ou quando já não cabem mais recursos por parte da defesa. (BRASILEIRO, 2013, p. 378)

assim, precisaria o crime anterior ser cometido e ter sentença transitado em julgado antes da condenação subsequente.

Desta forma, o dispositivo não versa a respeito da reincidência futura, ocorrida após a condenação cujo prazo de prescrição corre. Neste caso, é interrompido o lapso temporal prescricional.

6. INÍCIO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

O prazo para o início da pretensão punitiva é regulado através do artigo 111 do CP, nele está definido que:

Começará a correr o prazo do dia em que o crime foi consumado, no caso de tentativa no dia em que está cessou nos crimes permanentes no que em que a permanência foi encerrada e nos casos de bigamia ou de falsificação de registro civil se inicia da data em que o fato foi conhecido.

O primeiro termo definido como início do prazo o dia em que o fato criminoso se consumou, ou seja, em que houve a ação ou omissão criminosa, sendo este caso uma exceção¹⁵, o momento utilizado no cálculo é o do dia do resultado da ação criminosa e não da ação propriamente dita. Já na hipótese da tentativa o prazo é contado a partir do dia da execução e não da consumação, uma vez que a consumação não existe.

Nos crimes permanentes, por sua vez, só existe a início do prazo quando este cessa como esses crimes possuem ação ininterrupta o estado violador perdura enquanto se manter a conduta criminosa.

Para os casos de alteração de registro civil e bigamia o prazo só inicia após o conhecimento em função do agente dessa prática manter sigilo, sendo assim, de difícil conhecimento.

Já o início do prazo de prescrição da pretensão executória ocorre no dia em que a sentença condenatória é transitada em julgado ou no dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deve computar-se a pena. É válido observar que só há trânsito em julgado, como comentado anteriormente, quando acusação defesa e Ministério Público não recorrem da sentença.

Ademais, o tempo em que o a gente encontra-se em *sursis* (suspensão condicional da pena) não será contabilizado, visto que a pena encontrava-se apenas suspensa devendo ele cumprir o período integral dela.

¹⁵ Este caso há a exceção pelo fato de a teoria aplicada no Direito Penal Brasileiro ser a do momento da ação e não do seu resultado, mas para fins de prescrição o tempo utilizado é o da consumação do fato.

Em caso de fuga do apenado a execução é interrompida e a partir do dia da fuga é contado o prazo para a prescrição, que só será interrompido em decorrência da reincidência ou da recaptura para continuação da pena.

7. REDUÇÃO DOS PRAZOS

São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de 70 anos. (art. 115, CP). Este artigo regula tanto a prescrição de pretensão punitiva quando a executória e independe de reincidência.

Mesmo o agente possuindo idade superior a 18 anos (maior idade penal) e inferior a 21 este dispositivo se aplica, uma vez que possui como fundamento basilar na idade do agente e não na sua relativa incapacidade civil.

É salutar o comentário de que há uma diferença de contagem, no caso do menor de 21 anos é averiguada a idade na data do crime, já o maior de 70 é examinada a idade na data da sentença.

Segundo Rogério Grecco a jurisprudência também tem ampliado o benefício da redução aos agentes de ato criminoso com mais de 70 anos que os completou, não no momento da sentença, mas antes do acórdão proferido pelos tribunais¹⁶.

8. CAUSAS SUSPENSIVAS DA PRESCRIÇÃO

Primeiramente, se faz necessário, para melhor entendimento, a diferenciação entre suspensão e interrupção do tempo da prescrição. No primeiro caso o prazo é suspensão e depois de passada a causa da suspensão o mesmo volta a fluir do ponto em que parou. Já na interrupção o prazo volta a ser contado do início independente do tempo transcorrido no ínterim.

São elas: enquanto não for resolvida lide em outro processo que dele dependa para o reconhecimento da existência do crime, é o típico caso do crime de bigamia que só pode ser transitado em julgado depois de aferida a validade do primeiro casamento; ou caso o agente esteja cumprindo pena fora do país, o que impossibilitaria a execução já que nesses casos é impossível a extradição do agente.

¹⁶ “A jurisprudência tem estendido a redução do prazo prescricional também àqueles que completarem 70 anos depois da sentença condenatória, porém antes do acórdão proferido pelos tribunais.” (Greco, 2006. p. 139)

Além disso, ainda no art. 116 do CP há a definição de que o tempo da prescrição não corre em quanto o apenado estiver preso por outro delito, depois de passada em julgado a sentença condenatória

Outro aspecto de importante relevância é o de que a Constituição Federal de 1988, no art. 53 §2º estipulou mais dois casos de suspensão são eles: indeferimento pelo Congresso da licença para o prosseguimento de ação penal contra senador ou deputado federal ou ausência de deliberação.

9. INTERRUÇÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Quando ocorre a interrupção, como dito anteriormente, o prazo anterior é descartado dando início a um novo e independente. Dessa forma, as causas interruptivas da prescrição estão descritas no artigo 117, nos parágrafos seguintes serão comentados dos os seus incisos.

De acordo com o inciso I a prescrição é interrompida quando do momento do recebimento, e não da prestação, da denúncia ou queixa. Por esse assertiva pode-se entender que é considerado a data do despacho de recebimento, como o dia da interrupção válido, é necessário que a denúncia seja recebida por juiz competente; o aditamento da denúncia não interrompe a prescrição, a menos que, possua novo delito ou novo agente. Se for ratificada a denúncia no Juízo competente o prazo é contado a partir da segunda.

A pronúncia é outro fator de interrupção compreende-se por nos casos que são de competência do Tribunal do Júri, se o juiz se convencer da existência do crime e dos indícios de sua autoria (CPP, art. 411, *caput*). Se houver diferença entre a data da denúncia e o despacho o segundo prevalecerá, salvo se prejudicar o réu. Se o júri desqualificar o crime para outro que não é de sua competência essa sentença também interromperá a prescrição, se por outro lado a desqualificação for feita for juiz singular, não haverá interrupção.

Outra possibilidade de interrupção da prescrição é por meio do acórdão que confirma a sentença da pronúncia. Segundo o Supremo Tribunal Federal o prazo será interrompido no dia do julgamento e não no dia da publicação do acórdão.

A sentença condenatória recorrível também interrompe o prazo da prescrição, apenas ela e não a absolutória. A interrupção ocorre no dia da publicação em cartório, no caso de segunda instância da publicação do acórdão.

O início ou a continuação do cumprimento da pena, assim durante o cumprimento da pena, obviamente, não há prazo prescricional. No caso do condenado fugir, a base do cálculo para a prescrição será o tempo restante para o cumprimento total da pena.

E por fim, a reincidência também interrompe a prescrição datando o início da prescrição do dia da sentença transitado em julgado do novo crime.¹⁷ Ademais, a reincidência acarreta ainda o aumento de 1/3 (um terço) na persecução da punição do novo crime, conforme art. 110 do CP.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo o trabalho ficou clara a importância da figura da prescrição da pretensão de punição e da pretensão executória, visto que elas asseguram que, no caso, de ineficácia do Estado de punir os indivíduos que cometem atos descritos como ilegais, dentro do prazo estipulado por lei, deverá perder o seu direito de punição.

Dentre os principais fundamentos que norteiam esse dispositivo é que decorrido prazo de tempo previsto em lei a fato criminoso perde o apelo social, caindo no esquecimento da população e que mesmo não deixando de existir só ocorrerá na memória da vítima do ato nocivo e na falta de credibilidade na justiça da mesma.

Já o principal aspecto avaliado no presente artigo foi a impossibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva virtual, por meio do imperativo previsto na Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, juntamente com os princípios norteadores de seu afastamento do ordenamento jurídico, dentre os principais a ausência de previsão legal e o atentado ao princípio da presunção de inocência. Ocorre que, ainda que absolutamente rechaçada nos tribunais superiores o instituto é amplamente defendido na doutrina e largamente aplicado em primeira instância.

Deveras, embora a espécie de prescrição seja entendida inadmissível pelos tribunais superiores é possível alcançar o mesmo intento, porém por via diversa, através da faculdade conferida ao representante do Ministério Público de não oferecer denúncia, ou seja, arquivar os autos do inquérito policial, diante de ausência de justa causa e pela possibilidade do juiz rejeitar a denúncia sob o mesmo fundamento, ambos os caminhos com fundamentação prevista no Código de Processo Penal, arts. 28 e 516, respectivamente, o que demonstra a necessidade de haver a inserção do instituto no ordenamento jurídico como modo de encurtar o caminho a ser percorrido, nos casos de visível aplicação da prescrição.

¹⁷ É preciso, sem dúvida, que a nova ocorrência seja havida, por sentença definitiva, como criminosa, para que se fale em reincidência. Mas não é preciso que essa sentença exista antes do vencimento da prescrição em curso.” (Greco. 206, p. 201)

Ademais, é de grande relevância os comentários exercidos no tocante a recente modificação do Código Penal que aumentou de dois para três anos o prazo prescricional em crimes que possuam pena abstrata de inferior a um ano e a revogação do dispositivo da prescrição retroativa, que contaria a prescrição a partir do dia do ato criminal e não da denúncia o que, em termos, diminuiria o prazo.

ABSTRACT

This article aims to discuss the statute of limitations of the power of punishing of the State, which is a very relevant theme for Criminal Law and for legal security about the maximum period which is determined by law that the State can punish a person, meaning the statute of limitation of the power of punishing. For this purpose, the hypothetical-deductive method applied to the literature review is used to conduct a proper study of the virtual statute of limitation of the power of punishing, its insertion in actual doctrine, its impossibility of applying in the higher courts and the doctrinal criticism about this understanding. The end of the period that the agent can be punished can happen for several facts or circumstances derived from acts of the agent or third party, this scenario ended up in the loss, by the State, of the right of punishing, justified by lack of interest of the State in rebuke crime. Further, the penal statute of limitations will be conceptualized, considering its legal nature, modalities and deadlines. Those points were showed by respectful Scholars' views about the subject. In conclusion, the institute of virtual state of limitations of the power of punishment is deeply analysed, considering the understanding of Brazilian higher court that, in opposition to the majority of the doctrinal understanding, determine the impossibility of applying of this specific kind of statute of limitations, based in various constitutional principles that governs Criminal Law and Procedure Criminal Law.

Keywords: Virtual state of limitations of the power of punishment. Inapplicability. Principles.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Cláudio Marcus; **Código Penal e Código de Processo Penal Anotados**, segunda Ed. atual. São Paulo: Rideel, 2009.

AMÍLCAR, Fernando; **Alteração do Código Penal Lei 12.234/2010, Prescrição Retroativa. Direito Integral** < <http://www.direitointegral.com/2010/05/lei-12234-2010-prescricao-retroativa.html>>. Acesso em: 05/10/2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 dez. 2013.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 dez. 2013.

_____. Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 de dez. 2013.

_____. Lei nº 12234 de 5 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112234.htm>. Acesso em: 18 de dez. 2013.

_____. TRF. 4. HC nº 2004.04.01.0497374. Relator: Élcio Pinheiro Castro. Julgado em 16 de março de 2005, publicado no DJU de 30 de março de 2005. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 01 de fev. 2014.

_____. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Relator (a) Desembargador (a): Lais Rogéria Alves Barbosa. Julgado em 30 de setembro de 2004. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 01 de fev. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> - Acesso em: 17 jan. 2014.

GRECCO, Rogério; **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Sétima Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, E. Damásio. **Direito Penal. Parte Geral**. 21 Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Primeira Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MEDEIROS, Júlio. **Prescrição Penal Virtual no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/juliodemedeiros/2012/01/02/75/>>. Acesso em: 11/01/2014.

MIRABETE, Fabbrini Julio; **Manual de Direito Penal, Parte Geral**, 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 7ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIANNA, Lima Túlio; **Roteiro Didático de fixação de pena**. Monografias <<http://br.monografias.com/trabalhos909/as-circunstancias-judiciais/as-circunstancias-judiciais.shtml>>. Acesso em: 05/10/2013.