



# **FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU**

**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**GABRIEL COUTO GUARDIA**

## **A PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR DO ESTADO**

Salvador  
2016

**GABRIEL COUTO GUARDIA**

**A PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A AUSÊNCIA DO  
INTERESSE DE AGIR DO ESTADO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito  
e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau  
de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador  
2016

**GABRIEL COUTO GUARDIA**

**A PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A AUSÊNCIA DO  
INTERESSE DE AGIR DO ESTADO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2016

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente aos meus pais, minha irmã e a meus avós pelo apoio constante a cada etapa ultrapassada.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus amados pais, Ana Luiza e Marcelo, meus avós maternos (Maria e Mario Couto) e paternos (Divalda e Raul Guardia), a minha irmã Marina, bem como a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia. Em especial, aos Professores Gamil Föppel, Ruda Figueiredo e Daniela Portugal, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Aos professores da pós-graduação realizada na Baiana de Direito que em brilhantes exposições nortearam o estudo das Ciências Criminais e, conseqüentemente, transmitiram parte do conhecimento necessário para a confecção do presente trabalho de conclusão de curso.

Enfim, para não incorrer no erro de não prestigiar aqueles que também contribuíram para a minha formação acadêmica, agradeço a todos que de alguma maneira colaboraram para o desfecho dessa monografia.

“É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente.” (VOLTAIRE, 1778)

## RESUMO

No cenário atual brasileiro, a justiça criminal se apresenta disforme, morosa e ineficaz, de modo que há diversos processos que se arrastam por anos ou décadas até atingirem o seu prazo final, a prescrição da pretensão punitiva. Neste sentido, o presente trabalho se originou com vista a averiguar se o instituto da prescrição virtual seria uma solução compatível com o ordenamento jurídico pátrio e de que forma o mesmo poderia auxiliar na administração da justiça. De imediato, resta necessário analisarmos questões de direito penal e processo penal como: o poder punitivo do Estado, o instituto da prescrição e suas formas de aplicação no ordenamento jurídico, assim como as questões decorrentes da prescrição virtual. Assim há diversos problemas no que tange ao reconhecimento da prescrição antecipada ou em perspectiva, principalmente no que diz respeito ao princípio da legalidade, devido processo legal e obrigatoriedade da ação penal. Por outro lado, o reconhecimento do instituto tem o condão de reduzir a quantidade de demanda processual que se finda sem um resultado prático (efetividade jurisdicional), conseqüentemente, reduzindo a quantidade de processos e o custo administrativo para a manutenção de processos com resultados práticos inócuos. Trata-se de matéria processual com o alto cunho prático, ou seja, a averiguação e aplicabilidade do instituto devem ser feita no caso a caso e com a grande prudência a fim de evitar que esteja se legitimando um instituto gerador de impunidade e diversidades. Desta forma, muito embora tal técnica seja amplamente utilizada por promotores de justiça e procuradores da república, sendo aceito por diversos juizes de primeiro grau, entretanto os Tribunais Superiores receberam o tema com certo repúdio por entenderem que há a violações de diversos princípios constitucionais e penais. Deste modo concluímos que a presente matéria carece de estudo e aprofundamento no que tange sua aceitação no ordenamento jurídico, bem como sua aplicabilidade no caso concreto.

**Palavras chaves:** penal; prescrição; prescrição virtual; prescrição penal antecipada; aplicabilidade.

## LISTA DE ABREVIATURA

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

Des. – Desembargador

EC – Emenda Constitucional

MP – Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1 O PODER PUNITIVO DO ESTADO E SUAS NUANCES</b>	13
1.1 FINALIDADES DA PENA E CONSEQUENCIAS DO DELITO	16
1.2 A TEORIA GERAL DO DELITO	19
1.3 CAUSAS EXCLUDENTES DE PUNIBILIDADE	38
<b>2 DA PRESCRIÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO</b>	46
2.1 CONCEITOS E FUNDAMENTOS	47
2.2 TIPOS DE PRESCRIÇÃO E FORMA DE CONTAGEM NO TEMPO	50
2.3 DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA	65
2.4 DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR	67
<b>3 CORRELAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL COM DEMAIS PRINCIPIOS</b>	74
3.1 DAS CRITICAS E TEORIAS DESABONADORAS	75
<b>CONCLUSÃO</b>	78
<b>REFERÊNCIAS</b>	80

## INTRODUÇÃO

Estudar direito penal é inevitavelmente pesquisar acerca da violência e, conseqüentemente, do poder punitivo no Estado na sociedade pós-modernidade, assim o presente trabalho tem como objetivo inicial a análise acerca da pena durante a história humanidade e, após isto, analisarmos questões jurídicas atuais e relevantes para o desenrola do tema.

Desde as leis naturais e da vingança privada até a ascensão do Leviatã (Estado) como único detentor do poder punitivo, sem dúvida, a pena teve um caráter decisivo no transcurso da história.

Inicialmente, a pena era considerada tão somente um ato repressivo legítimo contra aquele que provocaria um injusto penal, ou seja, aquele que furtava deveria ter as mãos arrancadas para não mais delinquir, ou ainda, a mulher adúltera deveria ser apedrejada até a morte.

Ainda que de forma barbará, a lei de talião significou um grande progresso à justiça criminal trazendo a proporcionalidade das penas aplicadas (“olho por olho, dente por dente”), assim aquele que matava deveria ser morto, aquele que roubava deveria perder o seu patrimônio pessoal.

Ressalte-se que, a ascensão do Estado Monárquico que tomou para si a exclusividade do poder punitivo não significou necessariamente a redução da violência, mas sim a institucionalização dos poderes através do clero e da igreja. A época, após o transcurso de um procedimento próprio que inclusive previa a prática da tortura como forma de aquisição de provas (confissões), era comum a aplicação das penas de afogamento, arremesso a fogueira e desmembramento de partes do corpo.

De fato, a redução da violência institucionalizada se deu através da ascensão dos pensamentos iluministas e liberalistas que passaram a impor verdadeiras limitações e abstenções ao poder do punitivo do Leviatã, a exemplo das separações de poderes, a garantia de um devido processo legal e outros benefícios aos acusados.

Porém foi com a ascensão da Constituição e com o surgimento das garantias

fundamentais que o Estado se tornou um verdadeiro garantidor das liberdades individuais e dos direitos sociais, de modo que a pena não teria apenas um caráter repressivo, mas ora preventivo e ressocializador com vistas a impedir a ocorrência e reincidência do delito.

Com o passar dos tempos e com a evolução das escolas jurídicas, surgiu à necessidade de explicar o fenômeno jurídico penal através de uma teoria própria e abrangente que explicasse e justificasse o que seria crime e quais seriam os seus elementos caracterizadores.

Decorrente de um processo de evolução epistemológico iniciado na 2ª metade do século XIX, a teoria geral do processo presta a definir crimes e lista seus elementos através de 3 (três) pontos principais: a) tipicidade; b) antijuridicidade, e; c) culpabilidade, cada uma com suas peculiaridades.

Ora, na tipicidade passaríamos a analisar os elementos decorrentes do tipo penal, a exemplo da conduta, nexos de causalidade e o resultado lesivo, explicando ainda os tipos penais dolosos e culposos, tentado e consumado, dentre outros.

Na antijuridicidade estudaremos se a conduta praticada pelo agente esta condizente com o direito ou se trataria de uma conduta proibida em essência, de modo que devemos auferir se a conduta praticada estaria abarcada pela legítima defesa, estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta adversa.

Na culpabilidade iremos analisar se o agente é possui real consciência da conduta lesiva e se o mesmo é digno de pena ou medida de segurança, a exemplo dos que acontecem com os menores, alienados mentais ou aqueles que não tenham desenvolvido mental psicológico concluído.

Ainda, buscaremos aprofundarmos nas causas de exclusão da punibilidade penal como verdadeiro obstáculo a limitação ao poder punitivo do Estado, em especial, o instituto da prescrição e suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro. Após isto, analisaremos o instituto da prescrição retroativa antecipada e suas repercussões práticas para o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema penal, bem como de que forma este influenciará nas condições de procedibilidade da ação penal, mais precisamente no interesse de agir-utilidade.

Para tanto se faz imperiosamente necessário correlacionar os institutos da prescrição virtual e das condições da ação (interesse agir-utilidade) para averiguarmos se em um processo penal cuja a pretensão penal do estado está findada, se seria possível a extinção do mesmo em razão da inutilidade pratica da ação penal.

Neste sentido, ao capítulo final estudaremos a correlação da prescrição virtual com os princípios e garantias do processo penal e da Constituição Federal.

## 1. O PODER PUNITIVO DO ESTADO E SUAS NUANCES

Antes de adentrarmos ao tema da prescrição e ao interesse de agir do Estado, necessário se faz tecermos breves considerações acerca do poder punitivo do Estado, as finalidades da pena e a teoria geral do delito.

Primordialmente, o direito ancestral (até 3.500 A.C) era decorrente dos costumes e das leis naturais, marcado pela vingança privada das tribos e famílias; porém com a descoberta da agricultura e do comércio surgiu à necessidade de escravização com meio alternativo de pena. Com a idade média e a ascensão da Justiça Divina, além do reconhecimento da tortura como meio de obtenção de provas (confissões), foram também legitimadas as penas de afogamento, desmembramento, arremesso a fogueira, bem como outras penas corporais (FÜHRER, 2005, p.08-45).

Para se ter uma ideia da tamanha crueldade das penas aplicadas, Michel Foucault (1987, p.3-4) relata:

Depois de duas ou três tentativas, o carrasco Samson e o que lhe havia atezado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espáduas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase aos ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebatarem-lhe o braço direito primeiro e depois o outro.

Uma vez retiradas essas quatro partes, desceram os confessores para lhe falar, mas o carrasco informou-lhes que ele estava morto, embora, na verdade, eu visse que o homem se agitava, mexendo o maxilar inferior como se falasse. Um dos carrascos chegou mesmo a dizer pouco depois que, assim que eles levantaram o tronco para o lançar na fogueira, ele ainda estava vivo. Os quatro membros, uma vez soltos das cordas dos cavalos, foram lançados numa fogueira preparada no local sito em linha reta do patíbulo, depois o tronco e o resto foram cobertos de achas e gravetos de lenha, e se pôs fogo à palha ajuntada a essa lenha.

(...). Em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas. O último pedaço encontrado nas brasas só acabou de se consumir às dez e meia da noite. Os pedaços de carne e o tronco permaneceram cerca de quatro horas ardendo. Os oficiais, entre os quais me encontrava eu e meu filho, com alguns arqueiros formados em destacamento, permanecemos no local até mais ou menos onze horas.

Com o passar do tempo, o Estado tomou para si o *jus puniendi* não permitindo mais a vingança privada, as penas corporais e cruéis deram lugar a penas mais brandas, surgiram penas com o pagamento de quantias em dinheiro, surgiram escolas clássicas e positivistas, bem como houve posteriormente a formulação de direito penal positivo

(PRADO, 2010, p.78-127).

Entretanto a incorporação do *jus puniendi* pelo Estado não significou por si só a redução da violência praticada, ao contrário, a história da humanidade demonstrou grandes marcas de violências, guerras e mortes ocasionadas pelo poder repressivo dos Estados, principalmente com a evolução científica e pela possibilidade de uso de denominado crédito de guerra (ZAFFARONI, 2001, p.118-123).

A efetiva redução de violência somente se deu com a ascensão dos pensamentos iluministas e liberalista que promoveram mudanças radicais no funcionamento do Estado, impondo limitações legais, a exemplo: separação de poderes, supremacia das leis (positivismo), princípio da legalidade estrita, obrigatoriedade da jurisdição competente e as demais garantias fundamentais e humanos (FERRAJOLI, 2014, p.39-44).

Os iluministas com os ideais de igualdade e liberdade deram as penas um caráter menos cruéis, impondo limitações à intervenção dos estados absolutista ante a existência das liberdades individuais e as garantias fundamentais (BITENCOURT, 2014, p. 109).

Após a idade média e a antiguidade, o pensamento logico-jurídico criminal sofreu grande evolução técnico-jurídica através das Escolas Clássica, Positivista, Crítica, Socióloga, Finalista, dentre outras, possibilitando o surgimento de um direito penal mais preocupado com a realidade social e com as formas de controle mais efetivas (DELMANTO, 2007, p.3-11).

Com a evolução histórica e da filosofia liberal, surgiu o Estado Democrático de Direito acompanhados de suas Garantias Fundamentais que visavam inicialmente à redução da discricionariedade dos poderes constituídos, através da imposição ao Estado de não intervenção nas liberdades individuais e no mercado (CUNHA JR., 2011, p.547-561).

Enquanto os direitos de primeira geração tinham como objetivo garantir a resistência do indivíduo em oposição ao Estado (prestações negativas do soberano), os direitos da segunda geração e diante previam prestações sociais positivas, a exemplo da educação, saúde, saneamento básico, dentre outros (FERNANDES, 2015, p.309-311).

Pela natureza agregadora e acumulativa dos direitos fundamentais, aos poucos

houve a ampliação das proteções, a exemplo: i) da vedação a tortura e pena de morte; ii) devido processo legal marcado pelo contraditório, ampla defesa e celeridade do rito; iii) o direito ao duplo grau de jurisdição, dentre outras garantias fundamentais (MENDES; BRANCO, 2015, p.397-410)

Ao passar do tempo surgiu outras garantias fundamentais humanas aplicáveis ao direito penal, a exemplo: o princípio da legalidade ou anterioridade da lei, princípio da presunção de inocência, direito de recorrer em liberdade, entre outros.

Mas ao final, o que seria o direito penal e como se daria sua aplicação?

Para que os seres humanos atinjam seus fins, desenvolvam sua personalidade e capacidade se faz necessário à convivência em sociedade, ou seja, o ser humano é gregário por natureza. Entretanto para o convívio social harmônico também se faz necessário à existência de regras de convivências, pois nem sempre os mecânicos de controle formal (p.ex. família, escola, igreja, opinião pública, linguagem, etc) são suficientes para garantia da ordem social. (FRANCO; STOCO, 2007, p.31-33).

Assim, a aplicação do direito penal ocorreria como o ultimo mecanismo de controle social (*ultima ratio*), sendo mais uma garantia à proteção de bem, valor ou interesse jurídico de essencial relevância para a comunidade.

Neste sentido, o direito penal corresponde ao conjunto de normas jurídicas que regulamentam o poder punitivo do Estado, prescrevendo a ocorrência das infrações penais, assim como prevendo sanções correspondentes ao ato ilícito praticado (BITENCOURT, 2015, p.36-37).

Desta forma, a ordem jurídica estabelece determinadas condutas aos indivíduos que devem ser seguidas sob pena de sanção, ou seja, o direito define condutas prescritas e a sua pena correspondente em nome da segurança coletiva da comunidade (KELSEN, 2011, p.33-43).

Trata-se de um compromisso ético – jurídico entre o Estado e cidadão, segundo qual há a prescrição antecipada de um castigo para aquele que violar um bem jurídico de vital importância para a sociedade (CAPEZ, 2008, p.1-3).

Não é por outro motivo que o código penal estabelece condutas proibitivas (p.ex.

matar alguém – art. 121, do CP) e sua respectiva consequência jurídica (pena de reclusão de seis a vinte anos) de forma geral e abstrata a todos os cidadãos (direito penal objetivo).

Enquanto o direito penal objetivo corresponde ao conjunto de normas jurídicas que enfrentam à criminalidade e garantem a tutela da comunidade de forma estática, o direito penal subjetivo corresponde ao direito de punir do Estado aplicado a prática, ou seja, se trata de manifestação da justiça criminal pelo poder soberano e exclusivo do Estado (NUCCI, 2015, p.3-4).

Em outras palavras, quando um indivíduo viola uma norma e pratica um ilícito penal, ao Estado surge o dever de aplicar ao infrator a sanção anteriormente e correspondente à fixada em lei (ROMÃO, 2009, p.10-11).

Neste sentido, depois de detectada a violação a uma norma jurídica e após um procedimento próprio, sendo garantido o contraditório e a ampla defesa, caso a ação seja julgada procedente, nasce ao Estado a pretensão de aplicação de uma pena.

### **1.1. FINALIDADES DA PENA E CONSEQUENCIAS DO DELITO**

A existência de Pacto Social entre o indivíduo e o Leviatã (Estado) pressupõe que o primeiro ceda parte de sua liberdade ao segundo que em troca deverá oferecer segurança pessoal e jurídica aos cidadãos (HOBBS, 2008, p.154 – 163). Assim surge a ideia de pena como forma de redução das liberdades e promoção da segurança jurídica.

Podemos considerar que no direito penal há diversas finalidades da pena que justificam a coação do Estado e a redução das liberdades individuais, sendo as mais conhecidas: a) proteção de bens jurídicos individuais e supraindividuais (p.ex. vida, saúde, integridade física, etc.); b) proteção do indivíduo contra a vingança privada e a reação desmedida da sociedade; c) proteção e garantia do indivíduo em face ao poder punitivo do Estado (GOMES, 2015, p.40-44).

Já superado no capítulo anterior a questão da vedação a vingança privada e do surgimento de garantias fundamentais com vistas à redução da discricionariedade e do poder punitivo do Estado, resta analisarmos a finalidade de proteção dos bens jurídicos

essenciais à manutenção da sociedade, bem como as teorias que legitimam a pena.

Pois bem; a finalidade do direito penal é a proteção dos bens, valores e interesses jurídicos de uma sociedade, segundo os seus interesses políticos e sociais à época a qual foram concebidos (GRECO, 2013, p.2-3).

Desta forma, a pena é uma prerrogativa do Estado para a tutela dos denominados bens jurídicos essenciais à manutenção da organização econômica, social e pacífica da comunidade (BITENCOURT, 2015, p.130-133).

Isto significa dizer que a finalidade intrínseca da pena tem se alterado no decorrer do tempo e em conformidade com a evolução do pensamento e das ciências criminais, de forma que podemos elencar 3 (três) teorias aptas a explicar as finalidades das penas: a) as teorias absolutas ou retributivas; b) as teorias relativas ou preventivas, e; c) a teoria mista ou unificadora.

Para a teoria absolutista ou retributiva da pena o direito seria um meio de retribuir com violência um mal injustamente causado na mesma proporção e intensidade, ou seja, a aplicação pura da lei de talião (olho por olho, dente por dente) como meio de vingança e igualdade formal (QUEIROZ, 2014, p.399-401).

Nas lições de Luigi Ferrajoli (2014, p.235-236),

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação” ou ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tão pouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento.

Neste sentido, a punição contida na lei é um imperativo categórico, sendo, portanto, a punição imperiosa a manutenção da comunidade através do exemplo contido na pena, assim o mal deve ser retribuído na mesma proporcionalidade pelo poder do Estado (KANT, 2003, p.174-180).

Assim, enquanto a liberdade humana seja comum à regra de convivência, a ocorrência de um crime pressupõe a negativa de existência do direito através de uma violência injusta. Por outro lado, esta violência injusta somente poderia ser neutralizada através de uma violência justa promovida pelo soberano (HEGEL, 1997, p.83-93).

Atualmente, há uma incompatibilidade lógica entre a teoria retributiva pura e o

Estado Democrático de Direito, vez que não é mais aceitável as penas cruéis, corporais ou de morte, assim como a existência da transação penal, a suspensão condicional do processo e a existência de um direito processual penal próprio, inviabiliza a aplicação pura da Lei de Talião.

Pela teoria relativa ou preventiva a pena deveria ter uma finalidade ressocializadora, ou seja, tinha como objetivo promover à correção do indivíduo para que o mesmo não voltasse a delinquir. A teoria relativa poderia se subdividir em: prevenção geral e especial (QUEIROZ, 2014, p.401-408).

Enquanto a prevenção geral é voltada a todos os membros de uma comunidade por meio da aplicação de pena ao agente para que sirva de exemplo aos outros, a prevenção especial tem como objetivo a correção do autor do delito para que o mesmo não volte a praticar novos delitos (ANDREUCCI, 2004, p.102).

Assim a prevenção especial se daria através da promulgação da sentença condenatória pelo juiz quando o mesmo fixaria um programa capaz de promover a neutralização do infrator, assim como a sua posterior ressocialização no meio social (SANTOS, 2012, p.424).

Muito embora, se aceite a ideia de prevenção como meio de segurança jurídica na promoção da coexistência pacífica entre seres humanos, através do “adestramento” de indivíduos, nem sempre a realidade social comporta tal interpretação.

Isto porque, atualmente, a configuração do ordenamento criminal não leva em consideração a realidade social da criança que foi obrigada a deixar a escola para trabalhar, que sofre diversos conflitos familiares e constantes agressões físicas e psicológicas, que passou por carências alimentares nos primeiros anos de vida, bem como há um esquecimento absoluto da vítima (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.98-111).

Por fim, a teoria adotada pelo sistema jurídico moderno foi à mista ou unificadora, ou seja, a pena possui um caráter retributivo–repressivo com objetivo não só de punir o agente pelo delito perpetrado, assim como também visa à recuperação e reeducação do criminoso (BARROS, 2011, p.447-450).

Neste sentido, a pena é uma sanção imposta pelo Estado ao agente que descumpra uma norma penal e conseqüentemente viola um bem jurídico, sendo a finalidade da pena a retribuição pelo delito praticado e a prevenção a novos crimes (NUCCI, 2014, p. 337-340).

Atualmente, o art. 32 do Código Penal de 1940, consigna 3 (três) tipos de penas passíveis de aplicação a uma pessoa condenada, são elas: I – penas privativas de liberdade; II – penas restritivas de direitos; III – pena de multa pecuniária, podendo ser aplicadas isoladamente ou conjuntamente a depender do caso concreto.

Além das citadas, há sanções acessórias decorrente da sentença condenatória transitada em julgado, a exemplo da obrigação de indenização pelos danos causados, perda do produto do crime em favor da vítima ou União, a perda do cargo ou função pública no caso de crimes contra a administração pública (PRADO, 2010, p.629-634).

Restam então analisarmos quais são os requisitos indispensáveis para a punição do agente e suas peculiaridades sistêmicas contida na Teoria do Delito, a exemplo da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

## **1.2. A TEORIA GERAL DO DELITO**

Antes de adentrarmos ao tema da teoria geral do delito e suas peculiaridades, se faz necessário analisarmos o conceito de crime e determinar parâmetros norteadores do estudo da teoria do delito.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (decreto – lei nº 2.848/1940) não traz um conceito jurídico de crime, trazendo tão somente as suas conseqüências no mundo real, a exemplo das penas de reclusão, detenção, multa e prisão simples. Neste sentido, os diversos conceitos de crime foram delegados à doutrina para que a mesma conceitue e determine seus elementos.

Pois bem, enquanto o conceito material de crime se perfaz através da violação de bem jurídico essencial à sociedade, o conceito formal de crime se traduz na adequação do fato ao quanto descrito na norma penal (BRANDÃO, 2007, p.03-14).

Ou seja, enquanto o conceito formal de delito se refere a aquilo que é vedado pela lei positivista, o conceito material de delito é fixado através dano social causando (desvalor social) (PRADO, 2010, p.247-254).

Além dos conceitos materiais e formais, há o conceito analítico ou dogmático que subdivide o delito e suas partes através de um sistema lógico abstrato para melhor entender o fenômeno criminal. Assim o objeto de valoração passa a ser a conduta humana e suas características, restando assim configurada seus elementos: a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade (BITENCOURT, 2013, p. 272-281).

Após a definição doutrinária do conceito de crime, se faz necessário a análise da teoria do crime e seus elementos caracterizadores.

A teoria geral do delito também denominada de teoria do crime, teoria do injusto penal ou teoria do fato punível tem por objeto o estudo dos requisitos imprescindíveis à configuração do delito, ou seja, investiga mais a fundo o crime, os agentes ativos e passivos, os tipos penais, dentre outros conceitos essenciais ao direito penal (GOMES, 2015, p.165-166).

A teoria do delito decorreu de um longo processo de pensamento e evolução epistemológica iniciada na 2ª metade do século XIX, através da necessidade de compatibilidade e sistematização de uma teoria geral com o ideal decorrente da época, assim surgiram conceitos essenciais ao funcionamento do direito e processo penal (BITENCOURT, 2015, p. 261-166).

Trata-se de uma teoria que busca explicar os fatos jurídicos penais através da ótica do sistema penal, a fim de classificar o que seria crime e o que não seria através da análise dos elementos constitutivos do delito, restando claro que a ausência de um único quesito é suficiente para se caracteriza um indifferente penal.

Assim, segundo o conceito tripartido de delito para que haja a ocorrência de um crime, impreterivelmente, deve haver seus elementos distintivos, sendo eles: a) tipicidade; b) antijuridicidade, e; c) culpabilidade, pois a ausência de qualquer um destes elementos gera a inexistência do direito de punir do Estado (BRANDÃO, 2007, p.01-17).

Há ainda autores que consideram conceito de crime de forma bipartida por sustentarem que o elemento culpabilidade na verdade seria uma consequência do delito

e não sua causa, em que pese os mesmos serem integrantes da corrente minoritária deste pensamento.

Nestes termos, passamos agora para análise dos elementos constitutivos do crime, sendo eles: a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade.

### **1.2.1. TIPLICIDADE**

A tipicidade formal corresponde à adequação da conduta, por ação ou omissão, ao quanto descrito na norma jurídica penal, ou seja, quando o sujeito ativo realiza a atividade proibida pela lei, há a ocorrência da prática de um tipo penal (BRANDÃO, 2007, p. 18-36).

O tipo penal é a descrição abstrata e anteriormente prevista pelo legislador, sendo a conclusão de um processo cognição na qual prevê a existência de uma conduta, nexo de causalidade e o resultado prático (NUCCI, 2013, p. 144-150).

Neste sentido, a tipicidade possui duas funções associadas, a primeira dela é servir como fumaça de indicio para a antijuridicidade já que as condutas descritas se associam a quanto exposto em lei, à segunda é uma função garantista já que pelo princípio da legalidade ou anterioridade legal somente é crime aquilo que estar descrito em lei (BRANDÃO, 2007, p. 48-59).

O princípio da legalidade foi esculpido no início do Século XIX, nos Estados Unidos, tendo como objetivo a limitação do poder punitivo do Estado, pois *nullum crimen, nulla poena sine lege*, assim nenhuma pena poderá ser aplicada sem que esteja anteriormente descrita em lei sob pena de inexistência (BITENCOURT, 2013, p.50-51).

Não é por outro motivo que, o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, determina “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Nestes termos, na descrição contida no tipo penal previsto pelo legislador há os seguintes elementos que devem ser estudados, são eles: a) conduta; b) nexo causal; c) resultado.

De acordo com a teoria funcionalista, a conduta, seja ação ou omissão, deve ser voluntária e consciente, pois se trata de uma manifestação da personalidade do indivíduo,

caso contrário estaríamos diante da hipótese de inexistência de conduta (NUCCI, 2013, p.150-153).

Entende-se por conduta como a ação ou comportamento humano voltado a uma determinada vontade, seja decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, sendo a exceção a tal regra quando estamos diante a ausência de vontade específica, a exemplo da força irresistível, movimento reflexos e estados de inconsciência (GRECO, 2012, p. 147-154).

Sendo exceção a existência de conduta a coação física irresistível, movimento reflexo e o estado de inconsciência, resta necessário estudar quando não haverá conduta em razão da inexistência de consciência e vontade.

A coação física irresistível é quando sujeito não possui capacidade de resistir à violência física externa impedindo o sujeito esboce qualquer conduta, a exemplo do funcionário da empresa ferroviária que tem o dever jurídico de impedir a colisão de trens, mas não o faz em razão de ter sido arramado por terceiro a uma árvore (BRANDÃO, 2007, p. 36-39).

Os movimentos reflexos são respostas involuntárias ocasionadas por estimulação do organismo, assim não há vontade senão tão somente uma resposta sensorial-motora ao estímulo causado.

Em relação aos movimentos reflexos é necessário se atentar quando os mesmos são decorrentes de reações involuntária do organismo e quando são condutas semiautomática, pois as condutas semiautomáticas são passíveis de punição dado a existência de vontade ainda que na sua forma parcial (NUCCI, 2013, p.153).

O estado de inconsciência corresponde ao funcionamento mental inadequado, segundo qual não haveria a expressão de vontade na sua totalidade se expressando apenas o subconsciente, a exemplo do sonambulismo, a embriaguez letárgica e a hipnose (BITENCOURT, 2013, p.300).

Após o estudamos a conduta, advém o aprofundamento quanto ao nexos causal e do resultado prático do fato típico.

O nexos causal é o limiar estabelecido entre a conduta do agente e o resultado prático causado, sendo sua ocorrência indispensável para a consumação do delito,

podendo ser auferida através de um juízo hipotético de eliminação (NUCCI, 2013, p.157-158).

Em verdade, a exigência do nexo de causalidade para a configuração do crime foi uma vitória do direito penal liberal, assim apenas será punido aquele que cometeu uma ofensa a um bem jurídico, não sendo mais permitida a responsabilidade objetiva do réu nem a responsabilidade solidaria da família do condenado (BRANDÃO, 2007, p. 39-41).

O nexo causal une a conduta ao resultado, ou seja, para sua configuração é necessário demonstrar que o resultado lesivo causado foi decorrente da conduta praticada pelo agente, de modo que há 3 (três) teorias a justificar o nexo de causalidade, são elas: a) teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*); b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da relevância jurídica; (GRECO, 2012, p. 213-218).

Pela teoria da equivalência de condições, muito embora o resultado seja decorrente de múltiplas causas e relações, se deve averiguar qual das causas foi fundamental a ocorrência do resultado, determinando quantos tiveram reponsabilidade pelo delito cominado (BRANDÃO, 2007, p. 41-42).

O problema da adoção pura e simples da teoria da equivalência de condições é que a mesma permite uma digressão infinita a ponto de causar uma instabilidade jurídica, uma vez que seria possível imputar à responsabilidade do crime de homicídio a mãe do agente por tê-lo concebido, ou então ao carpinteiro por ter construiu a cama onde o criminoso foi concebido.

Em associação da teoria da equivalência de condições, a teoria da imputação objetiva vem mitigar os efeitos da *conditio sine qua non* ao afirmar que o agente somente deve ser responsabilizado penalmente quando cria ou incrementa um risco jurídico intolerável, assim não poderia a mãe do criminoso nem o carpinteiro que fez sua cama ser penalmente responsabilizados (NUCCI, 2013, p. 158 – 165).

O simples fato de manter relações sexuais e conceber uma criança, assim como o fato de fornecer uma cama para manter relações sexuais não teria o condão de trazer um risco desrazoável à sociedade. Ao revel, trata-se de condição de existência e perpetuação da espécie, razão porque ao Estado não cabe à penalização por atividades consideradas licitas.

A teoria da causalidade adequada é originada através do juízo de probabilidade causal subjetivo, ou seja, tende analisar a pretensão delitiva do sujeito ativo do crime para imputar a este a responsabilidade equivalente, por exemplo: digamos que o sujeito queira causar uma lesão corporal leve a vítima, entretanto ao lesionar a vítima a mesma venha a falecer em razão de ser portadora de hemofilia, assim pela teoria da causalidade adequada seria possível excluir o tipo penal de homicídio (BITENCOURT, 2013, p. 324-325).

Pela teoria da causalidade adequada, o agente ativo de um crime somente responderia pelo resultado que efetivamente e diretamente almejava causar, não podendo responder por outras consequências inesperadas (BRANDÃO, 2007, p.43-44).

Por outro lado, a teoria da causa juridicamente relevante leva em consideração o resultado prático causado em relação ao tipo penal descrito, ou seja, mesmo que o agente não almeje a prática de um crime, ao praticar uma conduta que resulte em um crime previsto na lei penal, o mesmo deverá responder pelo crime previsto (BITENCOURT, 2013, p. 325).

Em relação ao resultado do delito é importante fazer algumas análises no que diz respeito aos crimes materiais e formais, o tipo culposo e doloso, assim como a sua tentativa e consumação.

Considerando que o resultado é a consequência externa produzida pela conduta praticada pelo agente ativo, a mesma pode ser classificada em crime material, ou ainda, crime formal.

Enquanto os crimes materiais sempre produzem consequências e modificações sensíveis no mundo exterior, podendo ser determinado no tempo e espaço pela materialidade (p.ex. matar alguém pressupõe a existência de um corpo), os crimes formais são aqueles que não exigem resultado naturalismo para se consumarem em razão da disposição em lei, a exemplo do que ocorre com os arts. 130 a 135, do código penal (BITENCOURT, 2013, p.353-354).

Caso considerem que o resultado prático de um crime corresponde à violação de bem jurídico socialmente tutelado, haveria sempre um resultado, mesmo que este seja considerado um crime decorrente de incremento de um risco não permitido, a exemplo do que ocorre com os crimes de periclitção da vida e da saúde.

Passamos agora para análise do tipo doloso e culposo.

Pois bem, enquanto o dolo é a vontade livre e consciente de realização de conduta incriminadora descrita pela norma penal, à modalidade culposa corresponde à ocorrência do resultado delitivo através da imprudência, negligência ou imperícia (GRECO, 2012, p. 183-186).

Consoante à dicção do art. 18, inc. I, do Código Penal existem dois tipos de dolos, o dolo direto que corresponde à vontade livre e consciente do agente de produzir o resultado lesivo e o dolo indireto decorrente do fato de que o agente não pretendia pela ocorrência do resultado, porém ainda assim, assumiu o risco de produzir por não se importar com as consequências de sua conduta (MARINHO; FREITAS, 2007, p.98-101).

O dolo direto pode ainda ser subdividido em dolo de primeiro e segundo grau. Assim, enquanto o dolo de primeiro grau corresponde à finalidade do resultado pretendido (p.ex. matar uma pessoa), o dolo de segundo grau é a consequência necessária do meio escolhido (p.ex. colocar uma bomba em um trem, matando várias pessoas), desta forma em relação a vítima específica há o dolo de primeiro grau e em relação às demais vítimas há o dolo de segundo grau (BITENCOURT; CONDE, 2004, p.158-161).

Regra geral, os tipos previstos no código penal são dolosos, isto significa que a maioria dos delitos prevê a vontade e consciência do agente ativo na realização da conduta vedada, sendo a exceção a tal regra os crimes culposos que somente podem ser punidos quando previsto em lei (GRECO, 2012, p. 183-186).

Em relação ao tipo culposo, a culpa é decorrente da inobservância do dever jurídico de cuidado, de modo que se pune a conduta mal dirigida, não diligente, descuidada e passível de causar lesão ou perigo concreto a um bem jurídico (BITENCOURT, 2015, p.371-376).

Pois bem, o art. 18, inc. II, do Código Penal afirma que o crime será considerado “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Porém por ausência de conceito legal, também coube à doutrina definir o que seria a imprudência, negligência e imperícia.

A imprudência é marcada pela conduta precipitada, insensata ou inconsideração do sujeito ativo que em desatenção as regras de convivência do indivíduo que atua sem

as devidas cautelas necessárias, a exemplo de dirigir em alta velocidade ou praticar tiro ao alvo em local movimentado (MARINHO; FREITAS, 2007, p.104-106).

Enquanto a imprudência é decorrente da violação do dever de cuidado através de uma conduta positiva (p.ex. dirigir, praticar, etc.), a negligência corresponde à violação do dever de cuidado em razão de uma conduta negativa, ou seja, o agente ativo se omite a prática de uma determinada conduta o qual era exigível ao homem comum (p.ex. deixar de trocar pastilhas de freios gastas ou deixar armas pessoais afastadas de crianças) (GRECO, 2013, p.204-205).

A imperícia corresponde à ausência aptidão e/ou habilidade para o exercício de certa atividade ou profissão, seja por falta de aptidão técnica ou conhecimento técnico, a exemplo do dentista que nunca fez cirurgia, mas se atreve a fazer e termina por causa uma lesão grave a um paciente (GOMES, 2015, p.248).

Enfim, trata-se de uma infidelidade ao ordenamento jurídico pátrio, pois, muito embora o sujeito ativo não tenha a pretensão dolosa (objetivo lícito), o mesmo atua no sentido de provoca um resultado lesivo através do agravamento do risco social já existente (MARINHO; FREITAS, 2007, p.102-104).

Assim o condutor que empenhe alta velocidade ao veículo automotor com o objetivo de chegar cedo um determinado local (objetivo lícito), porém por imprudência decorrente da alta velocidade perde controle sobre veículo e termina por atropelar um pedestre na calçada, irá inevitavelmente responder pelo tipo penal consumado na modalidade culposa, isto é, se previsto pelo código penal.

Ressalte-se ainda que, ainda que exigível, não será consumado o crime se ausente os seguintes requisitos: i) previsibilidade da ocorrência do resultado para o homem médio, sob pena de se configurar caso fortuito; ii) a presença do resultado lesivo sob pena de se configurar um indiferente penal; b) previsão legal específica para os crimes culposos.

Em relação à previsibilidade do resultado, se faz necessário distinguir a culpa consciente da culpa inconsciente, pois na primeira o sujeito ativo tem a previsibilidade do resultado, mas não aceita nem o risco de produzi-lo (p.ex. o atirador de facas que acredita nas suas habilidades circenses); já na culpa inconsciente o sujeito não prevê o perigo da

sua conduta, de modo que vem a cometer uma conduta negligente, imprudente ou imperícia (GOMES, 2015, p.248).

A consumação do tipo penal através da sua modalidade culposa tem fundamento no dever de cuidado que rege em nossa sociedade, entretanto a consumação somente é possível através da ocorrência do resultado previsto em lei, assim em que pese o cidadão haja com imprudência ao impor velocidade excessiva ao seu veículo, o fato de não causar dano a outrem constitui um indiferente penal. (GRECO, 2012, p. 183-203).

Outra distinção possível se refere acerca dos atos executórios do delito, cuja finalidade é distingui até onde o crime será considerado tentado e quando o mesmo será considerado consumado através dos resultados lesivos previstos.

O crime tentado ocorre quando o sujeito ativo, após o início dos atos executórios do crime, interrompe a execução da prática delituosa sem atingir o resultado almejado por circunstâncias alheia a sua vontade ou pelo arrependimento do próprio agente (REALE JR, 2000, p.191-203).

Ressalte-se que, a ação pode ser composta de fase interna e fase externa. Na fase interna o sujeito cogita a prática delitiva, elegendo o resultado que almeja, bem como perfaz os chamados atos preparatórios, ou seja, seleciona os meios aptos atingir o resultado, escolhe o local apropriado para a execução dos seus atos, dentre outros detalhes (GRECO, 2013, p. 247-248).

Ressalte-se que, regra geral, os atos preparatórios não são punidos pela normal penal por ausência de conduta, nexos causal e resultado, razão porque inexistem qualquer tipicidade, sendo a prática dos atos preparatórios um indiferente penal.

Excepcionalmente, a lei pune os atos preparatórios quando estes são autônomos ou de extrema relevância a execução do crime, a exemplo: crime de bando ou quadrilha (art. 288, do CP), petrecho para falsificação de moeda (art. 291, do CP), porte ilegal de arma de fogo (art. 14, da Lei 10.826/2003), dentre outros (QUEIROZ, 2012, p. 285).

Exemplificando, caso o sujeito ativo almejando o falecimento de seu desafeto tenha comprado uma arma e se escondido em uma moita aguardando o seu rival, estaríamos diante dos atos preparatórios do crime de homicídio. Na hipótese ventilada, caso um policial tenha visto o agente na moita e dando voz de prisão, este tão somente

responderia pela posse ilegal de arma de fogo (art. 14, da Lei 10.826/2003), uma vez que não atingiu os atos executórios do crime de homicídio.

Depois de superado os atos preparatórios, o agente ativo inicia os atos executórios contra o agente passivo, entretanto pode ocorrer que o mesmo não consiga atingir os resultados pretendidos por interferência externa (tentativa imperfeita), ou ainda, embora tenha praticado todos os atos pretendidos, não tenha atingido o resultado almejado (tentativa perfeita) (BITENCOURT, 2013, p. 528 – 537).

Continuando com o exemplo, ao verificar seu desafeto o sujeito ativo se ergue e atira em direção da vítima (início dos atos executórios), porém um astuto policial impede a consumação do delito ao realizar a prisão em flagrante do agente, razão porque se configura a hipótese de crime tentado imperfeito.

Ressalte-se ainda que, inexistente a figura tentada para os crimes culposos, pois conforme já explanado, a existência de um crime culposos somente é possível através da consumação do resultado lesivo.

Por outro lado, o crime resta consumado quando o agente pratica todos os elementos contidos no tipo penal, ou seja, o agente consegue produzir o resultado lesivo ou de perigo pretendido que se encontra previsto na legislação penal (BITENCOURT, 2013, p. 528-529).

Encontra-se consumado o crime quando o comportamento humano se perfaz ao quanto previsto na legislação penal, havendo a consumação do verbo descrito pelo legislador. Desta forma, o homicídio se consuma com a morte de alguém (art. 121, CP), o sequestro com a privação da liberdade de alguém (art. 148, CP) e o furto com a subtração da coisa alheia móvel (art. 155, CP), etc. (QUEIROZ, 2012, p. 285-288).

### **1.2.2. ANTIJURISDICIDADE**

Após estudar a subjunção do fato em relação à norma penal através do instituto da tipicidade, cabe examinar se a conduta praticada pelo agente é proibida ou permitida pelo direito em determinadas situações.

Trata-se de um juízo de valor que recai sobre o fato para averiguar se há causa que justifique a execução do fato típico, ou seja, em determinadas circunstâncias a

violação de uma norma proibitiva pode não ensejar a configuração do crime (BITENCOURT, 2013, p. 388-401).

Em outras palavras, quem atua amparado por uma causa de justificação (p.ex. legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, etc.) não será punido pelo fato, ainda que típico, sendo a exceção a tal regra quando o agente atua de modo excessivo (QUEIROZ, 2012, p.329 – 333).

Muito embora a antijuridicidade ou ilicitude correspondam à contrariedade da conduta praticada em face ao direito preexistente, não se discute apenas seus requisitos objetivo, mas também seus requisitos subjetivos, ou seja, a intenção do sujeito na prática daquele fato típico a fim de evitar que o agente ative que se valha de causas de justificação para agir má intencionalmente (p.ex. oportunidade de vingança durante a legítima defesa de terceiro) (NUCCI, 2014, p.203-207).

Ressalte-se que, se deve levar em consideração não só aspectos objetivos do fato, assim como o aspecto subjetivo do agente na execução, ou seja, a intenção do agente ao cometer uma figura típica (BITENCOURT, 2013, p. 402).

São hipóteses de exclusão de antijuridicidade ou causas de justificação: a) estrito cumprimento de dever legal (art. 23, inc. III, do CP); b) estado de necessidade (art. 24, do CP); c) legítima defesa (art. 25, inc. II, do CP).

O estrito cumprimento do dever legal corresponde à ordem judicial e/ou administrativa que é dirigida aos funcionários públicos (p.ex. oficial de justiça, policiais, etc.) com vista a atingir um determinado objetivo específico (GRECO, 2013, p. 362–365).

Em verdade, o ordenamento jurídico legal estabelece ao sujeito ativo o dever de cumprir a ordem emanada sob pena de incorrer no crime de prevaricação (art. 319, do CP), de modo que se o Estado obriga o sujeito ativo a cumprir a referida ordem, o mesmo não poderia ser punido se agido no estrito cumprimento do dever legal (QUEIROZ, 2012, p. 346-347).

Inevitavelmente, a consequência desta afirmação significa dizer que toda vez que o ordenado ultrapassar os limites do que lhe foram impostos, o mesmo responderá penalmente pelo crime que foi cometido em excesso.

Desta forma, o excesso que ultrapasse o limite do estritamente legal não está acobertado pela causa de exclusão da antijuridicidade, razão porque deve ser processado e julgado pela autoridade competente (BITENCOURT, 2013, p.430-432).

A título de exemplificação, Rogério Greco (2013, p. 363) cita a hipótese do oficial de justiça que munido de mandado de busca e apreensão com vistas a realizar a apreensão de determinado bem (p.ex. televisão), atua de modo excessivo ao apreende bens diversos (p.ex. videocassete) em relação ao quanto ordenado no mandado judicial, de modo que o mesmo irá responder pelo crime de furto pela apreensão em excesso.

O estado de necessidade constitui uma causa de exclusão da licitude que se configura através da colisão e sacrifício de bens jurídicos, motivada pela existência de perigo atual, iminente e concreto ao bem jurídico de maior importância.

No estado de necessidade há a colisão de bens jurídicos protegidos, segundo qual um dos interesses sociais é sacrificado em benefício de outro, assim na hipótese de um naufrágio e existência de um único colete salva-vidas, o agente que causa uma lesão corporal a outro para adquirir o bem da vida, estará atuando em amparado de tal excludente (BITENCOURT; CONDE, 2004, p.279-280).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 207), o estado de necessidade “é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiros, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível.”.

Para que haja a configuração do estado de necessidade se faz necessária a existência dos seguintes elementos: a) existência de perigo atual e inevitável; b) não ter dado causa a situação de perigo; c) inevitabilidade de lesão a direito próprio ou de terceiro; d) proporcionalidade do sacrifício entre o bem salvo e ameaçado; e) inexistir o dever de enfrentar o perigo.

Quando falamos da existência de perigo atual e inevitável estamos, por si só, falando de perigo imediato, concreto e objetivo segundo qual a omissão e/ou inércia do sujeito ocasionará um verdadeiro dano ao bem jurídico tutelado (NUCCI, 2014, p. 209-210).

Neste sentido, a mera presunção de ofensa ao bem jurídico (passado) e o dano já

consumado (futuro), não serão acobertados pelo estado de necessidade, uma vez que o perigo deve ser atual (presente). Da mesma forma, apenas deverá ser colhido o estado de necessidade putativo quando o erro do agente quanto a situação de perigo seja inevitável, dada a característica da concretude do perigo (BITENCOURT, 2013, p. 417-418).

Em relação à voluntariedade da situação de perigo, aquele que deu causa à situação de perigo não poderá se valer do estado de necessidade como forma de eximir do seu dolo (art. 24, 2ª parte do *caput*, do CP). Neste sentido, caso o agente ativo, dolosamente, ateie fogo ao cinema do seu concorrente, o mesmo não poderá se valer do estado de necessidade para se excusar das lesões corporais ou até morte que cause ao tentar deixar o local que se encontra (GRECO, 2013, p.320-232).

Em relação à inevitabilidade de lesão, caso seja possível proteger o bem jurídico independente de lesão a outro, o sujeito tem a obrigação de fazer, a exemplo do sujeito que ao invés de causar a morte de um cão bravo, decide por fugir deste ao pular um muro, ainda que isto importe lesão a sua honra pessoal (NUCCI, 2014, p. 212-213).

De imediato, o agente deve evitar ao máximo de causar lesões a bens jurídicos. Entretanto caso não seja possível evitar a lesão ao bem jurídico em razão da necessidade de proteção de outro bem jurídico, a lesão causada deve ser mínima e suficiente ao fim a que se destina (BITENCOURT, 2013, p. 420).

Exemplificando: no caso de naufrágio que exista apenas um colete salva-vidas para duas pessoas, sendo impossível compartilhar, um dos naufrago deveria tomar o colete salva-vidas para si, evitando lesionar ou causar a morte de terceiro.

Em relação ao sacrifício do bem jurídico, aquele que atua em estado de necessidade deve, imperiosamente, optar pelo mais efetivo e meio menos gravoso a lesionar o bem jurídico próprio ou de terceiros, sob pena de responder pelo excesso praticado (GRECO, 2013, p. 322-325).

Neste sentido não estará amparado pela causa excludente de licitude aquele que sacrificar bem juridicamente desproporcional ao bem tutelado, ou seja, aquele que sacrifica a vida de terceiro em nome de patrimônio próprio não pode alegar que fez em decorrência do estado de necessidade.

Ressalte-se ainda que, aquele possui o dever legal de atuar e evitar o dano (garante) não pode se eximir da sua obrigação legal sob o pretexto do estado de necessidade em situações comuns, assim não poderia o bombeiro se eximir do seu dever sob o pretexto que poderia sofrer queimaduras ou o policial de sofrer represálias (QUEIROZ, 2012, p. 344-345).

Entretanto, se faz necessário analisar o caso concreto de forma proporcionalidade, uma vez que o ordenamento jurídico também não exige atos heroicos ou abdições de direito fundamentais que implique no falecimento do garante (NUCCI, 2014, p.212).

Em relação à possibilidade do garante se eximir de suas obrigações legais em face do estado de necessidade, diante do sacrifício de bens jurídico de iguais importâncias (p.ex. vida X vida) a doutrina se divide: enquanto Paulo Queiroz, Rogerio Greco e Hungria entende que tal omissão ensejaria a hipótese de crime, Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bittercourt sustentam que os garantos poderiam invocar o estado de necessidade como excludente de ilicitude, se omitindo do dever de agir.

Obviamente que tal questão não é tão simples e deve ser auferida no caso concreto: a relação de custo-benefício entre os bens jurídicos salvo e sacrificados, a razoabilidade dos atos praticados que importe risco a saúde e vida do garantidor, dentre outros fatores.

O conceito de legítima defesa está prevista no art. 25 do CP, sendo uma forma de tutelar direito próprio ou de terceiro contra agressão injusta, atual ou iminente, desde que os meios contrapostos sejam moderados e necessários à tutela do respectivo direito.

A justificativa para a existência da legítima defesa se dá pelo fato que o Estado não pode estar em todos os lugares, muito menos tem capacidade para tutelar todos os direitos, de modo que o Estado permite que o próprio cidadão, excepcionalmente, tutele seu próprio direito contra agressão injusta provocada por terceiro (GRECO, 2013, p. 335).

Trata-se de necessidade-dever do indivíduo a se proteger contra agressão injusta, de modo que se o cidadão age amparado por tal causa de justificação (excludente de culpabilidade) não está cometendo um crime, pois age amparado por uma norma permissiva (BITENCOURT, 2013, p. 422 - 424).

Neste sentido, constituem requisitos da legítima defesa: a) agressão injusta; b) atualidade ou iminência de dano a direito decorrente da agressão; c) tutela de direito próprio ou de terceiro; d) necessidade e moderação dos meios empregados (proporcionalidade).

Entende-se por agressão: qualquer tipo de conduta humana que lesa ou põe em perigo bem jurídico tutelado pelo ordenamento, de modo que é possível a verificação da gravidade ou intensidade do dano (BITENCOURT, 2013, p. 424).

Em outras palavras, a existência de uma legítima defesa será, inevitavelmente, decorrente de uma agressão humana injusta, ou seja, ato ilícito de terceiro (contrário a lei). Sendo a agressão provocada por um animal, estaríamos diante da figura conhecida como estado de necessidade (QUEIROZ, 2012, p. 335-337).

A legítima defesa não possui o condão de abarcar toda e qualquer tipo de lesão ou perigo a bem jurídico, se não apenas aquela cujo o dano seja atual e/ou iminente. Assim a agressão injusta deve estar prestes a acontecer, ou ainda, com uma proximidade temporal curta em face da certeza da ocorrência do dano.

Aquele que age em legítima defesa pode não só se defender das agressões injustas, assim como pode defender terceiros (p.ex. familiares, parentes, amigos, etc.) contra agressões injustas, isto é, desde que possua a intenção subjetiva de tutela de direitos e não de vingança privada (GRECO, 2013, p. 346).

Em qualquer que seja a causa de justificação, quando a conduta prática pelo agente excede os limites permitido pela norma, há a desnaturação da causa de extinção de culpabilidade, de modo que o agente deverá responder pelo delito cometido (BITENCOURT; CONDE, 2004, p.278).

Em outras palavras, caso haja evidente desproporção entre a agressão injusta (p.ex. ofensa a honra) e a medida defensiva adotada (p.ex. disparo de arma de fogo), o defensor irá responder pelo excesso cometido (p.ex. homicídio).

Ressalte-se que, nem sempre é possível se ter uma certeza por onde se passa a linha tênue entre a legítima defesa e o excesso de conduta, razão porque o magistrado deve analisar caso a caso e decidir pela aplicação do instituto (NUCCI, 2014, p.221-223).

Em algumas hipóteses, também se aceita o consentimento do ofendido como causa supralegal de afastamento da antijuridicidade, desde que comprovado seus requisitos essenciais: a) manifestação de vontade anterior e sem vícios de consentimento; b) o ofendido tenha plenas capacidades para consentir com as consequências do fato; c) que se trate de direito disponível; d) que o fato típico se amolde ao consentimento de forma estrita, não sendo tolerados excessos sob pena de eventuais punições (BITENCOURT, 2013, p. 405-409).

Não é por outro motivo que o Estado permite a realização de esportes radicais e violentos, reality show, cirurgias plásticas e outras condutas que poderia colocar em perigo bens disponíveis.

### **1.2.3. CULPABILIDADE**

Há diversos sentidos e contexto para a palavra culpabilidade, entretanto buscamos a presença de tal fenômeno como o terceiro e último elemento constitutivo de um crime. Em outras palavras, a culpabilidade estar intimamente ligado ao conceito de responsabilidade penal, pois se o agente for inculpável não haverá pena, ou, excepcionalmente, será aplicada uma medida de segurança (QUEIROZ, 2012, p. 351-353).

Trata-se de um juízo individualizado de responsabilidade criminal que recai sobre o autor do crime, analisando suas condições psicológicas – mentais (capacidade cognitiva), possibilidade de exigir conduta diversa (conhecimento da proibição, vontade e previsibilidade) e a reprovabilidade de sua conduta (BITENCOURT, 2013, p. 405-409).

Enquanto a escola clássica sustentava que a aplicação do poder de punir era legítima em razão da moral e liberdade (livre-arbítrio) do ser humano, a escola positivista acreditava no determinismo e que a existência do delito estava condicionada a diversos fatores internos e/ou externos que poderiam influenciar o indivíduo a praticar o delito (GRECO, 2013, p. 373 – 375).

Zaffaroni e Pierangeli tecem breves considerações acerca da co-culpabilidade, esclarecendo que certos indivíduos são tão sobrecarregados pelas causas sociais e pelo

meio que vivem que sua culpabilidade deveria sofrer drástica redução, a ponto de ser aplicada uma atenuante inominada a estes sujeitos (Zaffaroni; Pierangeli. 2010, p. 613).

Neste sentido, diferente dos demais elementos do crime, a culpabilidade recair também sobre o autor do fato para averiguar o juízo de reprovabilidade, através da análise dos seguintes elementos: a) Imputabilidade ou capacidade de culpabilidade; b) conhecimento (potencial) da ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta adversa.

Para que um tipo penal possa ser imputado a uma pessoa natural é estritamente necessário que o agente tenha capacidade de entender a proibição legal e as consequências delitivas, assim como possua condições de se determinar conforme a ética social e o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, se a pessoa não tem capacidade para definir o que é certo ou errado (ilícito), não possui autodeterminação nem reprovabilidade social, de modo que, ao invés da aplicação de pena, poderá ser aplicada uma medida de segurança aos doentes mentais, embriagados por vício ou menores de idade (NUCCI, 2014, p.261-271).

Não é por outro motivo que, o art. 26 do código penal preceitua que os doentes mentais, com desenvolvimento incompleto ou retardado, sendo incapaz de entender o caráter ilícito do crime, estão isentos de pena. O mesmo se aplica aos menores de 18 anos que são presumidamente inimputáveis, porém, a estes últimos, são aplicadas as disposições do Estatutos das Crianças e Adolescentes – ECA (art. 27, do CP).

Neste sentido, quando o juiz verificar a ausência de culpabilidade do agente ativo, o referido magistrado deverá prolatar sentença absolutória impropria, conseqüentemente, aplicando uma medida de segurança quando restar auferido o fato típico, antijurídico e a periculosidade do agente (BARROS, 2011, p. 384).

Em relação a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, duas figuras merecem especial atenção a partir da leitura do art. 21, do CP, são elas: o erro de tipo e o erro de proibição.

O erro de tipo, portanto, incidirá sobre os elementos, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à figura típica. Em suma, erro de tipo é analisado no tipo. O erro de proibição, ao contrário, não é estudado no tipo penal, mas, sim, quando da aferição da culpabilidade do agente. Com o erro de proibição procura-se verificar se, nas condições que se encontrava o agente, tinha ele

condições de compreender o fato que praticava era ilícito. (GRECO, 2013, p. 398).

O erro de tipo corresponde o engano em relação aos elementos do tipo, ou seja, excluir o dolo em face a ausência de vontade do cometimento do ilícito (p.ex. caçador que pretende matar um animal na moita e após o disparo descobre que se tratava na verdade de uma pessoa) comete homicídio culposo em face da inobservância dos deveres de cuidado. Porém se o erro for escusável (inevitável por ausência de previsão do resultado lesivo), além da exclusão do dolo, há também a exclusão do tipo culposo.

O erro de tipo afeta diretamente os elementos do tipo penal, afastando o dolo do agente, podendo ainda se subdividir em: a) erro inevitável, afasta tanto o dolo quanto a culpa, e; b) erro evitável, afasta apenas o dolo, de modo que o agente poderá responder pelo crime na modalidade culposa.

O erro de proibição ocorre quando o agente ativo comete um crime em razão do desconhecimento da norma, ou ainda, possui percepção equivocada da lei e da sua aplicação prática. Tomamos por exemplo um caçador da região rural que vive da caça de pequenos animais silvestres e que por desconhecimento da promulgação do código ambiental acaba cometendo crimes ambientais (GRECO, 2013, p. 400 – 404).

Trata-se de desconhecimento da norma e, conseqüentemente, falta de consciência na prática da conduta típica, sendo uma relativização do dever ético-jurídico de conhecimento da norma (BARROS, 2011, p. 399 – 401).

As conseqüências para o erro de proibição são: a) se inevitável, isenção de pena; b) se evitável, redução da pena de 1/6 a 1/3, conforme art. 21, do CP.

Em relação a exigibilidade de adoção de conduta diversa, também serão inimputáveis aqueles que sofreram coação moral irresistível, atuou em conformidade com a obediência hierárquica e/ou embriagues completa e decorrente de caso fortuito ou forma maior.

Na coação moral irresistível o agente tem seu poder de escolha reduzido ou eliminado em razão de pressão externa praticada por terceiro, de modo que há uma vontade viciada em razão de uma grave e iminente ameaça de lesão. Tomamos como exemplo, o gerente de um banco que realiza fraudes em documentos públicos e privados

a mando de criminosos que ameaçam machuquem a sua família sequestrada. (BITENCOURT, 2016, p. 486-489).

Na obediência hierárquica (pública ou privada) há um comando de um superior hierárquico no sentido do cometimento de um ilícito penal, sob pena de imputar um mal ao subalterno (p.ex. demissão, prisão, sindicância, etc), de modo que atuação do subalterno resta viciada em razão de um mal prometido (BITENCOURT, 2016, p. 489-492).

O art. 28, inc. II, do CP afirma que a embriaguez culposa ou voluntaria não exclui a imputabilidade do agente, porém a embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior possui o condão de afastar a culpabilidade do agente, isentando o mesmo de pena (art. 28, §1º, do CP). Na hipótese do agente sofrer de embriaguez por caso fortuito e/ou força maior, porém tenha capacidade de consciência parcial (embriaguez incompleta), o mesmo poderá se valer de uma causa de redução de pena prevista no art. 28, §2º, do CP. (GRECO, 2013, p. 394-397).

Concluindo nossas considerações finais, implica afirmar que para a constituição de um crime se faz necessário a presença da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Entretanto não necessariamente a presença dos seguintes elementos são capazes, por si só, de implicar na condenação do agente ativo de um crime.

### **1.3. CAUSAS EXCLUDENTES DE PUNIBILIDADE**

Muito embora o direito de punir tenha como finalidade a tutela social da coletividade em face do agente violador da norma penal, em muitas ocasiões se tornara inconveniente e até inoportuno a persecução penal em razão de impedimentos fáticos e normativos (TRAVESSA, 2008, p. 53).

As causas excludentes de punibilidade correspondem ao desaparecimento da pretensão punitiva do Estado em decorrência de obstáculos previsto em lei, ou seja, o legislador previu situações em que há o desinteresse do Estado na persecução criminal (NUCCI, 2013, p.539-348).

Em outras palavras, muito embora esteja presente todos os elementos do crime

(p.ex. tipicidade, ilicitude e culpabilidade), o Estado irá renunciar ao seu direito de punir, razão porque o referido processo será extinto em face da ocorrência de uma das causas de exclusão da punibilidade previstas no art. 107, do Código Penal.

Ressalte-se que por força do art. 61, do CPP, o juiz poderá declarar a extinção da punibilidade a qualquer tempo ou fase processual, inclusive poderá emitir a declaração de ofício. Porém a recomendação feita pelo parágrafo único do mesmo artigo é que quando houve o requerimento da parte pela extinção da punibilidade, o juiz deve realizar a oitiva da parte contrária para que, somente após isto, declare a extinção da punibilidade.

Conforme a clara dicção do art. 107, do CP, haverá a extinção da punibilidade quando: i) ocorrer a morte do agente comprovada por documento idôneo e de fé pública (certidão de óbito); ii) a anistia, graça ou indulto concedido pelo Estado em benefício do autor do fato delituoso; iii) retroatividade da lei que extingue o fato como criminoso; iv) ocorrência da prescrição, decadência ou preempção; dentre outros descritos nos incisos seguintes; v) pela renúncia ao direito de queixa ou aceitação do perdão, nos crime de ação penal privada; vi) da retratação do agente nos crimes de ação penal pública condicionada a representação; vii) pelo perdão judicial desde que previsto em lei.

Ressalte-se que, a hipótese de incidência da exclusão de punibilidade atinge apenas a crimes específicos, não podendo influência em crimes conexos ou em outros delitos cometido em momento posterior ao fato (QUEIROZ, 2015, p.561 – 562).

Atualmente, a morte do agente ativo (investigado, réu ou condenado) extingue a pena com fulcro no princípio da personalidade e individualidade da pena, de modo que nenhuma pena passará do condenado para seus sucessores e/ou terceiros (art. 5º, inc. XLV, da CF/88), razão porque após constatada a morte, o juiz deverá ouvir o Ministério Público e declarar a extinção do processo.

Porém nem sempre foi assim. A histórica é rica de exemplos de que a pena do condenado não só atingia a memória do morto, assim como era aplicada aos seus sucessores na forma de castigo corporais, confiscos de bens, penas de banimentos, dentre outras cruéis (BITENCOURT, 2016, p.887).

Em geral, a comprovação da morte do agente dever se dar através de atestado de óbito (art. 62, CPP) emitido pelo cartório de pessoas físicas, assim a autenticidade do

documento deve ser auferida pelo tabelião de notas. Caso posteriormente seja descoberto a existência de falsificação na certidão de óbito, entende o STF através do HC nº 60095 que o processo pode ser retomado de onde parou (GRECO, 2013, p. 703).

A segunda causa de extinção da punibilidade é a anistia, graça ou indulto que podem ser aplicados a todos os crimes com exceção aos hediondos e semelhantes (art. 5º, inc. XLIII, da CF/88), sendo distintos em face da competência para concessão, alcance e motivação (QUEIROZ, 2015, p.564 – 565).

Muito embora a anistia, graça e o indulto sejam causa de exclusão de punibilidade ao crime na esfera penal, inexistiria qualquer tipo de óbice a responsabilização e a restituição de valores na esfera cível, se forem devidos.

A anistia geralmente é concedida a crimes políticos, sendo competência da União Federal através das atribuições do Congresso Nacional com a sanção da Presidência da República, podendo ser concedida anteriormente a sentença condenatória (própria), ou ainda, após a sentença transitada em julgado (imprópria) (GRECO, 2013, p.704).

A anistia possui o condão de excluir um ou mais crimes como se os mesmos nunca tivessem ocorridos (efeito *ex tunc*), ou seja, o instituto é capaz de rescindir a sentença penal condenatória transitada em julgado, assim como não gera a hipótese de reincidência (BARROS, 2011, p. 607-608).

Historicamente as anistias eram concedidas por razões políticas, militares e/ou eleitoral, sendo um verdadeiro meio de pacificação social em períodos turbulentos, a exemplo da anistia concedida no regime militar (Lei nº 6.683/1979). Atualmente, há discursões intermináveis quando a sua aplicação, extensão e a necessidade de indenização as famílias que tiveram seus parentes mortos ou desaparecidos.

A graça tem como objetivo o perdão individual de sentença transitado em julgado, podendo ser requerido pelo condenado, Conselho Penitenciário, Ministério Público ou autoridade administrativa, sendo regrado pelo art. 188, da Lei de Execução Penal (BITENCOURT, 2016, p. 887-888).

Diversamente da graça, o instituto do indulto abrange um número maior de condenados, possuindo uma natureza coletiva. Desta forma, a Presidência da República

pode publicar decretos com intuito de excluir a punibilidade de determinado grupo de condenados, cujo Estado não possui interesse em punir (GRECO, 2013, p.703-704).

A terceira causa de extinção da punibilidade é quando uma nova norma extingue uma figura típica (p.ex. crime de adultério, crime de sedução, etc.), retirando sua existência do ordenamento jurídico, razão porque não subsiste mais fundamentação para a condenação do réu (GRECO, 2013, p.703-704).

Trata-se da hipótese de *abolitio criminis* e aplicação da norma penal no tempo, segundo qual a norma penal somente poderá retroagir em benefício do réu, sendo vedada a retroatividade *in malam partem* (art. 5º, inc. XL). Neste sentido, promulgada uma nova norma que extingue uma figura típica, os efeitos desta norma poderiam retroagir até atingir o fato pretérito, desde que fosse mais benéfica para o réu.

Regra geral o direito a ser aplicado ao tipo penal será aquele consignado ao tempo da execução do delito (*tempus regit actum*), entretanto excepcionalmente a lei poderá possui retroatividade e ultratividade desde que tal interpretação seja mais benéfica ao réu. Assim promulgada lei nova que traga algum benefício ao réu de uma ação penal, inexistente qualquer impedimento do acusado se beneficiar dela (NUCCI, 2015, p. 49-50).

Muito se questiona a doutrina se na hipótese de promulgação de uma lei nova que contenha benefícios e prejuízos ao réu, se a aplicação retroativa da lei mais benéfica se daria na sua totalidade ou se seria possível fragmentar os trechos (artigos) mais benéfico de ambas as leis. É o que por exemplo ocorre com a nova lei de drogas.

Entretanto outra situação é quando o Estado entende por retirar a tipicidade de determinado crime, fazendo com que o mesmo deixe de existir no mundo jurídico, seja por motivos de política criminal, aclamo socioeconômico, ou ainda, em face dos princípios jurídicos penais. Assim a abolição do crime também possui efeito retroativo, sendo apto a beneficiar investigados, acusados e condenados, devendo ser decretado a exclusão de sua punibilidade por um juiz de direito.

A quarta causa de extinção da punibilidade é a ocorrência da prescrição, decadência e perempção, sendo verdadeiras causas que obstam o poder punitivo do Estado em decorrência da inercia no tempo.

Dada a extensão vertical e horizontal do instituto da prescrição, bem como por este ser nosso objeto de estudo no presente trabalho, deixaremos o seu estudo para o capítulo seguinte. Em relação a decadência e perempção, estes institutos somente se aplicaram as ações penais privadas, sendo inaplicáveis em relação as ações penais públicas ou substitutivas.

Levando em consideração que o Estado suprimiu a autotutela, restou necessário a criação de instrumentos por meio do qual fosse possível a realização do poder punitivo, assim surgiu o conceito de ação penal que poderia ser pública ou privada. Em outras palavras, a denominação da ação penal pública ou privada diz respeito a legitimidade para se tutelar o bem jurídico vinculado, assim quando estamos diante de uma ação penal pública (denúncia) o órgão legitimado é o Ministério Público enquanto na ação penal privada (queixa) o legitimado é o querelante (particular ofendido ou seu representante legal) (BITENCOURT, 2016, p.884-885).

Regra geral a maioria dos delitos são processados pelo Ministério Público através da ação penal pública que podem ser incondicionada a representação do ofendido (p.ex. lesão corporal grave, homicídio, etc), ou ainda, condicionada a representação do ofendido ou de seus representantes legais (p.ex. crime de ameaça, violação de correspondência, divulgação de segredo sigiloso, etc.). Existem ainda a ação penal privada que se processa mediante queixa do ofendido ou representante da vítima (querelante) que podem se subdividir em: exclusiva, personalíssima e a subsidiária da pública.

Em relação a ação penal de exclusiva iniciativa privada, entende o Estado que o interesse do particular se sobreponha ao interesse coletivo em face do bem jurídico tutelado, de modo que cabe ao particular verificar se almeja ou não a propositura da ação penal contra o agressor de seu direito. Já na ação privada subsidiária da pública há a possibilidade de o particular oferecer queixa em crime de ação penal pública dada a inercia do Ministério Público, porém isto não significa que a ação penal se tornada privada, ao revel, pode o órgão ministerial aditar a queixa, oferecer denúncia substitutiva, solicitar diligência e até produção de novas provas (BITENCOURT, 2016, p.876-877).

Assim os institutos da decadência e perempção estão intimamente ligados a

inercia do particular no tempo diante da demora de propositura de uma ação penal privada, ou ainda, da tardia representação do ofendido nos crimes de ação penal pública condicionada, bem como no desleixo na condução de uma ação penal de iniciativa privada dada a necessidade de obediência do devido processo legal.

Na decadência há a inercia da vítima ou de seus representantes legais para proporem a ação penal privada e/ou formular sua representação perante a autoridade competente, de modo que há a perda do direito no tempo (GRECO, 2013, p. 706-707).

Conforme dispõe o art. 103 do CP, o ofendido perde o direito a formulação de queixa ou representação se o mesmo se quedar inerte pelo prazo de 6 (seis) meses a contar do dia que a vítima tem ciência de quem foi o autor do crime, de modo que após o referido prazo, haverá a decadência do direito a queixa ou representação.

Já na preempção, há uma ação penal privada em curso, porém ocorre a perda do direito dada a inercia do querelante que negligencia o processo ao deixa de dar os devidos andamentos aos autos (BARROS, 2011, p. 620 – 621).

As hipóteses de preempção estão contidas no art. 60 do CPP, sendo as mais comuns: i) quando o querelante deixa de dar andamento aos autos por mais de 30 (trinta) dias; ii) na hipótese de falecimento ou incapacidade, os herdeiro e representantes deixam de assumir o polo ativo por mais de 60 (sessenta) dias; iii) quando o querelante deixa de comparecer/realizar a qualquer ato do processo; dentre outros.

Ressalte-se ainda que, a preempção não ocorrerá nas ações penais públicas nem mesmo nas ações penais privada subsidiária a pública, pois no caso de negligência do querelado, o Ministério Público irá assumir o polo ativo como sujeito principal da ação (QUEIROZ, 2015, p.565).

Em breve síntese, enquanto a decadência corresponde a perda do direito de propor ação penal privada pelo particular ou o impedimento de realizar representação nos crimes de ação penal pública condicionada em razão da inercia do particular no tempo, na preempção pressupõe que haja um procedimento penal em curso, mas o querelante deixa de dar prosseguimento ao processo, de modo que há a presunção de desistência do processo (art. 60, do CPP) (BITENCOURT, 2016, p.888-889).

A quinta causa de exclusão da punibilidade diz respeito à renúncia ao direito de queixa pelo querelante e a aceitação do perdão pelo querelado nas ações penais privadas.

A renúncia é ato unilateral produzido pelo ofendido segundo qual a vítima abre mão da persecução criminal privada contra o agressor de seu direito penalmente tutelado, de modo que a renúncia somente pode se operar antes da propositura da ação penal e independe da aceitação do investigado (BARROS, 2011, p. 614-615).

A renúncia pode ser formulada de forma expressa com a declaração assinada pelo ofendido ou representante legal com poderes específicos, ou ainda, tácita através de condutas incompatíveis com o desejo de realizar a persecução criminal, a exemplo do convite do autor do crime para ser padrinho de casamento da vítima (GRECO, 2013, p. 709).

Ressalte-se que pelo princípio da indivisibilidade da ação penal (art. 48 do CPP), a renúncia do direito de queixa em relação a um autor do crime aproveita aos demais coautores independentes da sua participação. Assim caso a vítima tenha ciência de todos os autores do fato criminoso e queira oferecer queixa apenas em relação alguns deles, excluindo outros, pressupõe que houve uma renúncia tácita a todos eles.

Por outro lado, o perdão corresponde a desistência de se prosseguir com a ação penal já em curso, porém por se tratar de um ato bilateral, o mesmo depende da anuência do querelado, pois, após a citação, o réu também pode possuir interesse no deslinde da matéria por via de sentença absolutória (NUCCI, 2015, p. 577 – 578).

A sexta causa de extinção de punibilidade é a retratação do agente nas hipóteses previstas em lei (calúnia, difamação, falsa perícia ou testemunho), segundo qual o agente retrata suas alegações para impedir o dano causado (BITTENCOURT, 2016, p.889).

A retratação é o meio pelo qual o agente volta atrás no que disse, trazendo a verdade à tona. Assim o agente que promoveu a calúnia e/ou a difamação da vítima poderá se retratar em juízo antes da sentença penal, ocasião que poderá ser declarada a extinção da punibilidade (GRECO, 2013, p.711-712).

O mesmo se aplicaria aos crimes de falsa perícia ou testemunha, segundo qual o

farsante poderá extinguir sua punibilidade através do comunicado de retratação feito diretamente ao juiz do processo em que atuou.

A sétima e última causa de extinção da punibilidade é o perdão judicial, segundo o qual a lei possibilita que a autoridade judiciária (juiz de direito ou juiz federal) em determinadas condições personalíssimas conceda a isenção de pena. (NUCCI, 2016, p.891-892).

Em outras palavras, muito embora se tenha comprovada a autoria e materialidade de determinado crime em relação a certa pessoa, esta não será condenada em razão da concessão do perdão judicial pela autoridade competente, de modo que será promulgada uma sentença absolutória. (QUEIROZ, 2015, p.566).

Ressalte-se que as hipóteses de concessão de perdão judicial estão contidas em lei, porém citaremos algumas a fins de exemplificação: i) no homicídio ou lesão corporal culposa, quando as consequências do delito atingirem o agente de forma tão grave que a pena se torna desnecessária (p.ex. pai que acidentalmente atropela o próprio filho – art. 121, §5º e 129, §8º, do CP); ii) na injúria, quando o ofendido provocou o agente (art. 140, §1º, inc. I, do CP); iii) na receptação culposa, quando o agente for primário e as condições do delito forem favoráveis ao mesmo (art. 180, §5º, do CP); dentre outras.

Neste sentido, após estudamos as causas de exclusão de punibilidade, iremos nos aprofundarmos no tema da prescrição e seus tipos para que finalmente chegamos ao cerne do presente trabalho.

## 2. DA PRESCRIÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

A origem da prescrição penal surgiu no Direito Romano em período anterior a cristo, através da ideia de perdão e purificação religiosa, de modo que após o prazo de 5 (cinco) anos o cônjuge adúltero não poderia sofrer nenhum tipo de processo (LEMOS, 2007, p. 1-2).

Aos poucos, a prescrição penal passou não só a atingir a *lex julia de adulteriis*, assim como se expandiu para os demais delitos e infrações penais de forma lenta e gradual (MACEDO, 2007, p. 8-9).

Com a queda do império romano, o instituto da prescrição penal sofreu grande estagnação intelectual em face ao pouco conhecimento jurídico dos bárbaros à época, razão porque o referido instituto somente reapareceu na Europa com o Código Penal Francês de 1791, graças aos ideias liberais e positivistas que fixaram a prescrição da ação em 3 (três) anos e a prescrição da fase executória em 20 (vinte) anos (TRAVESSA, 2008, p. 54-55).

No Brasil, o aparecimento do instituto da prescrição se deu no art. 65 do Código Criminal de 1830 que previa a imprescritibilidade da pretensão executória (de fazer cumprir a condenação), já o Código de Processo Penal de 1832 passou a prevê a prescrição da pretensão punitiva do Estado em um período de 1 (um) até 10 (dez) anos a depender da gravidade do delito cometido (MACEDO, 2007, p. 8-9).

Para melhor compreensão da matéria se faz necessário diferenciar a pretensão punitiva e executória. Assim, enquanto a prescrição da pretensão punitiva compreende a perda do direito de punir antes do trânsito em julgado da sentença condenatória em face da inércia do Estado, a prescrição da punição executória pressupõe a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado que não foi executada (cumprida) pelo Estado em tempo hábil, gerando assim a perda do poder executivo (QUEIROZ, 2015, p. 569-570).

Isto significa que durante a vigência do Código Penal do Império inexistia a prescrição penal executória da pena imposta ao condenado (“As penas impostas aos réus não prescrevem em tempo algum”), porém, isto não necessariamente significaria a

extinção de todo e qualquer tipo de prescrição, já que o referido código tinha sido omissivo quanto a prescrição penal investigativa (antes do trânsito em julgado da condenação) (LEMOS, 2007, p. 2-3).

Mais tarde, em 1890, a República Federativa do Brasil positivou a prescrição através do Decreto nº 774/90, quando foram estabelecidos diversos prazos prescricionais a depender do crime e do local onde o acusado se encontrava o investigado. Finalmente, com o Código Penal de 1940 houve a positivação das duas formas de prescrição, pretensão punitiva e pretensão executória, assegurando a prescrição das ações penais em curso. (TRAVESSA, 2008, p. 55-56).

## **2.1. CONCEITOS E FUNDAMENTOS**

Não há como se confundir a perda do direito de punir em razão da inércia do Estado no tempo (prescrição) com a renúncia do direito de punir (anistia, graça ou indulto), ou seja, a conceituação da prescrição inevitavelmente estará envolvida com a incapacidade do Estado de fazer valer seu direito punitivo durante determinado lapso de tempo (GRECO, 2013, p. 719).

Assim a prescrição penal corresponde a extinção do *jus puniendi* do Estado em virtude do transcurso do prazo legal para a propositura da ação penal (prescrição da pretensão punitiva), ou ainda, a demora excessiva na execução da sentença penal condenatória transitada em julgada (prescrição da pretensão executória) (QUEIROZ, 2015, p. 567).

Neste sentido, se a ocorrência de um fato criminoso faz surgir a pretensão punitiva do estado em aplicar a sanção penal a determinado agente, a ocorrência da prescrição demonstra um verdadeiro desinteresse do Estado na persecução penal, resultando na perda de sua pretensão punitiva (BARROS, 2011, p. 621).

Em essência, a prescrição penal é causa de extinção da punibilidade (perda da pretensão punitiva) em razão da inércia do Estado em face do decurso tempo previsto em lei, de modo que após consumada, o Estado não poderá mais provê a persecução

penal ainda que almejada.

Em relação a natureza jurídica do instituto da prescrição penal, a doutrina questiona se seria de direito penal material (por esta amplamente descrita entre os artigos 109 a 118 do Código Penal) ou de direito processual penal (por produzir profundos efeitos sobre a extinção da ação penal e da condenação já transitada em julgado). Enquanto os autores Antônio Rodrigues Porto e Antônio Lopes Baltazar sustentavam pela natureza de direito material, haviam correntes doutrinárias divergentes sustentadas por Liszt, Heleno Cláudio Fragoso e Beling e Schmidt entendiam que se tratava de direito processual penal (TRAVESSA, 2008, p. 64-65).

Entretanto acreditamos que a doutrina mais coerente é aquela que afirma que a natureza jurídica da prescrição envolver um direito misto (material e processual) por necessariamente encontrar característica e efeitos jurídicos de ambos os direitos.

Neste sentido, a prescrição punitiva possui um caráter híbrido e pertence a ambos ramos do direito, material e processual, seja como extinção do direito material de punir do Estado seja como pressuposto negativo da persecução penal descrita pelo código de processo penal (LEMOS, 2007, p.19-28).

Em relação as características da prescrição, a mesma constitui matéria de ordem pública e preliminar a análise do mérito, de modo que após configurada inviabilidade da continuidade do processo criminal, o mesmo deve ser declarado extinto em face da ocorrência de uma causa excludente de punibilidade.

Ressalte-se que por se tratar de matéria de ordem pública, a extinção da punibilidade do agente em face da ocorrência de prescrição poderá ser declarada de ofício pelo juiz, ou seja, independe da provocação de qualquer das partes, mesmo que ao réu seja interessante demonstrar sua inocência em juízo (QUEIROZ, 2015, p. 567).

Em outras palavras, a prescrição penal é matéria de ordem pública e preliminar ao mérito, isto significa dizer que pode ser alegada a qualquer tempo ou fase processual e a mesma constitui causa impeditiva a realização da análise do mérito pelo juiz (BITENCOURT, 2016, p. 894).

Há ainda certos delitos que são imunes aos efeitos práticos da prescrição, ou seja,

muito embora a prescrição venha atingir a quase todos os tipos de delitos, inclusive os crimes hediondos, a Constituição Federal constitui a imprescritibilidade de dois crimes em especial (BARROS, 2011, p. 622).

Por opção meramente política, o legislador consignou no rol de garantias fundamentais (art. 5º, inc. XLII e XLIV, da CF/88), também sendo cláusulas pétreas, os crimes de racismo e ação armada contra o Estado Democrático de Direito como sendo crimes inafiançáveis e imprescritíveis.

Também são imprescritíveis os crimes internacionais de competência do Tribunal Penal Internacional, a exemplo dos crimes contra a humanidade, genocídio, guerra ou agressão (QUEIROZ, 2015, p. 567).

Após termos discorrido sobre noções preliminares e conceitos acerca da prescrição, se faz necessário estudarmos a fundamentação da qual rege a matéria sob pena outorgar o conhecimento como uma forma de verdade universal e preestabelecida, o que realmente não pretendemos fazer aqui.

Pela teoria do esquecimento, com o passar dos anos o Estado Democrático de Direito perde o interesse no processamento e julgamento de determinada demanda criminal em razão da redução do alarme social, bem como na constante necessidade de promoção da pacificação social (MACEDO, 2007, p. 12).

Em suma, pela teoria do esquecimento as lembranças do crime se esvai com o tempo, a ponto do poder de punir ser considerado desnecessário e injustificado em face da pena não mais cumprir suas funções sociais, sendo inútil para a tutela dos cidadãos, afastamento do criminoso da sociedade, reparação do criminoso e a intimidação geral pelas consequências jurídicas do delito (LEMOS, 2007, p.6)

Pela teoria da dispersão das provas, o tempo teria um efeito nefasto sobre a prova, tornando-se difícil apurar a denominada verdade real e dificultando a defesa do réu, já que o tempo tem o condão de apagar o rastro delitivo deixado pelo criminoso (LEMOS, 2007, p. 8-9).

De fato, o longo hiato temporal enfraquece o suporte probatório, tornando o fato delituoso de difícil apuração, aumentando assim a probabilidade do denominado erro

judicial, razão pela qual a prescrição deve ser preliminar a análise do mérito (BITENCOURT, 2016, p. 896).

Em outras palavras, o longo transcurso do tempo torna as provas incertas e imprecisas, não sendo incomum que durante o decorrer da instrução criminal algumas testemunhas não se recordem de fatos, ou mesmo, das características físicas do agente do delito com a precisão almejado pelo magistrado.

Pela teoria da expiação do criminoso se presume que o processo criminal seria, por si só, um sofrimento ao investigado, pois isto significaria um longo período de incerteza e dúvida quanto a possível condenação, de modo que estaríamos a diante a figura equivalente a uma tortura psicológica (TRAVESSA, 2008, p.58-59).

De acordo com a psicologia, o passar do tempo teria o condão de causar grande sentimento de remorso ou culpa ao agente do fato delituoso, assim o constante medo de ser descoberto, processado e condenado já seria equivalente a uma pena, de modo que seria desnecessário a condenação em face do princípio do *non bis in idem* (MACEDO, 2007, p.12).

Uma outra ramificação da teoria da expiação do criminoso é a teoria do amadurecimento psicológico do criminoso que afirma que com o passar do tempo o agente do fato delituoso passar por uma profunda reestruturação psicológica decorrente do processamento, condenação e execução de uma sentença, vindo a se tornar uma outra pessoa (TRAVESSA, 2009, p. 61).

Em tese, após o decurso de um longo período de tempo, a constituição psicológica do condenado será outra, sendo, portanto, outra pessoa que não mais reconhece o nexo causal entre o fato criminoso e o agente (LEMOS, 2007, p. 11 – 12).

Já a teoria da emenda trabalha no sentido contrário, pois acreditam que o tempo, por si só, não possui o condão de restabelecer o condenado, devendo ser provada a recuperação do mesmo com o tempo para ser inserto de pena (LEMOS, 2007, p. 10 – 11)

Neste sentido, a teoria da expiração e do amadurecimento psicológico do criminoso trabalham com a ideia que o tempo, por si só, teria o condão de promover a

recuperação do agente criminoso, porém a teoria da emenda, em sentido diversos, requer a prova da recuperação do agente após um longo período.

Porém a teoria que recebeu mais adesão nas últimas décadas foi a tese de que o Estado tem o dever moral e jurídico de arcar com as consequências de sua inercia, de modo que o sujeito ativo de um crime não poder permanecer de forma perpetua aos almejos punitivo do Estado.

Em outras palavras, se considerarmos que os prazos legais devem ser cumpridos, estes não devem pesar apenas para o réu, assim como deve ser obedecido pelo Estado como um todo: juízes, delegados, promotores, servidores, etc. (BITENCOURT, 2016, p. 895).

Assim o transcurso de um longo lapso temporal capaz de ensejar a prescrição de um crime seria decorrente da presunção de negligência estatal, seja pela dificuldade de investigação e denuncia seja pela morosidade do provimento jurisdicional, a quem incumbe unicamente ao Estado, não podendo este ônus ser transmitido ao réu (MACEDO, 2007, p.14).

Ressalte-se que, todas as teorias fundamentadoras da prescrição penal sofreram profundas e severas críticas, de modo que sua fundamentação se faz pelo conjunto de teorias e não isoladamente, assim o legislador, após sopesar a vantagens e desvantagens acerca do instituto, por razões de políticas criminais decidiram pela positivação do instituto da prescrição (MACEDO, 2007, p.15-17).

Neste sentido, resta configurada as diversas teorias e argumento que fundamentam a prescrição do poder de punir do Estado, de modo que ora basta classificar os tipos de prescrição e suas formas de contagem no tempo.

## **2.2. TIPOS DE PRESCRIÇÃO E FORMA DE CONTAGEM NO TEMPO**

Antes de adentrarmos no tema dos tipos de prescrições penais existentes no nosso ordenamento jurídico, se faz necessário diferenciamos o computo da prescrição pela pena em abstrato e, conseqüentemente, pela pena em concreto.

A perda do *jus puniendi* pelo Estado em face da sua inercia no tempo (prescrição) pode ser computado pela pena em abstrato ou em concreto. No caso da pena em abstrato, a base de cálculos será a pena máxima que o agente poderia vim a ser condenado (art. 109, do CP), já na pena em concreto se leva em consideração a condenação transita em julgado como base para averiguar a prescrição (NUCCI, 2015, p. 581).

Em relação a prescrição da pena em abstrato (antes da sentença penal condenatória ou absolutória), como o legislador não sabe qual será a pena aplicada no caso concreto, terminou por entender como “justo” a aplicação da pena máxima para fins de averiguação da prescrição (QUEIROZ, 2015, p. 569).

Neste sentido a prescrição da pretensão punitiva tem por base o quanto disposto no art. 109 do CP, de modo que transcrevemos o referido o artigo:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

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: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

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. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Porém para facilitar o entendimento acerca da matéria transcrevemos o artigo 109 do CP em uma tabela, cuja primeira coluna se refere a pena máxima prevista no crime analisado no caso concreto enquanto a segunda coluna se refere ao tempo necessários para que haja a prescrição do delito.

<b><u>PENA MÁXIMA</u></b>	<b><u>PRESCRIÇÃO</u></b>
Maior que 12 anos .....	20 anos
+ de 8 até 12 anos .....	16 anos
+ de 4 até 8 anos .....	12 anos
+ de 2 até 4 anos .....	8 anos
Entre 1 a 2 anos .....	4 anos
Menor que 1 ano .....	3 anos

De imediato, verifica-se que quanto maior a pena máxima em abstrato prevista na legislação, maior será o tempo de prescrição penal de determinado delito. Isto porque, ao legislador prevê a pena máxima em abstrato estaria o mesmo classificando quais crimes seriam mais graves e quais seriam mais leves, conseqüentemente, estabelecendo prazos prescricionais diferenciados.

Ora tomamos como exemplo o delito tipificado no art. 129, do CP:

**Lesão corporal**

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Neste sentido, conforme a dicção do art. 109 do CP, ao cálculo acerca da prescrição da pena em abstrato se deve considerar a pena máxima que o agente pode vim a obter, por exemplo: se levarmos em consideração que a pena máxima do crime de lesão corporal leve é de 1 (um) ano, a prescrição penal ocorreria em 4 (quatro) anos, conforme a previsão expressa do art. 190, inc. V, do CP (GRECO, 2013, p. 721-722).

Continuando nosso exemplo, isto significa dizer que após o recebimento da denúncia, se o Estado permanecer inerte por um período superior a 4 (quatro) anos sem que ocorra nenhum fato impeditivo ou suspensivo do prazo prescricional, o delito de lesão corporal restará prescrito e o Estado não poderá exercer o seu poder punitivo em relação ao agente daquele fato delituoso.

Ressalte-se que, na hipótese de ocorrência de uma causa de aumento de pena ou diminuição de pena, a mesma deverá ser somada/subtraída da pena máxima para

somente em seguida ser averiguado qual o prazo de prescrição na hipótese concreta (BARROS, 2011, p. 626-627).

Retornando ao nosso exemplo, na hipótese da lesão corporal leve ter ocorrido em razão da hipótese de diminuição de pena prevista no art. 129, §4º, do CP (redução mínima de 1/6 da pena) é imperioso observar que a pena máxima será de 10 (dez) meses, razão porque a prescrição penal irá se operar no período de 3 (três) anos, conforme a redação do art. 109, inc. VI, do CP.

Em relação ao computo da prescrição penal pela pena em concreto, pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória que possibilite que a contagem do tempo de prescrição pela pena imposta ao condenado. Isto porque, pela dicção do art. 110, do CP, a base de cálculo para o computo da prescrição pela pena em concreto se dá pela condenação efetivamente aplicada.

Em outras palavras, após a sentença condenatória, aplicaremos a base de cálculos consolidada no art. 109 do CP, porém desta vez, ao invés de utilizarmos a pena máxima possível, utilizaremos a pena aplicado no caso prático.

Pela dosimetria (cálculo) da pena, o estado-juiz realiza a quantificação da pena em 3 (três) fases, sendo a primeira delas a fixação da pena base prevista no tipo penal (p.ex. lesão corporal – de 03 meses a 1 ano). Assim pela presunção de inocência, a contagem se inicia pela mínima e conforme as condições do caso concreto haverá a gradação da pena em conformidade com a previsão contida no art. 59 do CP.

Em outras palavras, a fixação da pena base poderá ser majorada em conformidade com o caso concreto (culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social praticada, personalidade do agente, as circunstâncias do caso concreto e as consequências do delito), podendo chegar ao máximo da pena prevista no delito.

Enquanto na segunda fase será auferida as circunstâncias agravante e atenuantes prevista em lei, na terceira fase haverá a análise das causas de diminuição e aumento de pena para que, somente após isto, seja averiguada a pena aplicada no caso concreto.

Após entendemos a singela diferença entre prescrição da pena em abstrato e da pena em concreto, vamos nos aprofundamos no tema referente aos tipos de prescrições

pela pena em concreto.

A prescrição da pena em concreto corresponde a extinção da pretensão punitiva do Estado quando levamos em conta a pena imposta por sentença condenatória, de modo que está se subdivide em: i) prescrição retroativa; ii) prescrição intercorrente, e; iii) prescrição da pretensão executória (NUCCI, 2015, p. 585-586).

A prescrição penal retroativa ocorre após promulgação da sentença com trânsito em julgado para a acusação, de modo que após isto, o juiz deve verificar se o período entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença ultrapassou o prazo prescricional da pena em concreto (NUCCI, 2015, p. 588-589).

Caso seja averiguado que o período entre o recebimento da denúncia/queixa e a promulgação da sentença ultrapassou o período do prazo prescricional em concreto, o referido crime resta prescrito de forma retroativa.

Exemplificando, na hipótese de ocorrência do furto qualificado (art. 155, §4º, do CP – pena de 2 a 8 anos) ocorrido no final do ano de 2010, segundo qual a denúncia foi recebida em 01/01/2011 e a sentença condenatória foi prolatada em 02/01/2015, resta claro que decorreu o período de 4 anos e 1 dia entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

Agora, digamos que durante a dosimetria da pena o juiz tenha averiguado que todas as condições contidas no art. 59 do CP tenham sido benéficas ao réu, de modo que a pena aplicada restou fixada em 2 (dois) anos, ou seja, o prazo da prescrição penal do delito seria de 4 (quatro) anos, razão porque restou consolidado a prescrito retroativa (art. 110, §1º, c/c o art. 109, inc. V, todos do CP).

Uma situação extremamente comum na prática jurídica é que muito embora não tenha ocorrido a prescrição da pena em abstrato, quando da fixação da pena alguns juízes observam a ocorrência da prescrição penal retroativa e extinguem o processo em face da prescrição da pena em concreto. Isto porque, no momento da dosimetria da pena, ao invés do acusado ser condenado pela pena máxima prevista pelo legislador, a base de cálculo se inicia na pena mínima e se agrava pelas condições do caso concreto.

Atualmente há uma grande polemica decorrente da promulgação da Lei nº

12.234/2010 que trouxe uma nova redação ao artigo 110, §1º do Código Penal: “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 pôr termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.”.

Em outras palavras, há a supressão de fração da prescrição retroativa pela Lei 12.234/2010, mais precisamente do período pertinente ao inquérito policial e investigação ministerial até o oferecimento da denúncia ou queixa, de modo que para os delitos praticados após 05/05/2010, a contagem da prescrição retroativa ocorrerá entre a data de recebimento da denúncia e a promulgação da sentença.

Há quem diga que as disposições contidas na Lei nº 12.234/2010, violam expressamente o princípio da proporcionalidade, razoável duração do processo e o Pacto de San de San José da Costa Rica, permitindo que a polícia e o Ministério Público possam prorrogar o inquérito policial por período quase indeterminado se não fosse a ocorrência da prescrição da pena em abstrato (BITENCOURT, 2016, p. 900-904).

Realmente devemos almejar que os trabalhos da policial e do Ministério Público sejam os mais céleres e eficientes possíveis, respeitando o devido processo legal e a duração razoável do processo, porém também devemos entender as razões e motivos que incentivaram a promulgação da Lei nº12.234/2010.

São inúmeras razões que motivaram a promulgação da Lei nº12.234/2010, dentre elas: i) a complexidade investigativa de alguns crimes que podem demorar anos até serem descobertos e/ou investigados; ii) o sucateamento do aparato policial investigativo; iii) o atolamento da quantidade de inquérito policial e investigação ministerial em curso; iv) a ausência de efetividade da jurisdição penal.

Desta forma o legislador verificou que, muito embora houvesse a movimentação de todo o aparato Estatal, o resultado prático não se consolidava ante a ocorrência da prescrição retroativa, principalmente nos delitos cujas as penas eram inferiores a 1 (um) ano. Assim antes a necessidade de dar efetividade aos provimentos jurisdicionais penais, houve o aumento do prazo prescricional para os delitos com penas inferiores a 1 (um) ano, bem como a supressão de parte da prescrição penal retroativa.

Ressalte-se ainda que, pela Lei nº12.234/2010 ter trazido norma prejudicial ao réu,

os efeitos práticos da norma não retroagem no tempo, de modo que sua aplicação fica restrita aos fatos ocorridos antes de 05/05/2010 (BITENCOURT, 2016, p. 900-904).

Em relação a prescrição intercorrente, a mesma é regulada através da pena em concreto e geralmente sua ocorrência está vinculada demora no julgamento da causa pelas instâncias superiores, ou seja, após promulgada da sentença condenatória poderá a defesa do réu apresentar o recurso de apelação que deverá ser apreciado pelo colegiado em momento anterior ao período de prescrição (LEMOS, 2007, p. 52-58).

Enfim a prescrição intercorrente ou superveniente ocorre quando há o vencimento do prazo prescricional da pena em concreto após a promulgação da sentença e antes do trânsito em julgado para a defesa, ou seja, a demora em intimar o réu da sentença ou do julgamento do recurso pendente de apreciação pelos tribunais em período não razoável possui o condão ensejar a prescrição intercorrente (BARROS, 2011, p.636-637).

Exemplificando: Na hipótese de uma sentença penal condenatória que imporá ao réu uma pena de reclusão de 1 (um) ano pela prática do crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP) que veio a ser publicada em 01/08/2010. Após a apresentação do recurso de apelação e a subida dos autos ao colegiado de julgadores, estes teriam o prazo de 4 (quatro) anos (art. 109, inc. VI, c/c art. 110, todos do CP) para efetuarem o julgamento desta matéria sob pena de incorrerem na hipótese de prescrição intercorrente.

Neste sentido, se o juízo *ad quem* somente proferirem o referido acórdão em 02/08/2014 (quatro anos após a publicação da sentença), resta evidente que se operou a prescrição superveniente da sentença, razão porque o referido processo deverá ser extinto sem resolução do mérito.

Na prática jurídica, um tema bastante tormentoso é o abuso do direito de defesa por parte dos advogados dos réus com a utilização de recursos, incidentes processuais e outros meios com o nítido interesse protelatório, visando a consumação da denominada prescrição superveniente ou obstar o andamento do processo criminal.

Em que pese a utilização de recursos e meios legais constitua exercício de plena defesa, a repetição do instrumento com o nítido interesse protelatório pode gerar a hipótese de abuso de direito de defesa, a exemplo da parte de interponha diversos embargos de declaração contra decisão que negou prosseguimento de recurso

anteriormente interposto.

Atualmente, a justiça combate a hipótese de abuso de direito de defesa através de diversas formas, dentre elas: i) advertência; ii) aplicação de multas; iii) suspensão de liminar e execução imediata de pena; iv) certificação de trânsito em julgado e retorno compulsório dos autos ao juízo de origem.

Neste sentido, transcrevemos o acórdão proferido nos autos do EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EAREsp de nº 228004 / SP, publicado em 19/03/2015 pelo Min. Nefi Cordeiro:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO COM NÍTIDO CARÁTER PROTETATÓRIO. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMEDIATA BAIXA DOS AUTOS.

1. A mera desconformidade do embargante com a rejeição da tese que entende cabível não caracteriza omissão, devendo ser atacada pelo meio processual idôneo, e não pela via estreita dos embargos de declaração.

2. A Terceira Seção não possui competência para conceder habeas corpus em face de acórdão prolatado por Turma do próprio Tribunal.

3. A reiterada insistência do recorrente evidencia nítido caráter protetatório do recurso, configurando abuso do direito de defesa 4. Embargos de declaração rejeitados, determinando-se a imediata baixa dos autos para execução da pena, procedendo-se à certificação do trânsito em julgado.

(EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1451856/RN, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 19/03/2015).

Pois bem. Através do presente trabalho já é possível descobrir o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado, entretanto se faz necessário determinar o termo inicial da prescrição para sabermos exatamente a data que se consumou a prescrição.

Regra geral, o termo inicial de contagem da prescrição da pretensão punitiva é a data de consumação do crime (art. 111, inc. I, do CP), ou seja, corresponde a data que o resultado lesivo foi auferido, por exemplo: na lesão corporal é o momento da lesão física (crime instantâneo).

Pela teoria da atividade (art. 4º, do CP), a maioria das infrações penais se

consumam através da conduta omissiva ou comissiva do agente ativo (p.ex. lesão corporal, furto, etc.), entretanto é importante notar que há outros casos que a data de consumação pode destoar da data que houve a prática delitiva, a exemplo do homicídio qualificado por veneno segundo qual a vítima vem a falecer dias depois da conduta delitiva (GRECO, 2013, p. 727-730).

A dúvida em relação ao período de consumação do crime deve obrigatoriamente beneficiar o réu (*in dubio pro réu*), pois não serão poucos os casos em que a data do delito será estimada pelo depoimento de testemunhas e/ou laudo de peritos e auxiliares da justiça (NUCCI, 2015, p. 590).

Na hipótese do crime tentados (art. 111, inc. II, do CP), o termo inicial da contagem da prescrição será a data que cessou a atividade criminosa sem o resultado prático almejado, citamos por exemplo a hipótese do agente que quis causar a morte de outrem a facadas, estando a sua perseguição por vários dias sem consumir o delito, de modo que o termo inicial da prescrição será a data do último ato empreendido pelo agente ativo (LEMOS, 2007, p. 59).

Na hipótese do crime permanente (art.111, inc. III, do CP), o termo inicial da contagem da prescrição será a data que cessou a permanência do delito, ou seja, a prescrição somente passará a fluir após cessada a continuidade delitiva. Os exemplos mais comuns utilizados pela doutrina é o sequestro e o cárcere privado, segundo qual a execução delitiva se protraí no tempo, porém a contagem do tempo de prescrição somente ocorrerá a partir da libertação da vítima (MACEDO, 2007, p. 27).

O quarto inciso se refere excepcionalmente a crimes específicos dada sua dificuldade investigativa de descoberta, de modo que necessitam de tratamento jurídico diferenciado, sendo eles: os crimes de bigamia, falsificação ou adulteração de registro civil, de modo que o termo inicial da prescrição será a data que a autoridade estatal passa a ter conhecimento da infração penal (BARROS, 2011, p. 628-629).

Na hipótese de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, o termo inicial da prescrição será quando a vítima completado 18 (dezoito) anos ou a partir do recebimento da denúncia, o que ocorrer primeiro (art.111, inc. IV, do CP). Tal inovação foi trazida pela Lei nº 12.650/12 com o objetivo de possibilitar a punição do agente em

face de crimes “silenciosos” que possuem uma alta probabilidade de prescrição (BITENCOURT, 2016, p.917-919).

De fato, sem as inovações introduzidas pela Lei nº 12.650/12 haveria uma enorme probabilidade de prescrição em razão das peculiaridade dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, a saber: i) há uma dificuldade investigativa, já que os referidos crimes geralmente não deixam marcas ou pistas visíveis; ii) muitas vezes, o menor não possui capacidade ou discernimento para entender o fato delituoso; iii) não rara as vezes, a vítima possui algum tipo de relacionamento, senão o dever de obediência à autoridade do agente ativo.

Neste sentido, após auferimos o termo inicial da contagem do prazo prescricional será possível sabermos ao certo quando se operou a prescrição de cada crime conforme a hipótese no caso concreto.

Concluimos assim o estudo da prescrição da pretensão penal acusatória (anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória) e passamos para a análise da prescrição da pretensão executória, ou seja, analisaremos a prescrição penal após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em relação a prescrição da pretensão executória, a mesma tem como base a pena em concreto e possui como pré-requisito a sentença penal condenatória transitado em julgado para ambas as partes (acusação e defesa), ou seja, depende de sentença penal irrecorrível e apta a ensejar execução penal (BARROS, 2011, p. 633-634).

Em outras palavras, muito embora haja sentença penal condenatória transitada em julgada apta a ser executada pelo Estado, caso este não execute a referida sentença no período comum a prescrição da pena em concreto, haverá a ocorrência da prescrição da pretensão executória (BITENCOURT, 2016, p. 915-916).

Neste sentido, o direito de punir líquido e certo deve ser executado em tempo hábil conforme a regra geral estabelecida pelo art. 109, do Código Penal. Porém a principal diferença prática entre a extinção da pretensão punitiva e executória diz respeito a forma de contagem do prazo prescricional.

O prazo inicial para a contagem da prescrição executória se iniciará a partir do

transito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes, tendo como causa de interrupção do prazo prescricional o efetivo cumprimento de pena pelo condenado (MACEDO, 2007, p. 40-45).

Exemplificando: digamos que Caio foi condenado a pena de 3 (três) meses pelo crime de lesão corporal leve (art. 129, do CP) com sentença transitada em julgada em 01/01/2012. Porém dada a quantidade de trabalho, o Ministério Público somente protocolou o pedido de execução de sentença em 05/01/2015, de modo que se passaram 3 anos e 4 dias entre a data do transito da sentença condenatória e o pedido de execução feita pelo MP.

Levando em consideração que a prescrição da pena em concreto de 3 (três) meses se amolda ao quanto determinado no art. 109, Inc. VI, do CP, resta claro que a prescrição da pretensão executória se consolidaria em 3 (três) anos, de modo que a pretensão executória estaria prescrita desde 02/02/2015.

Neste sentido, muito embora o Estado tenha a sentença condenatória transitada em julgado e apta a ensejar a execução da pena, a referida pretensão pode ser extinta dada a inercia do Estado no tempo.

Outro marco para o início do prazo prescricional da pretensão executória é a data que houve a interrupção da execução da sentença, ou seja, caso um condenado fuja do estabelecimento prisional se iniciará a contagem do prazo de prescrição (MACEDO, 2007, p. 41-42).

Superada a temática quanto à forma de prescrição da pena (em abstrato e concreto), bem como demonstrado os tipos de prescrição de pena em concreto (prescrição retroativa, prescrição intercorrente e prescrição da pretensão executória), resta necessário tecer breves comentários acerca das causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional.

As causas de suspensão da prescrição são ocorrências que suspendem temporariamente o prazo prescricional, de modo que após encerrado o fato suspensivo a contagem da prescrição retorna aonde parou, sendo valido o tempo computado antes da causa suspensiva (BITENCOURT, 2016, p. 920).

Em outras palavras, as causas de suspensão da prescrição obstam temporariamente o curso da prescrição sem que haja a perda do período já computado, de modo que haverá a retomada do tempo prescricional (NUCCI, 2015, p. 592).

O art. 116 do Código Penal cita algumas causas de suspensão da prescrição, sendo elas: a) a existência de causa prejudicial em outro processo (art. 116, inc. I, do CP); b) na hipótese de o agente cumprir pena no estrangeiro (art. 116, inc. II, do CP); c) após o trânsito em julgado, se o réu restar preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único, do CP).

A primeira hipótese do art. 116 do CP ocorre quando o deslinde de uma causa de outro processo termina por impedir o julgamento da causa penal, a exemplo do que ocorre com o crime de bigamia, cuja a verificação se dá através de outro procedimento. Na segunda hipótese, o cumprimento de pena no exterior inviabiliza a extradição, de modo que enquanto o agente tiver em território estrangeiro cumprido penal por um crime, a prescrição resta suspensa (GRECCO, 2015, p. 734-735).

Ressalte-se que há outras causas de suspensão do prazo prescricional, a exemplo: d) enquanto perdurar a imunidade parlamentar; e) enquanto perdurar a suspensão condicional do processo; f) durante o cumprimento de carga rogatória para citação do réu; g) na hipótese de suspensão do processo em face da citação por edital do réu.

Em relação as imunidades parlamentares concedidas a deputados e senadores, as respectivas casas legislativas possuem o condão de sustarem o processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, mas enquanto isto a prescrição criminal restará suspensa (art. 53, §4, da CF).

A suspensão condicional do processo é uma transação penal segundo qual o investigado e o Ministério Público acordam certas condições que se cumpridas extinguem a punibilidade do processo criminal, caso contrário se dar continuidade ao processo criminal. Neste sentido, visando não prejudicar o direito punitivo do Estado e a boa-fé dos acordados, há uma previsão de suspensão do prazo prescricional que irá perdurar enquanto durar a suspensão condicional do processo (BITENCOURT, 2016, p. 921).

Durante a citação do acusado que se encontre em território estrangeiro (lugar

certo), a prescrição penal restará suspensa até a devolução e juntada da carta rogatória aos autos (art. 368, do CPP).

De acordo com a redação do art. 366 do CPP, haverá a suspensão do prazo prescricional do processo sempre que o réu citado por edital não compareça aos autos nem traga seu procurador para representa-lo, de modo que o prazo prescricional somente voltará a correr após que o acusado compareça em juízo (BARROS, 2011, p. 630).

Esta inovação trazida pela Lei 9.271/96 reformou o entendimento acerca da hipótese do acusado se encontra em lugar incerto e citado por edital, isto porque, alguns réus tendo ciência da citação se escondiam e aguardavam a conclusão do prazo prescricional. Porém atualmente, há penalidade a isto, dentre elas: i) a suspensão do prazo prescricional; ii) a possibilidade da produção antecipada de provas; iii) a probabilidade de decretação da prisão preventiva.

Há também as causas de interrupção da prescrição, segundo qual, após consumada, o prazo prescricional volta a contar do zero, de modo que o período anteriormente acumulado é considerado nulo e sem efeito.

Neste sentido, após configurada uma causa interruptiva do prazo prescricional, há o desaparecimento do lapso temporal já decorrido, de modo que o mesmo recomeçará a sua contagem desde o início até a consumação do termo final ou a ocorrência de outra causa interruptiva (BITENCOURT, 2016, p.925).

O rol taxativo do art. 117 do CP esclarece quais serão as hipóteses de interrupção do prazo prescricionais, sendo elas: i) o recebimento da denúncia ou queixa; ii) a data da pronuncia; iii) a data da confirmação da pronuncia; iv) a data de publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível; v) pelo início de cumprimento da pena ou continuação da mesma; vi) pela ocorrência de reincidência.

Em relação a primeira hipótese de interrupção do prazo prescricional, apenas o recebimento da denúncia ou queixa pelo juízo criminal possui o condão de interromper o prazo prescricional, não sendo considerado a data de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público nem mesmo a data da portaria instaurada pelo delegado de polícia com o intuito de promover o inquérito policial (BARROS, 2011, p. 631).

A hermenêutica aplicada a interpretação do art. 117, inc. I, do CP deve ser restritiva, de modo que apenas o recebimento da denúncia ou queira pelo juízo irá acarretar na interrupção do prazo prescricional. Isto significa que se o juízo rejeitar o oferecimento da denúncia formulada pelo Ministério Público, a prescrição será computada normalmente.

Entretanto caso o órgão acusatório ofereça recurso contra a decisão que rejeitou a denúncia e o juízo de 2ª instância reforme a decisão para receber a denúncia, resta configurada a hipótese do art. 117, inc. I do CP, razão porque haverá se consolidada a interrupção da prescrição (NUCCI, 2015, p. 594).

Em relação a pronuncia como causa de interrupção da prescrição (art. 117, inc. II e III, do CP), há o entendimento consolidado que tanto a pronuncia realizado por um juízo singular quanto a confirmação da mesma realizada pelo colegiado de juízes possuem aptidão para interromper o prazo prescricional (BITENCOURT, 2016, p. 926).

A pronuncia é o ato formal pela qual a decisão judicial baseada na convicção de existência de indícios de materialidade e autoria em supostos crimes dolosos contra a vida atribui a competência de julgamento ao Tribunal do Júri, conforme preceitua o art.5º, inc. XXXVIII, alínea “d” da Magna Carta (GRECO, 2013, p. 742).

A principal e mais comum causa de interrupção da prescrição é a prolação de sentença ou acordão condenatório recorrível, sendo o marco de interrupção da prescrição a publicação da sentença condenatória pelo cartório ou a data da sessão de julgamento na hipótese de acordão condenatório (BARROS, 2011, p. 632).

Ressalte-se que, a interpretação da norma penal deve ser restritiva e na dúvida mais benéfica ao réu, de modo que é pacífico a interpretação de que as sentenças ou acordão absolutórios não possuem o condão de promover a interrupção do prazo prescricional.

Entretanto a doutrina diverge quanto à possibilidade do acordão confirmatório dos efeitos da sentença condenatória, se este poderia ou não promover a interrupção do prazo prescricional.

Isto porque parte da doutrina (Guilherme Nucci e André Estefam) sustentam que

a interpretação dada pela Lei nº 11.596/2007 se refere unicamente a expressão: “acórdão condenatório”, não estando incluído nesta hipótese o acórdão confirmatório dos efeitos da sentença condenatória, de modo que pela interpretação restritiva e em benefício do réu (*indubio pro réu*) não haveria a aplicação da interrupção do prazo prescricional.

Entretanto Rogério Greco e Paulo Queiroz rechaçam tais alegações ao sustentarem que a lei penal não promove nenhum tipo de distinção entre acórdão condenatório e confirmatório de sentença condenatória, já que o acórdão confirmatório em verdade substitui a sentença condenatória, sendo por tanto um acórdão condenatório em essência.

Para resolver esta divergência, o STJ consolidou o entendimento de que o acórdão confirmatório não é marco interruptivo da prescrição, de modo que o prazo prescricional continua normalmente ainda com possíveis alterações na sentença condenatória. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. CONSUMAÇÃO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e do art. 61 do Código de Processo Penal que possibilita ao relator, em qualquer fase do processo, reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade do réu.
2. O acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no REsp 1393682/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)

As duas últimas causas de interrupção da prescrição contida no art. 117 do CP, se referem a interrupção do prazo prescricional da pretensão executória, sendo a primeira delas alusiva ao início ou continuação do cumprimento da pena e a segunda pela ocorrência da reincidência.

Com o início do cumprimento de pena (p.ex. recolhimento em prisão) há a interrupção do prazo da prescrição executória, porém caso o condenado fuja, sendo

capturado logo em seguida, haverá uma segunda causa de interrupção da prescrição (GRECO, 2013, p. 746).

Em relação a hipótese de reincidência, se tem a interrupção do prazo prescricional executória quando o agente é novamente condenado com transito em julgado por outro crime, de modo que se reinicia o prazo prescricional executório em relação ao primeiro (BARROS, 2011, p. 365).

Finalizando nossos estudos acerca dos tipos de prescrição e a suas formas de contagem, podemos finalmente adentrarmos ao tema de prescrição virtual ou retroativa antecipada.

### **2.3. DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA**

Há varias denominações para o instituto, dentre elas: prescrição virtual ou em perspectiva, prescrição da pena projetada ou hipotética, prescrição em prognose, ou ainda, prescrição retroativa antecipada (MACEDO, 2007, p. 94-95).

A prescrição retroativa antecipada é uma criação da doutrina e jurisprudência, cujo objetivo seria averiguar o interesse-utilidade do Estado na persecução penal ante a previsibilidade de ocorrência da prescrição virtual, evitando assim a movimentação da máquina pública desnecessariamente, vez que o resultado prático seria invalidado pela prescrição retroativa (GRECO, 2013, p. 748-750).

A prescrição virtual advém da ideia que de acordo com o andamento do processo inevitavelmente se consumará a prescrição retroativa após a prolação da sentença da condenatória. Neste sentido, em face da economia processual e financeira ao erário público não haveria prejuízo se houvesse a decretação antecipada da prescrição (BARROS, 2011, p. 639).

Neste sentido, há o reconhecimento da carência da ação penal ante as condições do caso concreto, segundo qual se contata: a) a projeção da pena em concreto com base no art. 59 do CP, gerando a certeza ou alta probabilidade de ocorrência da prescrição retroativa após a prolação de sentença condenatória; b) inutilidade do provimento

jurisdicional e da ação penal (MACEDO, 2007, p. 93-94).

Em relação a projeção de pena, trata-se de uma ficção jurídica, pois antecipada um fato que ainda não ocorreu através da projeção de cálculo acerca da prescrição retroativa futura. Isto porque se tornou extremamente comum na prática forense a hipótese de o juízo criminal ter que condenar o réu a pena mínima para, logo em seguida, determinar a extinção do processo pela ocorrência da prescrição penal retroativa.

Exemplificando: na hipótese de ocorrência do crime de lesão corporal leve (art. 129 do CP – pena de três meses a um ano), cujo a denúncia foi recebida em 01.06.2010 e até a data de 02.06.2013 (três anos depois) ainda não houve a designação de audiência de instrução criminal, restaria evidente que a presente ação estaria fadada ao fracasso pela extinção da punibilidade retroativa.

Considerando que a maioria das circunstâncias sejam benéficas ao réu (art. 59, do CP), jamais a condenação atingirá a pena máxima de 1 ano, de modo que por força do art. 109, inc. VI, do CP, a prescrição punitiva ocorrerá em 3 (três) anos, estando já virtualmente consolidada se fomos considerar a pena em concreto.

Assim para o juiz resta duas opções: a) levar adiante a instrução, designando audiência e abrindo prazo para as partes fazerem suas alegações finais, advindo a sentença condenatória e posteriormente a sentença de extinção da punibilidade em face da consumação da prescrição retroativa; ou então, b) extinguir o processo em face da ausência do interesse de agir do Estado, já que a referida ação estará fadada ao inevitável fracasso.

Obviamente a opção de extinguir o processo em face da ausência das condições das ações importaria em uma economia processual e a contenção de despesas ao erário público, entretanto a má utilização do instituto decorrente da ausência de regulamentação específica prejudica não apenas a aplicação do instituto como também promove a hipótese de impunidade, projeção equivocada e julgamento disforme.

Neste sentido, acreditamos veemente que a Comissão Especial de Reforma do Código Penal cometeu um grande equívoco ao produzir o Anteprojeto de Código Penal em 2011, uma vez que perdeu uma oportunidade ímpar de regulamentar a referida matéria.

Retomando a questão da projeção de pena, há uma profunda crítica quanto a possibilidade de antecipação da projeção de dosimetria (cálculo) da pena pelo fato da mesma comportar a subjetividade do juízo. Inclusive poderia o juiz promover a *Emendatio Libelli*, ou seja, trazer nova tipificação ao fato relatado pelo Ministério Público, ainda que mais grave ao réu (art. 383, do CPP).

Ainda que se considere a subjetividade do juízo, tal discricionariedade judicial é limitada em razão do art. 59 a do CP e pelo princípio da presunção de inocência, sendo pacífico pela doutrina e jurisprudência que durante a primeira fase da dosimetria da pena, a pena se inicia pelo mínimo legal e ira aumentando conforme as circunstâncias do delito (p.ex. culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, etc.) (MACEDO, 2007, p. 112).

Ressalte-se ainda que, cada tipo penal possui uma faixa de projeção de pena (p.ex. lesão corporal leve – de 3 meses a 1 ano), de modo que ainda que estimada, dificilmente a pena atingiria o máximo previsto ou ultrapassaria disto, a ponto de alterar o prazo prescricional.

O maior exemplo de que a projeção de pena é possível é o instituto da Transação Penal (art. 76, da Lei 9.099/95), segundo qual o Ministério Público poderá ante prevê a pena aplicável e antecipar a mesma, desde que haja a anuência do réu (TRAVESSA, 2008, p. 159-164).

Pela aplicabilidade do art. 383 do CPP (*Emendatio Libelli*) se faz necessário recordar que o réu se defende dos fatos imputados, de modo que também é possível antever o tipo penal amoldado e sua respectiva pena previstas.

Em relação a inutilidade do provimento jurisdicional e da ação penal se faz necessário estudar as condições da ação penal, em especial o interesse de agir, para em seguida correlacionamos com os demais princípios processuais penais.

### **2.3.1. DA AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR**

A ação penal (denúncia ou queixa) é uma construção intelectual decorrente do

banimento da autotutela privada, bem como da consagração que o Estado tem o dever de apreciar toda e qualquer matéria decorrente da lesão a direito (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88), assim há o monopólio da violência pelo Estado (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p.155)

Em outras palavras, a ação penal é o instrumento processual pelo qual o Estado-acusação entra em juízo para exigir a prestação jurídico penal em face daquele que cometeu um fato delituoso, assim do crime nasce a pretensão punitiva que se consolida através da ação penal (NUCCI, 2015, p. 140).

Mais precisamente é através dele que se inicia um conflito de interesses entre a pretensão coletiva pela segurança pública e o direito individual a liberdade, razão porque a ação penal deve obediência a determinadas condições do ordenamento jurídico (PACELLI, 2013, p. 102-105).

Neste sentido, o promotor/procurador ao receber o inquérito policial poderá decidir qual providencia tomar, dentre elas o oferecimento da ação penal na hipótese de restar cumprindo não só indícios de materialidade e autoria, assim como as denominadas condições da ação (LIMA, 2014, p. 175-181).

Neste ponto se faz extremamente necessário o estudo das condições da ação e averiguação de como a ausência de um único requisito pode influenciar no resultado prático da precursão penal.

Pois bem. As condições da ação são os requisitos necessários para o exercício regular do direito de ação, protegendo o indivíduo contra os excessos do Estado-acusação, impondo condições especiais para a propositura da ação penal sob pena rejeição da peça acusatória (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 156-157).

Apenas a título ilustrativo, já imaginou o tamanho sofrimento psicológico imposto ao réu que após ser denunciado, responder processo criminal, comparecer à audiência de instrução penal e somente isto, ter o direito de ser reconhecido que a conduta por ele praticada não se amolda a nenhuma figura típica prevista na legislação penal (TOURINHO FILHO, 2012, p. 592-594).

Em outras palavras, o prosseguimento da perseguição penal sem a existência dos

requisitos mínimo de procedibilidade (condições da ação) irá, inevitavelmente, ensejar a ausência de efetividade do provimento judicial. Deste modo a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada sempre que faltar as condições necessárias para o exercício da ação penal (art. 395, inc. II, do CPP).

As condições da ação penal são requisitos indispensáveis para a proposição da ação penal, de modo que a ausência de qualquer um deles representar um óbice a jurisdição penal, sendo eles: a) legitimidade; b) possibilidade jurídica do pedido; c) justa causa; d) interesse de agir. (PACELLI, 2014, p. 105-106).

A legitimidade é o vínculo que determina quem será a parte autora e parte ré em um processo penal, de modo que o autor deverá narrar a conduta típica realizado pelo réu, ou seja, do agente que praticou a ação ou omissão delituosa (LIMA, 2014, p. 185-187).

Regra geral, a legitimidade ativa nas ações penais publicas pertencem exclusivamente ao Ministério Público que possui inegável interesse no deslinde da causa penal (art. 129, inc. I, da CF/88), sendo a exceção as hipóteses de ação penal privada que poderá ser intentada pelo querelado, este último pode ser a vítima, seus sucessores ou representantes legais (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 159-160).

Assim nos crimes de ação penal privada, os legitimados para propor a queixa são as vítimas ou seus representantes legais (pai, tutores, curadores, etc.) que poderão representar a vítima sempre que a mesma não tenha capacidade para litigar em juízo (TOURINHO FILHO, 2012, p. 599-601).

Em relação a possibilidade jurídica do pedido, preliminarmente, o pedido de condenação deve obrigatoriamente ser vinculado a ocorrência de um fato típico, ou seja, a ação penal somente poderá ser proposta quando expressamente vinculada ao princípio da tipicidade, caso contrário estaremos a diante de um indiferente penal (LIMA, 2014, p. 183-185).

Em outras palavras, a possibilidade jurídica do pedido está obrigatoriamente vinculada a existência de respaldo legal no ordenamento jurídico, seja na configuração da figura típica prevista (art. 5º, inc. XXXIX, da CF/88) seja na pena suscitada pelo órgão acusador (art. 5º, inc. XLII, da CF/88), sendo vedada a punição em discordância com as

regras constitucionais (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 157).

Tecnicamente, isto significa que ninguém seja julgado ou processado em razão de crime não previsto na normal penal, bem como também não serão aplicadas penas de morte, perpetua, trabalhos forçados ou banimentos por se tratarem de pedidos juridicamente impossíveis.

Além das citadas, a constituição da justa causa como requisito intersecto da persecução penal tem como objetivo de evitar injustiças e impor uma investigação e análise mais detalhada do processo, pois será rejeitada a ação penal cujo o suporte probatório mínimo não seja capaz de imputar um fato típico (LIMA, 2014, p. 193-194).

Trata-se da presunção de inocência de que ninguém será considerado culpado sem que haja provas de materialidade e autoria delitiva em sentido contrário, de modo que a justa causa constitui uma verdadeira causa de segurança jurídica ao réu.

Neste sentido, a existência de justa causa e interesse de agir está vinculada a existência de suporte probatório que indique a existência de materialidade e autoria, através de inquérito policial sério e completo, de modo que se ausente o suporte probatório mínimo deverá o magistrado recursar a ação penal, sob pena de ensejar o constrangimento desnecessário (ilegal) do réu (TOURINHO FILHO, 2012, p. 601-606).

Muito embora o interesse de agir seja averiguado como uma causa una, a doutrina e jurisprudência fragmentam e estudam o instituto através das peculiaridades da ação penal, devendo a mesma ser necessária, adequada e útil ao fim a qual se destina. Neste sentido, classificamos o interesse de agir em: a) interesse-necessidade; b) interesse-adequação; c) interesse-utilidade.

No interesse-necessidade se busca identificar se há a possibilidade de resolução da lide de forma extrajudicial, sem que fosse necessário recorrer a tutela do Poder Judiciário, evitando a oneração dos cofres públicos (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 157).

Tendo em vista que o Estado extinguiu a vingança privada (autotutela) e tomou para si o *jus puniend* (direito de punir), há a presunção que o interesse de agir dos órgãos acusatórios seja pleno e eficaz, uma vez que não haveria como promover a punição do agente se não fosse por via judicial (LIMA, 2014, p. 187-190).

No interesse-adequação há a verificação se o meio utilizado é adequado ao fim a que se destina (tutela jurisdicional), de modo que se o meio for inadmissível não haveria porque o magistrado acolher a referida peça. Exemplificando: na hipótese de um crime cuja a pena prevista seja tão somente a multa não haveria porque a impetração de Habeas Corpus, mas sim a figura do Mandado de Segurança já que inexistente nenhum risco a liberdade de locomoção (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 157-158).

Ressalte-se que a ação penal presta tão somente ao processamento e julgamento das infrações penais típicas, não sendo adequado a sua utilização para outro fim (desapropriação de imóvel, benefícios previdenciários, etc.), de modo que se auferido a utilização da ação penal para finalidades incomuns ao direito penal, devem estas serem rejeitadas de imediato pelo juízo.

No interesse-utilidade se verifica se a ação penal é útil a atingir o fim ao qual se destina, de modo que se restar averiguado que o provimento jurisdicional é ineficaz e produzirá tão somente custos aos cofres públicos, não haveria porque a formulação de ação penal para este fim.

Este ponto é essencial para entendermos que a prescrição virtual na verdade constitui um verdadeiro indicio de inefetividade do provimento jurisdicional, jamais uma causa excludente e punibilidade, pois inexistente qualquer tipo de previsão legal para tanto (PACELLI, 2014, p. 106 - 108).

Repita-se para que não se cometa o referido equívoco: a prescrição retroativa antecipada não constitui uma causa de exclusão de punibilidade ante a ausência de previsão legal, entretanto conduz a conclusão da ineficácia do procedimento jurisdicional, ou seja, há a carência da ação em face a ausência do interesse de agir-utilidade, o que resultaria na extinção da ação penal.

Neste sentido é a incidência da Sumula nº 438 do STJ que afirma: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

A partir da promulgação da Sumula nº 438 do STJ aconteceu um fato muito interessante: a defesa do réu que apresentava recursos ou remédios constitucionais com fulcro na prescrição virtual tinham sua pretensão rechaçada pelos Tribunais Superiores,

enquanto o Ministério Público conseguia realizar o arquivamento judicial através de fundamento diverso, ora com a inutilidade do provimento jurisdicional em face da ausência do interesse de agir utilidade.

Apenas a título exemplificativo colacionamos o acórdão precedente da formulação da Sumula 438 do STJ que se repete em diversas jurisprudência do respectivo tribunal.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TERGIVERSAÇÃO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação para a acusação, faltando amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética.

2. Ordem denegada.

(HC nº 30.368/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DÉCIMA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 10/08/2004, DJe 13/12/2004).

Em que pese muitos tenham acreditado que a Sumula 438 do STJ veria a pôr fim a uma antiga celeuma, a existência da respectiva sumula não extingui o instituto da prescrição penal retroativa, porém deu nova roupagem e forma de utilização ao instituto. Agora o instituto representa tão somente indícios de ausência de condições da ação (falta de interesse de agir-utilidade), sendo sua utilização permitida apenas em alguns juízos de 1º grau e em situações excepcionais em tribunais de 2º grau.

Inclusive há julgados que afastam a incidência da Sumula 438 do STJ e extingue o processo com fulcro na ausência do interesse de agir do Estado, a exemplo do Julgamento do HC nº 70044572113 pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme elencado abaixo.

HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA OU EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

Em que pese a edição da Súmula nº 438 do STJ, verificada a prescrição pela pena projetada, deve ser extinta a punibilidade do paciente, pois o processo é o instrumento para a realização do direito material, não tendo seu fim em si mesmo. Caso em que está fadado ao insucesso, pois indiscutível que será alcançado pela prescrição retroativa. Não há interesse de agir, já que não trará um resultado útil à sociedade. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

(HC nº 70.044.572.133/RS, Rel. Desembargador ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 08/09/2011, DJe

22/09/2011).

Muito embora este entendimento seja minoritário, sua ocorrência tem se tornado comum em varas de primeiras instâncias, principalmente quando o requerimento pelo arquivamento é formulado pelo Ministério Público.

Ressalte-se que se o referido magistrado não concordar com o referido pedido de arquivamento, poderá se utilizar das prerrogativas constantes no art. 28 do CPP, remetendo os autos para o procurador-geral (MPE) ou a Câmara de Coordenação e Revisão (MPF) para deliberações superiores quanto a possibilidade de arquivamento do feito.

Em suma a extinção do processo por ausência de interesse-utilidade em face da possível ocorrência da prescrição retroativa somente poderá se dar através da certeza ou de elevada probabilidade de seu acontecimento, sendo que a mera dúvida já possui o condão de colocar em cheque a aplicação do instituto (MACEDO, 2007, p. 114-119).

Conforme já descrito anteriormente, outro ponto interessante foi decorrente da promulgação da lei nº 12.234/2010 que trouxe um novo regramento para a contagem do fenômeno da prescrição da pena em concreto, ora o período do inquérito policial anterior ao oferecimento da denúncia não mais será utilizado para o computo da prescrição em geral. Ou seja, em termos práticos isto significaria que a prescrição foi reduzida pela metade, sendo excluído o período do inquérito policial para a aferição da prescrição retroativa (NUCCI, 2015, p. 150). Entretanto por se tratar de regra prejudicial ao direito do réu, sua aplicação está condicionada tão somente aos fatos típicos que ocorreram posteriormente a promulgação da lei nº 12.234 de 06/05/2010.

Neste ponto, note-se que não é possível revogar o instituto da prescrição virtual sem que ocorra a revogação do instituto da prescrição penal retroativa ou das condições da ação, razão porque é imperioso o reconhecimento da existência do instituto no nosso ordenamento jurídico penal.

### 3. DA CORRELAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL COM DEMAIS PRINCÍPIOS

Agora que já conhecemos a teoria geral do processo e as causas de exclusão da punibilidade, bem como entendemos que a aplicação do instituto da prescrição virtual está em verdade relacionadas as condições da ação, mais precisamente a ausência de interesse de agir do Estado em face da inutilidade do procedimento persecutório. Resta necessário entendemos as principais críticas bem como as vantagens e desvantagens decorrentes da aplicação do instituto da prescrição virtual, sendo necessário compreender o referido instituto relacionado aos demais princípios e garantias constitucionais – penais.

A primeira coisa que devemos notar é que a acepção da prescrição retroativa antecipada gera uma economia processual e financeira ao Poder Judiciário, uma vez que não se dará prosseguimento a um processo natimorto e sem nenhum resultado prático ao sistema. Assim desnecessário serão os gastos com salário de promotores, defensores, juízes, servidores e oficiais de justiça bem como a economia com serviços postais, impressoras e publicações nos principais diários oficiais, podendo ser focado recursos e energias do Estado no embate de outros provimentos jurisdicionais mais uteis a sociedade (MACEDO, 2007, p. 127-131).

Neste ponto há uma divergência doutrinaria acerca do prestígio do Poder Judicial, se a adoção da prescrição virtual geraria um sentimento de impunidade social em face da extinção do processo ou se a busca de um judiciário mais célere e barato seria mais interessante a sociedade ante a ausência de sucesso do procedimento judicial já prescrito. Neste sentido, entendemos que o prolongamento injustificado de ação penal inútil é o mesmo que atentar contra a dignidade humana do acusado, não sendo razoável que o acusado tenha que sofrer as mazelas de um processo penal no aguardo de uma sentença condenatória que posteriormente reconhecerá a ocorrência da prescrição da pena em concreto.

Ressalte-se que, o princípio da dignidade da pessoa humana esta elencada como princípios basilares da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como da Constituição Federal de 1988 que reafirmam que o ser humano tem direito a

sobrevivência física com dignidade, lhe sendo garantido os direitos fundamentais básicos bem como o direito de não ser humilhado, perseguido ou discriminado de forma desnecessária. Assim o uso inadequado da perseguição penal já é uma punição em si própria, uma vez que enseja a humilhação pública e estigmatização social, dificultando a vida do acusado principalmente no que tange a reinserção no mercado de trabalho (TRAVERSA, 2008, p. 164-169).

Obviamente que a extinção do processo em face da ausência de condições da ação deve ser auferida em concreto e bem fundamentada sob pena de se tornar uma imposição de vontade geradora de impunidade e desigualdade social. Neste sentido, se funda diversas críticas a validade do instituto da prescrição virtual.

### **3.1. DAS CRITICAS E TEORIAS DESABONADORAS**

Como toda e qualquer teoria do direito, a prescrição virtual também possui profundas críticas e teorias desabonadoras de sua validade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a principal delas a alegação de ofensa ao princípio da legalidade nas causas de extinção de punibilidade, uma vez que a prescrição por perspectiva não está contida no rol taxativo do art. 107, do Código Penal.

Pois bem. Conforme já disposto anteriormente, muito embora a prescrição virtual não constitua uma causa de extinção de punibilidade propriamente dita, em verdade constitui um forte indicio de ausência de condições de ação, de modo que pela redação do art. 395, inc. II e III, do CPP, na hipótese de restar auferida esta hipótese (perda do interesse de agir-utilidade), o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito em face da ausência da referida condição da ação.

Ressalte-se ainda que, o ordenamento jurídico brasileiro permite a realização da analogia penal desde que em favor do réu, assim se a prescrição penal retroativa estaria elencada no rol taxativo de excludente de punibilidade (art. 107, inc. IV do CP), não haveria o porquê de se vedar a prescrição virtual já que a mesma seria uma extensão da outra. É por esta razão que sustentamos de que não seria possível a revogação do instituto da prescrição em perspectiva sem que fosse revogado todos os tipos de

prescrição penal.

Outra crítica formulada é a incompatibilidade da prescrição em perspectiva com o princípio do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, de modo que para se aplicar a prescrição virtual de um crime seria necessário pressupor a condenação antecipada do réu.

Neste sentido, transcrevemos as lições de Igor Teles Fonseca de Macedo (p. 147):

“Acontece que, consoante já fora exaustivamente mencionado, a prescrição em perspectiva não é modalidade de prescrição retroativa – não guardando com esta nenhuma relação direta – e sim o reconhecimento da carência de ação por consequência da aferição da ausência do interesse-utilidade na instauração ou continuação do feito criminal.

Assim, não há de se olvidar que o devido processo legal ordena, como medida insofismável, que haja a rejeição da denúncia ou queixa, ou o encerramento do processo sem julgamento do mérito, nos casos em que se constatar a carência de ação da parte acusadora, de molde que o reconhecimento da prescrição em perspectiva não está alvedrio do princípio do *due processo f law*, ao contrário, está privilegiando-o.

Este, inclusive, é o procedimento padrão e incontestável, tanto do ponto de vista jurisdicional quanto doutrinário, para os casos de verificação da impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade das partes ou da ausência de justa causa, não existindo quem defenda que nestas hipóteses há prejuízo do devido processo legal. Logo, não existe nenhum argumento sequer razoável para que se promova um tratamento desigual à condição da ação do interesse de agir”

Em face da já citada lei nº 12.234/2010 que exclui a contagem do período do inquérito policial para fins prescricionais, não mais seria possível a declaração de ausência do interesse de agir no momento do recebimento da denúncia, porém nada impediria que o juiz declare a extinção do processo sem resolução do mérito em face da ausência de condições da ação em momento posterior. Assim enquanto o processo estivesse em curso, haverá a garantia ao contraditório e ampla defesa até o momento de extinção do mesmo.

Ressalte-se que, a ausência de condições da ação constitui causa preliminar a apreciação do mérito, de modo que se auferida a ausência do interesse de agir, não haveria do que se falar em direito do acusado ou da vítima de ter uma sentença declaratória de mérito.

Mais uma crítica formulada seria decorrente da obrigatoriedade de o Ministério

Público prover a ação penal pública, de modo que se presente os seus requisitos legais não poderia o MP realizar o juízo de conveniência ou oportunidade sobre o oferecimento ou não da denúncia. Inclusive pelo princípio da indisponibilidade, uma vez que oferecida a denúncia não poderia o órgão ministerial desistir dela (TAVORA; ROSMAR, 2013, p. 164-165).

Neste momento, oportuno se faz duas considerações: a) primeiro que o princípio da obrigatoriedade somente tem valor jurídico se presente todos os requisitos legais para a propositura da ação, assim se ausente as principais condições da ação e faltar justa causa não haveria obrigatoriedade constituída; b) de fato, depois da lei de nº 12.234/2010, a denúncia será oferecida pelo MP e recebida pelo juízo, porém nada impede que durante as alegações finais o órgão ministerial sustente pela ocorrência da prescrição virtual e o juízo o conceda a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito em benefício do réu.

Neste sentido, estando ausente as condições da ação não haveria do que se falar do princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

#### 4. CONCLUSÃO

Neste sentido acompanhamos a história da violência e dos sistemas penais, estudamos suas nuances e vimos como as consequências jurídicas do delito evoluíram. Pouco a pouco, criou-se um sistema penal mais preocupado com o homem e com a realidade social vigente.

Há criação de uma teoria geral do processo trouxe segurança e estabilidade ao sistema penal, agora com novos conceitos e elementos de crime, sendo eles a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. As causas de exclusão da punibilidade tiveram papel essencial na redução da violência e poder punitivo do Estado, estabelecendo um rol taxativo através dos qual, embora houvesse a ocorrência de um crime, o sujeito não seria punido em razão de causas específicas.

Dentre esta causa estão a ocorrência da prescrição com seus tipos e especificidade. Aprendemos ainda, a forma de se contabilizar a prescrição da pena em concreto e abstrato para finalmente chegarmos a questão da prescrição em perspectiva ou virtual.

Neste ponto é importante ressaltar que a prescrição virtual não constitui uma causa de extinção de punibilidade, mas em verdade uma forma de auferimos verdadeiros indícios da ausência de condições de ação, no caso, a ausência de interesse de agir-necessidade.

Dizemos que uma causa é desprovida de interesse de agir-necessidade em face da possibilidade de prescrição virtual quando o resultado prático do provimento jurisdicional se encontra comprometido pela futuro e próxima ocorrência da prescrição da pena em concreta. Ou seja, trata-se da antecipação do resultado jurisdicional que inevitavelmente irá resultar na extinção da ação sem resolução do mérito.

Como toda e qualquer teoria há argumentos a favor e contra tal pratica.

Em relação aos argumentos favoráveis estão a econômica processual e financeira do Poder Judiciário, o atendimento a dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo. Por outro lado, temos como críticas a necessidade de tutelar o princípio da

legalidade, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, bem como atender ao princípio da obrigatoriedade e indivisibilidade da ação penal do Ministério Público.

Neste sentido e diante ao exposto, resta claro que a prescrição virtual através das condições da ação existem no ordenamento jurídico brasileiro, bem como possuem validade quando auferidas no caso concreto.

## SUMARIO

ANDREUCCI, RICARDO ANTONIO. **Manual de Direito Penal**: vol. 1 – parte geral, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 2004.

BARROS, FLAVIO AUGUSTO MONTEIRO DE. **Direito Penal**: parte geral, vol.1, 9ª ed, São Paulo, Saraiva, 2011.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Código Penal Comentado**, 8ª ed, São Paulo, Saraiva, 2014.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO, CONDE, FRANCISCO MUÑOZ. **Teoria Geral do Delito**, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 2004.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Tratado de direito penal**: parte geral, 21ª ed, São Paulo, Saraiva, 2015.

BRANDÃO, CLAUDIO. **Teoria jurídica do crime**, 3ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

BRASIL. **Código Penal**, 22ª ed, São Paulo, Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3914/41. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70.044.572.113. Relator: OSÓRIO, ÍCARO CARVALHO DE BEM. Publicado no DJe de 22/09/2011.

Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prescri%C3%A7%C3%A3o+virtual+interesse+agir&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prescri%C3%A7%C3%A3o+virtual+interesse+agir&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris). Acessado em 01/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do agravo regimental no agravo regimental no recurso especial nº 1393682/MG. Relatora: MOURA, MARIA THEREZA DE ASSIS. Publicado no DJe de 06/05/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=acord%E3o+confirmat%F3rio+int>

[errup%E7%E3o+prescri%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.](#)

Acessado em:07/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial nº 2014/0251175-3/DF. Relator: CORDEIRO, NEFI. Publicado no DJ de 19/03/2015. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=abuso+direito+defesa+tr%E2nsito+julgado+embargos+declara%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acessado em 30/07/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 30.368/SP. Relator: CARVALHIDO, HAMILTON. Publicado no DJe de 13/12/2004. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301616937&dt\\_publicacao=13/12/2004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301616937&dt_publicacao=13/12/2004). Acessado em 23/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 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. Publicado no DJe 13/05/2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=Sumula+438&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acessado em 23/08/2016.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de Direito Penal**, volume 1: parte geral (art. 1º a 120). 12ª ed, São Paulo, Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª ed, Editora JusPodivm, Bahia, 2011.

DELMANTO, CELSO. **Código Penal Comentado**, 7ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 4ª ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, MICHEL. **Vigir e Punir: Nascimento da Prisão**, 20ª ed, Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANCO, ALERTO SILVA; STOCO, RUI. **Código Penal e sua interpretação** doutrina e jurisprudência, 8ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

FÜHRER, MAXIMILIANO ROBERTO ERNESTO. **História do Direito Penal**: (crime

natural e crime de plástico), 1ª ed, São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

GOMES, LUIZ FLÁVIO; GOMES, ALICE BIANCHINI. **Curso de Direito Penal**: parte geral (art. 1º a 120), 1ª ed, Salvador, Ed. JusPodivm, 2015.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**. 15ª ed, Rio de Janeiro, Impetus, 2013.

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. **Princípios da filosofia do direito**, 1ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

HOBBS, THOMAS. **Leviatã**. Ou, a matérias, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, 3ª ed, São Paulo, Ícone, 2008.

KANT, IMMANUEL, **A metafísica dos costumes**, 1ª ed, São Paulo, Edipro, 2003.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**, 8ª ed, São Paulo, Matins Fontes, 2009.

LEMONS, RICARDO TEIXEIRA. **Prescrição Penal Retroativa e Antecipada em face da Competência**, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

LIMA, MARCELLUS POLASTRI, **Curso de Processo Penal**, 8ª ed, Brasília/DF, Gazeta Jurídica, 2014.

MACEDO, IGOR TELES FONSECA. **Prescrição Virtual**, 1ª ed, Salvador, JusPodivm, 2007.

MARINHO, ALEXANDRE ARARIPE; FREITAS, ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS. **Direito Penal - Teoria do Delito**: tomo II, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2007.

MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 11ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 12ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª ed, Revistas dos Tribunais, 2013.

PACELLI, EUGÊNIO. **Curso de Processo Penal**, 18ª ed, São Paulo, Atlas, 2014.

PRADO, LUIZ REGIS. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1, parte geral, art. 1º a 120, 10ª ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, PAULO. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral, 10ª ed, Salvador, Jus Podivm,

2014.

REALE JR, MIGUEL. **Teoria do Delito**, 2ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

ROMÃO, CÉSAR EDUARDO LAVOURA. **Prescrição Virtual: Uma realidade no direito penal brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS. **Direito Penal** – Parte Geral, 5ª ed, Florianópolis, Conceito Editorial, 2012.

TÁVORA, NESTOR; ALENCAR, ROSMAR RODRIGUES. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª ed, Salvador, Editora JusPodivm, 2013.

TRAVESSA, JÚLIO CEZAR LEMOS TRAVESSA. **O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa**, 1ª ed, Salvador, Editora JusPodivm, 2008.

TOURINHO FILHO, FERNANDO DA COSTA. **Processo Penal**, 34ª ed, São Paulo, Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 5ª ed, Rio de Janeiro, Revan, 2001.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL; PIERANGELI, JOSE HENRIQUE. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, 5ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.