



CENTRO UNIVERSITARIO DR. LEÃO SAMPAIO- UNILEÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

WELLINGTON FREIRE DE SOUZA JÚNIOR

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA: POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS

Juazeiro do Norte  
2019

WELLINGTON FREIRE DE SOUZA JÚNIOR

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA: POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS

Artigo apresentado à coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Orientadora Prof<sup>ª</sup>.: Iamara Feitosa Furtado Lucena

Juazeiro do Norte

2019

## PRESCRIÇÃO ANTECIPADA: POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS

Wellington Freire de Sousa Júnior<sup>1</sup>  
Iamara Feitosa Furtado Lucena<sup>2</sup>

### RESUMO

O tema manuseado nesta monografia foi escolhido com o único escopo de levar ao leitor um pouco mais de conhecimento sobre a chamada prescrição projetada. No presente trabalho são apresentados, de forma sucinta, alguns aspectos da prescrição penal, tais como suas feições gerais e sua disciplina no direito brasileiro, trazidas pelos artigos 109 e seguintes do Código Penal, uma breve análise da imprescritibilidade e às nuances da prescrição antecipada, tais como argumentos favoráveis e contrários e seus respectivos argumentos, tendo por escopo auxiliar o leitor no conhecimento de tema tão complexo. O texto ora trazido à lume não tem o propósito de esgotar discussões em torno do tema, mas, apenas expor as posições das diversas correntes e correspondentes justificativas por elas sustentadas.

**Palavras-chaves:** Prescrição penal. Prescrição antecipada. Causa extintiva de punibilidade. Falta de previsão legal.

### ABSTRACT

The subject handled in this study was chosen with the only target take the reader a little more than knowledge on the call projected lapsing. In this work are presented, some aspects of the criminal lapsing, such as its general kinds and its disciplines in the Brazilian right, brought for following articles 109 and the Criminal Code, one brief analysis of the imprescriptibility and the anticipated lapsing, such as the favorable and contrary arguments and its respective arguments, having for target auxiliary the reader in the knowledge of so complex subject. The text however brought to the fire does not have intention to deplete quarrels around the subject, but, only display the positions of diverse chains and correspondents justifications for supported them.

**Keywords:** Criminal lapsing. Anticipated lapsing. Extinctive punshability cause. Lack of legal forecast.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema manuseado neste artigo foi escolhido com o único escopo de conduzir o leitor a uma reflexão sobre as nuances que envolvem a prescrição virtual, de grande divergência quanto ao seu reconhecimento, da qual não há registros de correlação na doutrina estrangeira, certamente fruto de seu recente surgimento, destacando ser uma criação genuinamente brasileira.

---

<sup>1</sup>Wellington Freire de Souza Junior. Email: sdpmcebruno@gmail.com

<sup>2</sup> Iamara Feitosa Furtado Lucena Email: iamara@leaosampaio.edu.br

No presente texto são abordados alguns aspectos envolvendo a prescrição penal, tais como suas feições gerais e disciplina no direito brasileiro, trazidas pelos artigos 109 e seguintes do Código Penal, contendo também uma breve análise da origem da pena, imprescritibilidade e, ao final, expondo posições favoráveis e contrárias ao reconhecimento da prescrição virtual.

A propósito da prescrição, insta salientar que esta tem importância real e concreta para o direito penal porque guarda com esta ciência íntima relação de garantia individual e desenvolvimento social. Acrescente-se que no direito penal sua existência e segurança são aceitas de forma irrestrita, operando-se para extinguir a punibilidade antes ou depois da sentença penal condenatória válida.

Por sua vez, no que toca ao tema em estudo, ou seja, a prescrição virtual, como já relatado, esta surgiu recentemente, mais precisamente nos anos noventa, e como novo instituto tem sido alvo de vários debates, quer no campo doutrinário, quer no campo jurisprudencial, circunstância que por si só, já justifica e estimula seu estudo.

Vale destacar, por oportuno, que o texto ora trazido à lume não tem o propósito de esgotar discussões em torno do tema, mas, apenas expor as posições das diversas correntes e correspondentes justificativas por elas sustentadas, almejando, tão só, provocar uma maior reflexão, notadamente por sua adoção proporcionar maior benefício a pessoa daquele que possa figurar como acusado e, de igual modo, a impossibilidade de aplicação ante a falta de previsão legal. Por fim, quando da elaboração do trabalho, busca-se analisar conceitos, dados históricos, sociais e jurídicos da prescrição projetada como causa extintiva de punibilidade, avaliar as medidas aplicáveis sobre o tema ora exposto, e averiguar de forma geral os reflexos da prescrição em perspectiva com a dialética do processo penal brasileiro. Sendo uma pesquisa elaborada com fundamentos exclusivamente bibliográficos, incluindo doutrinas nacionais e jurisprudências.

## **2 METODOLOGIA**

A presente pesquisa é voltada a uma revisão bibliográfica acerca do tema supracitado, uma vez que, se faz necessário acalentar a questão do instituto da prescrição em seus âmbitos, especialmente no âmbito criminal. Ou seja, trata-se da importância do lapso temporal acrescentado a perspectiva da pretensão do direito de punir do Estado.

O presente trabalho, reitera-se, não tem o propósito de esgotar discussões em torno do tema, mas, apenas expor as posições das diversas correntes e correspondentes justificativas por elas sustentadas, apenas promover a dialogicidade do tema, com a escolha dos autores

mencionados e, neste passo promover uma nova visualização, de maneira atualizada sobre o tema escolhido. Os autores deste compendio são: Cezar Roberto Bittencourt, Fernando Capez, Rogério Greco, Guilherme Sousa Nucci, Maria Regina Trippo e Magalhães Noronha, grandes juristas e pensadores da ótica penal, na qual inclui-se tal projeto monográfico.

A pesquisa terá como metodologia aplicada a ciência social, com ênfase na pesquisa qualitativa, por tratar-se diretamente de uma relação de conhecimento voltado a análise conceitual, baseada em artigos científicos, bibliografias com ênfase no eixo criminal, sobrepondo ao tema escolhido, como forma de melhor atender aos critérios do estudo selecionado.

### 3 DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição penal, em sua acepção jurídica, segundo magistério de Cezar Roberto Bittencourt, é “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”<sup>3</sup>.

Por sua vez, no que diz respeito à prescrição penal antecipada, antes, porém, de ingressar em sua seara, impérios se faz tecer alguns comentários sobre a origem da pena, o direito de punir como fato anterior à prescrição penal, surgimento da prescrição no mundo jurídico global e no brasileiro, alguns dos aspectos gerais desta incidência no direito comparado, características, efeitos e os casos de imprescritibilidade pátrios.

A pena, em síntese, é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal. Segundo o magistério de Renato Marcão e Bruno Marcon<sup>4</sup>:

A origem da pena é muito discutida, não há uma certa, existem muitos conflitos sobre isso, porém podemos afirmar que perde-se no tempo essa origem, pois onde haviam agrupamentos de homens, haviam disciplinas a serem seguidas para um convívio mais harmônico, essas se não fossem respeitadas, penalizariam os infratores.

Os autores acima referenciados, em interessante artigo publicado na revista eletrônica “Jus Navegandi” (“Rediscutindo os fins da pena”), como fruto de suas pesquisas bibliográficas, afirmam, “*in verbis*”, que:

É possível que as primeiras regras de proibição tenham origem totêmicas (totem: é um animal, mais raramente um vegetal ou fenômeno natural que

---

<sup>3</sup> Código penal comentado / Cezar Roberto Bittencourt. – 4. ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2007, pág. 361;

<sup>4</sup> MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. - Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>. Acesso em: 05 de abril de 2019..

mantém relação peculiar com todo o clã, é um antepassado comum, é o espírito guardião e auxiliar, embora perigoso aos outros), da mesma época são os tabus (tabu: é um termo polinésio, significa sagrado, consagrado, misterioso, impuro, a fonte do tabu é atribuída a um poder mágico, peculiar que é inerente as pessoas e espíritos e pode ser por eles transmitidos por intermédio de objetos inanimados. Nas antigas civilizações, a idéia de maior predominância era o castigo, dessa forma aplicá-va-se com frequência a pena de morte, e a repressão não alcaçava só o patrimônio, mas também os descendentes do infrator. Mesmo na Grécia Antiga e no Império Romano, predominava a pena capital, desterro, açoites, mutilações. A origem da pena é a vindita. Nos povos primitivos a idéia da pena nasceu do sentimento de vingança, inicialmente na forma privada, e posteriormente foi alçada à categoria de direito.” ...(.)... A vingança perdurou até ser substituída pelas penas públicas.

Assim, conclui-se que a origem da pena coincide com o surgimento do Direito Penal, em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as épocas e todas as culturas. A pena é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal.

Todavia, oportuno se faz mencionar, pautado em entendimento atual, acerca da finalidade da pena, que, na verdade, é a de perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais. O mais importante é perceber que o Estado só deverá recorrer a pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outros ramos do direito que não o penal).

A análise do direito de punir, ainda que singela, impõe seja feita em razão da prescrição advir do próprio direito de punir. Como se sabe, a sociedade se verifica verdadeiramente incapaz em se autorregular apenas por preceitos morais e éticos. Assim, com base nesta premissa, surge para o Estado o direito de reger as emoções e relações humanas, exigindo de seus cidadãos o não cometimento de atos reconhecidos como ilícitos (norma penal) e punindo-os quando cometidos, o que é denominado direito de punir (“*jus puniendi*”), cabendo somente a ele (Estado-Juiz) o exercício de tal agir, pois, sendo um ente superior que define os padrões para serem seguidos, chamou a responsabilidade de pacificar os litígios para si, buscando sempre a proteção dos bens jurídicos efetivamente lesionados ou postos em perigo.

Esse direito do Estado-Juiz em exigir que a norma penal não seja violada sob ameaça de punição é a modalidade abstrata do *jus puniendi*, de tal sorte que, uma vez praticada a conduta rechaçada, o direito de punir passa a existir no campo pratico, ensejando a aplicação de sanções penais. Essa face do direito de punir é a modalidade em concreto, já que houve a modificação no campo real. Aqui a relação entre o Estado e o agora infrator é jurídico-positiva, haja vista que nasce a obrigação de aplicar o preceito secundário da norma incriminadora, qual seja: a pena.

Na lição de E. Magalhães de Noronha<sup>5</sup> “Esse direito estatal não é, entretanto, ilimitado. Nas sociedades civilizadas vige, em regra, o princípio da *reserva legal – Nullum crimen, nulla poena sine lege* – que limita o direito de Punir. O conjunto de normas incriminadoras constitui, então, o *direito objetivo*, que circunscreve ou delimita o *jus puniendi*. Com efeito, ao mesmo tempo em que o Estado incrimina um fato, declara que não poderá punir quem não o praticou.”.

### 3.1 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL

Etimologicamente, o vocábulo *prescrição* tem sua origem no latim, ou seja, em *praescriptio*, composto de *prae* e *scribere*, cuja tradução literal é “escrever antes”.

O entendimento do significado acima se dá quando do estudo do Direito Romano, pois nas ações chamadas *temporárias* se não fosse respeitado o prazo para exercício destas, o pretor, então aplicador do direito, escrevia como nota introdutória a advertência ao Juiz que, antes de examinar o mérito, deveria absolver o réu por expiração do lapso. Daí a indicação de *praescriptio* que quer dizer, como já mencionado, “escrever antes”.

Não obstante a inegável influência do sobredito instituto no Direito Processual Penal e o fato de alguns, ainda hoje, defenderem a natureza jurídica mista da prescrição (penal e processual penal), em verdade, no ordenamento brasileiro, ela é de natureza jurídica exclusivamente material (penal), posto que relacionada e inseparavelmente ligada ao poder-dever de punir do Estado-Juiz, saindo do plano abstrato para o concreto, como antes já narrado, quando da prática de um crime. Daí a sua inserção no estudo do Direito Penal.

O domínio do assunto é de grande importância para os operadores do Direito, em especial, para aqueles que militam na área criminal, vez que se caracteriza como um ponto limítrofe à atividade estatal para o início de um processo criminal, continuação ou, até mesmo, para o cumprimento do preceito secundário de uma norma penal pelo infrator desta, que seria a imposição de uma pena.

Rogério Greco doutrina que “Vários fundamentos surgiram ao longo dos anos para justificar a necessidade da prescrição, podendo-se destacar entre eles o *esquecimento* a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator tranquilidade para aquele que praticou a infração penal, pois que um erro cometido no passado não pode persegui-lo para sempre”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Curso de direito processual penal / E. Magalhães Noronha. – 21. ed. / atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo : Saraiva, 1992, pág. 3;

<sup>6</sup> Código Penal : comentado / Rogério Greco. – Niterói, RJ: Impetus, 2008, pág. 348.

No que atine às espécies de prescrição, Fernando Capez ensina que “o Estado possui duas pretensões: a de punir e a de executar a punição do delinqüente. Por conseguinte, só podem existir duas extinções. Existem, portanto, apenas duas espécies de prescrições: a) prescrição da pretensão punitiva (PPP); b) prescrição da pretensão executória (PPE).”<sup>7</sup>.

De fato, a legislação penal brasileira contempla apenas as duas espécies de prescrição acima referidas, sendo que a primeira espécie se subdivide em: prescrição em abstrato (art. 109, “*caput*”, do CP), prescrição superveniente à sentença condenatória recorrível (art. 109, “*caput*”, c/c o art. 110, § 1º, ambos do CP) e prescrição retroativa (art. 109, “*caput*”, c/c o art. 110, § 1º, ambos do CP).

Segundo Hélio da Gama e Silva<sup>8</sup>, “A doutrina, de uma forma geral, detalha o surgimento do instituto da prescrição ao considerar que “a prescrição da ação penal surgiu no Direito romano”, com o objetivo de que os processos penais não se dilatassem excessivamente nos seus prazos.”

O autor assevera que “Tem-se notícia de que seu surgimento se deu quando da edição da Lex Julia de Adulteriis, século XVIII a. C., provavelmente nos anos de 1736 ou 1737 a.C., citando *Adulter post quinquennium, quam commiissum adulterium dicitur accusari non potest*. Entretanto, há entendimento de que seu surgimento se deu 18 anos antes de Cristo.”

A sobredita lei estabelecia que:

nos delitos de estupro, lenocínio e incesto também ocorreria a prescrição do procedimento criminal se tivesse sido ultrapassado o prazo de cinco anos, em respeito à realização das festas Lustrais, calcadas nas idéias de perdão e de purificação dos indivíduos e das cidades, lavando-lhes as culpas religiosas. Decorrido este prazo, o cônjuge adúltero não poderia ser processado, e posteriormente o prazo seria estendido às demais infrações. Quanto às ações penais privadas de origem pretoriana, prescreviam em um ano, *Actio Iniuriarum*. Posteriormente, várias alterações nos prazos prescricionais se sucederam na legislação romana.<sup>9</sup>

Assim, a prescrição se difundiu, tornando regra na legislação imperial.

### 3.1.1 ORIGEM DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A primeira legislação vigente no território brasileiro foram as ordenações de Portugal, sendo as Filipinas, as quais, no aspecto penal, eram tidas como terríveis devido a crueldade

<sup>7</sup> Curso de direito penal, volume 1 : parte geral (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. – 12. ed. de acordo com a Lei n. 11.466/2007. – São Paulo : Saraiva, 2018, pág. 585.

<sup>8</sup> Site: <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/acad15.htm>, acessado em: 06 de maio de 2019;

<sup>9</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição Penal Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

intrínseca nas sanções aplicadas. Esta ordenação reconhecia a existência de causas extintivas da punibilidade, entre elas, o perdão do ofendido. Contudo, não havia menção expressa à prescrição ou decadência. O que de fato à época existia era apenas a regulagem de alguns efeitos do tempo sobre o Direito Penal, sendo esses semelhantes à decadência.

A ordenação vigente à época não se harmonizava com o instituto da prescrição, pois este tinha por fim limitar o poder estatal. Ao contrário, havia um grande acúmulo de poder nas mãos do soberano, não sendo interessante qualquer limitação a esta grandeza. Destarte, no período colonial vigorava a imprescritibilidade.

Todavia, mais adiante, com a proclamação da independência do Brasil, houve a elaboração de leis próprias, sendo o primeiro diploma a tratar da prescrição a Lei de 30 de setembro de 1830. Posteriormente, o Código Criminal consagrou expressamente em seu artigo 65 a imprescritibilidade, resistindo, assim, à prescrição da pena.

A análise do artigo acima, a *contrario sensu*, leva a conclusão de que haveria a prescrição da pretensão punitiva sendo imprescritível apenas a pretensão executória, pois o diploma legal releva a prescrição apenas no que tange as penas aplicadas. Este dispositivo foi largamente definido no Código Processual que surgiu em seguida.

O critério usado por esse código para a definição dos prazos era a presença ou não do réu no distrito da culpa aliado a afiançabilidade do delito. Os legisladores da época assim o fizeram, pois o objetivo maior era auxiliar o órgão acusatório na execução de suas atividades-fins. Assim, como a realização destas seria facilitada pela presença do réu no lugar do crime, não havia porque conceder a este órgão, maior prazo para seu exercício, sendo reduzido, portanto, o prazo prescricional. Deste modo, os lapsos temporais estavam intimamente ligados à acusação que figuravam como representante do Estado, sendo maiores ou menores dependendo da dificuldade ou facilidade deste órgão no executar de suas tarefas.

Têm-se então como prazos prescricionais à época, um, três, seis e dez anos, engenhados do seguinte modo: se a justiça de paz fosse competente para conhecer delitos como crime e contravenções, os prazos eram de um e três anos, sendo aquele se o acusado estivesse presente no local do delito e este se ausente, mas em lugar conhecido no território nacional. Já se as infrações fossem afiançáveis os lapsos saltavam para seis e dez anos, tendo o mesmo raciocínio retro, ou seja, seis anos se presente e dez anos se ausente, mas em lugar sabido no império. Se inafiançáveis os delitos, a prescrição corria em dez anos se presente o criminoso no distrito da culpa.

Observa-se que nada se asseverava acerca de encontrar o delinquente em local incerto e não sabido ou no estrangeiro, em relação a delitos afiançáveis, ou sua ausência em qualquer

situação, em crimes inafiançáveis. Neste ponto, a doutrinadora Mara Regina Trippo<sup>10</sup> acredita na imprescritibilidade dos delitos, até porque, a dificuldade para a acusação seria de grande monta.

Após os avanços liberais e, como resposta a estes, a reafirmação, por parte do império, do princípio da autoridade, reformas processuais foram feitas (Lei 261/1841, regulamento 120/1842), e no que tange a prescrição, foram alargadas suas hipóteses, bem como elevado seu prazo para vinte anos tanto nos delitos afiançáveis, quando o agente encontrava-se em local desconhecido, quer no Império quer no estrangeiro, quanto nos delitos inafiançáveis, desde que o réu estivesse em local diverso do distrito da culpa, mas em território nacional, permanecendo a imprescritibilidade nos demais casos. Houve ainda o aumento do rol dos delitos tidos como imprescritíveis, incluindo também crimes como conspiração, resistência, arrombamento de cadeia para fuga dos presos e etc.

Já em época republicana, com as novas instituições sociais e políticas implantadas, houve grandes mudanças com aspirações humanitárias que cominaram na criação do novo Código Penal (Código Penal de 1890). As principais alterações frente a esse movimento foram: a extinção da prisão de galés, redução em trinta anos das prisões perpétuas, possibilidade da detração penal, estabelecimento do termo inicial da prescrição, bem como fixação de novos lapsos, situações capazes de interrompê-la e, finalmente, introdução da prescrição das penas.

No que tange ao instituto em análise, este novo código estabeleceu duas espécies: a ocorrida antes da condenação (chamada de prescrição da ação) e depois dela (chamada de prescrição da condenação), sendo que ambas eram subordinadas ao mesmo lapso prescricional. Ademais, o critério para definição dos prazos passou a ser a proporção destes com a pena já aplicada na sentença e não com a pena em abstrato, passando a vigorar seis lapsos diferentes no tocante a ação penal e o prazo de um ano em relação às penas de multa.

Salienta-se que esses novos patamares da prescrição penal foram importantes para diferenciá-la da civil. Mesmo com um novo código, houve posteriores modificações (Lei 515/1898) que trouxeram, a certos crimes, uma quase imprescritibilidade, posto que, condicionavam o prazo final da prescrição ao momento incerto do retorno do réu ao Brasil, passível de ocorrer vinte, trinta, quarenta anos após a prática do delito ou até advir a morte do réu antes mesmo desse retorno.

---

<sup>10</sup> TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, pág. 40;

Novas emendas foram feitas (Decreto 4.780/1923), que passaram a vincular o prazo prescricional ora ao máximo da pena em abstrato, ora a pena imposta na sentença. Ademais, novas causas interruptivas foram criadas, como a decisão de pronuncia, decisão confirmatória de pronuncia e a sentença penal condenatória recorrível, semelhante ao sistema atual. Surgiu ainda a chamada prescrição intercorrente (tem como base para o prazo prescricional a pena imposta e corre entre a última causa interruptiva até o transito em julgado da condenação).

Em face dessas inúmeras alterações e da dispersão legislativa em matéria criminal, na década de 30 organizou-se uma coletânea, chamada de Consolidação das Leis Penais (Decreto 22.213/1932), que capitulava todas as modificações existentes. Outro decreto, ademais, reduziu pela metade os prazos de prescrição da ação e condenação para os menores entre 18 e 21 anos na data do cometimento do delito.

Devido às várias leis e emendas em matéria penal, novos projetos de código foram apresentados, não logrando, entretanto, êxito em nenhum deles.

Os pontos em comum entre eles foram que os projetistas traçavam paralelos entre a prescrição e a conduta do agente, bem como entendiam que imperava a desigualdade entre os prazos da prescrição da ação e da prescrição da pena.

Contudo, o anteprojeto de Alcântara Machado, depois de revisado, foi sancionado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Nesse novo diploma, a prescrição é tratada como causa extintiva da punibilidade. Ressalta-se que até então o instituto em estudo era tratado como causa que extingue a ação penal e a condenação. Contudo, ainda existia confusão com relação à natureza jurídica deste instituto, pois continuavam as duas modalidades de outrora: da ação e da condenação. Ademais, houve majoração dos prazos em relação à legislação anterior.

Outras modificações foram criadas, como o fato da prescrição da condenação ter como base a pena imposta na sentença; a pena de multa passar a correr com prescrição de dois anos quando fosse à única culminada e imposta; a admissão da prescrição retroativa, ainda que sua existência fosse discutida no Excelso Tribunal, sendo posteriormente consolidada por meio da Lei nº 6.416/1977.

Verificou-se ainda, a existência de duas modalidades de penas: as principais (reclusão, detenção e multa) e as acessórias (perda da função pública, interdição de direito e publicação da sentença). É de se notar que todas as principais eram prescritíveis, sendo que as acessórias, quando antes da sentença condenatória, seguiam a sorte das principais, e quando depois, eram imprescritíveis. A prescrição foi também estendida a todos os crimes, dificultando sua aplicação no que tange a reincidência, posto que este fato elevava em 1/3 (um terço) o lapso

da prescrição executória, não mais incidindo na pretensão punitiva. Ressalta-se, além disso, que os períodos prescricionais nas duas pretensões eram idênticos.

A Lei nº 7.209/1984, por sua vez, adotou o modelo prescricional que hodiernamente vigora, qual seja: as modalidades da pretensão punitiva, quando se fizesse presente a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e a da pretensão executória, quando ocorresse a extirpação do *jus punitiois* após a formação da coisa julgada, ou seja, na execução da condenação.

Quanto a lei de segurança nacional, várias alterações foram feitas no que tange a prescrição nos seus crimes, prevalecendo a ideia de que se aplicam as disposições do código penal vigente.

Reformas penais foram feitas terminaram por eliminar as penas acessórias, extirpando, assim, com a imprescritibilidade das penas. Todavia, modificações quanto às imprescritibilidades voltaram à tona com a Constituição Federal de 1988, que trouxe como imprescritíveis os crimes referentes à racismo e contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático.

#### 4 DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO COMPARADO

A doutrina de Fábio Guedes de Paula Machado<sup>11</sup>, em estudo elaborado sobre a existência do tema em apreço na Argentina, França, Itália, Alemanha, e Espanha, em síntese destacou, como doravante passamos a transcrever, que: Na Argentina, um dos seus mais renomados doutrinadores, Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, *apud* MACHADO, 2000, p. 110), admite como fundamento da prescrição o desinteresse do Estado na persecução do delito, tornando inútil a pena.

Quanto aos prazos, no artigo 62 de seu Código Penal admite o máximo é de 20 (vinte) anos para delitos cuja pena foi de reclusão perpétua e prisão perpétua, e o mínimo é de 02 (dois) anos quando se tratar de pena de multa. Interessante notar que em não havendo regras no Código Penal acerca da prescrição, poder-se-á socorrer do Código Civil.

Em território francês, os prazos orientam-se pela seguinte regra: 20 (vinte) anos, 05 (cinco) anos e 02 (dois) anos (artigos 133-2 a 133-4 do Código Penal c.c. artigos 763 a 767 o Código de Processo Penal). Acrescenta ainda que, excepcionando os crimes contra a

---

<sup>11</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, págs. 110/117;

humanidade descritos no artigo 231-5 de seu codex, os demais estão sujeitos aos prazos prescricionais acima mencionados.

Já na Itália, o instituto da prescrição em muito se assemelha com o brasileiro, abordando sobre a temática nos artigos 157 à 161 de seu Código Penal. São imprescritíveis os crimes apenados com prisão perpétua ou com a morte, devido a sua excepcional gravidade. Ademais, é de se considerar que a prescrição aqui é tratada como direito subjetivo perfeito do réu, uma vez que, pelo princípio da celeridade processual, não se admitiria inércia por parte do Estado. Assim, tal doutrina admite que os efeitos desse instituto alcancem o crime e sua pena.

Os prazos nesse código são os seguintes: máximo de 20 (vinte) anos para aqueles delitos cuja pena de reclusão é superior a 24 (vinte e quatro) anos; em 10 (dez) anos para os crimes de reclusão não inferior a 5 (cinco) anos; em 5 (cinco) anos para os crimes de reclusão com pena inferior a 5 (cinco) anos ou em casos de pena de multa; em 3 (três) anos se há uma contravenção apenada com privação da liberdade; em 2 (dois) anos em casos de contravenção a qual a lei estabelece pena de multa.

#### **4.1 - O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO EM OUTRAS LEGISLAÇÕES**

A Alemanha, segundo Von Liszt (LISZT, *apud* MACHADO, 2000, p. 114), apenas tomou parte desse instituto no curso dos séculos XVI e XVII, sendo antes admitida por países circunscritos tais como Bavária, Prússia, Áustria. É cediço também que este país é adepto da teoria mista para a definição da natureza da prescrição. Prevê, ainda, duas espécies de prescrição, sendo elas: da pena e da execução.

Na Espanha o tema é tratado no artigo 130 do seu Código Penal, sendo o n. 5 relacionado à prescrição do delito e o n. 6 à prescrição da pena. O artigo 131 traz a tabela dos prazos prescricionais, os sendo de no máximo 20 (vinte) anos nos casos de crimes cuja pena não seja inferior a 15 (quinze) anos, e de no mínimo 1 (um) ano para delitos como injúria e calúnia.

Ademais, traz prazos diferenciados para a prescrição da pretensão executória, sendo eles de 25 (vinte e cinco) anos, para condenação de 15 (quinze) anos ou mais e traz como mínimo os prazos de 1 (um) ano para as condenações leves. Noutro prumo, as principais características da prescrição são as seguintes: a universalidade, a tempestividade, retorno à primariedade e retroatividade.

A primeira característica diz respeito ao fato de que a prescrição se operar de pleno direito, podendo tanto ser reconhecida de ofício, quanto pela provocação das partes. Ademais

resolve ainda esse atributo que por ser matéria de ordem pública e ser indisponível, pode ocorrer ainda que contra a vontade das partes.

A segunda característica refere-se à tempestividade, ou seja, o reconhecimento desse instituto pode se dar a qualquer tempo e grau de instância, podendo inclusive ser considerada no momento da execução da sentença condenatória.

A terceira característica vincula-se, exclusivamente, a prescrição da pretensão punitiva e estabelece que a decisão que a reconhece, não possui força capaz de incidir no réu os efeitos da reincidência, conforme se depreende da interpretação do artigo 63 do Código Penal. Lógica não há em estender tal adjetivo a prescrição da pretensão executória posto que nessa os efeitos secundários da sentença já se operaram.

A quarta e última das características relaciona-se novamente e tão somente a prescrição da pretensão punitiva, precisamente a prescrição retroativa que faz com que a prescrição, que tem como base a pena constante na sentença condenatória, retroaja, observando os termos interruptivos.

Quanto aos efeitos, estes variam conforme sua modalidade, ou seja, se pretensão punitiva, ou se executória. Na primeira modalidade do instituto, o seu principal efeito é a extinção da punibilidade. Tendo isto como cerne, conclui-se que nenhum tipo de sanção pode ao réu ser aplicada, quer seja a pena principal ou a secundária.

Assim, por exemplo, não se pode considerar o agente reincidente em decorrência do delito tido como prescrito. Igualmente, não se aplica os efeitos extras penais dispostos nos artigos 91 e 92 do Código Penal ao agente infrator. Importante observar que a ocorrência dessa espécie de prescrição não obsta o direito de indenização do ofendido (artigo 67, II, do Código de Processo Penal). O que se impede é a execução civil da condenação, posto que a sentença condenatória não existe ou não possui validade (prescrição retroativa ou intercorrente). Diante disso, é válida a propositura da ação de conhecimento para verificação da presença dos elementos ensejadores de tal direito.

Embora existam posicionamentos diversos, a prescrição da pretensão punitiva vem a impedir a análise do mérito da acusação, ainda quando o réu pleiteia a continuidade da ação a fim de alcançar a sentença absolutória. Outrossim, a ocorrência da prescrição impede o início ou o prosseguimento da persecução criminal em juízo, trancando também eventual inquérito, bem como isentando o réu dos pagamentos de custas processuais.

A prescrição em exame impede também o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados. Nem nas hipóteses de prescrição punitiva advinda após a decisão condenatória

admite-se este lançamento, devido à consagração do princípio da inocência. Assim, a única prescrição que não obsta essa inclusão é a da pretensão executória.

Afere-se, ainda, que esta espécie de prescrição autoriza o levantamento do sequestro, da hipoteca legal e do arresto sobre os bens do acusado (artigos 131, III, e 141, ambos do Código de Processo Penal).

Quanto à prescrição da pretensão executória, por ocorrer sempre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, exclui apenas o efeito penal principal, qual seja, o cumprimento da pena aplicada, em nada eliminando os efeitos secundários da pena, bem como os extras penais. Destarte, poder-se-á executar civilmente a sentença penal condenatória, assim como a considerar reincidente o réu, ter o nome deste incluso no rol dos culpados e arcar com as custas processuais.

A Lei nº 7.209/84 findou com a imprescritibilidade ao excluir a pena acessória, que até então era a única hipótese no direito brasileiro.

Essa situação de plena prescritibilidade se deteve até o advento da Constituição Federal de 1988, que restabeleceu este instituto no artigo 5º, XLII e XLIV, que declara, respectivamente, “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei” e “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito”.

A Constituição brasileira traz em seu bojo dois crimes tidos como imprescritíveis, sendo eles: prática de racismo (artigo 5º, XLII, CF) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV, CF).

Destarte, são esses os casos legais de imprescritibilidade, sendo vedado ao legislador infraconstitucional à criação de novas hipóteses tendo em vista o princípio da intervenção mínima Estatal.

## **5 - DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA**

Hodiernamente grande parte da doutrina e jurisprudência debate a existência de mais uma modalidade de extinção do direito de punir do Estado, a qual estaria inserida na espécie prescrição da pretensão punitiva, qual seja: a prescrição antecipada, também denominada de virtual, projetada ou ainda “*in perspectiva*”, sendo esta, o tema objeto deste trabalho.

Embora seja grande e crescente o número de defensores da possibilidade de reconhecimento e aplicação da prescrição virtual no Direito Penal Brasileiro, não é menor o daqueles que a refutam, erguendo, talvez como a principal bandeira, a falta de previsão legal como impossibilidade de seu reconhecimento. Com efeito, até os dias atuais não existe uma

posição uniforme sobre esta nova causa de perda do “*ius puniendi*” Estatal, sendo certo apenas que a corrente majoritária nega a possibilidade de tal aplicação, rechaçando o novo instituto.

Assim, evidentemente que sem qualquer pretensão de esgotar as discussões sobre tema tão polêmico, movido, tão somente, pelo escopo de levar ao leitor um pouco de conhecimento sobre a matéria, posições contrárias e favoráveis, adentrando em algumas nuances que envolvem o novo e complexo instituto da extinção da punibilidade pela pena “*in perspectiva*”, para, a partir daí, tentar motivar reflexões, haja vista que sua aplicação traz mais vantagens do que desvantagens àquele que reside no pólo passivo de um processo criminal.

O conceito de prescrição em perspectiva ganha corpo diversificado entre a doutrina que se ocupa do tema. Para Carlos Gabriel Tartuce Jr., *apud* Bruno Nascimento Amorim<sup>12</sup>, prescrição em perspectiva “é a prescrição retroativa reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia, tendo por base a suposta pena em concreto que seria fixada na sentença pelo magistrado.”.

Oportuno trazer à baila que existem outros conceitos que falam no reconhecimento da prescrição em perspectiva não só antes do oferecimento da denúncia, mas já no curso do processo.

O mesmo já mencionado Bruno Nascimento Amorim ainda assevera que

No diapasão de um conceito em sentido mais amplo, tem-se o magistério de Oswaldo Palotti Jr., que a conceitua como o "reconhecimento da prescrição retroativa, tomando-se por base a pena que possível ou provavelmente seria imposta ao réu no caso de condenação."<sup>13</sup>

De ambas as definições, entendemos que a mais sensata é a estabelecida por Oswaldo Palotti Jr., pelos próprios fundamentos da prescrição em perspectiva, quais sejam: propiciar a economia de recursos materiais e humanos, auxiliar a administração da Justiça, que se encontra com um número excessivo de lides pendentes, evitar o desgaste judicial provocado pela ineficácia das decisões, etc. Portanto, ipso facto, porque não reconhecê-la também já no curso da ação penal?

Além disso, a prescrição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, é de ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição e também de ofício pelo juiz. Destarte, o

---

<sup>12</sup> Disponível no Site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=1> Acessado em: 22/08/2019;

<sup>13</sup> Idem;

reconhecimento da prescrição em perspectiva deve ocorrer não só antes do oferecimento da denúncia, mas também já no curso da ação penal.

Portanto, diante de todo o exposto, evidencia-se como conceito mais adequado ser ela “o reconhecimento da prescrição retroativa antes do início do processo ou em qualquer fase deste, desde que até a decisão de primeiro grau, tomando-se como paradigma uma pena que provavelmente seria imposta ao réu no caso de condenação”.

## **5.1 – ORIGEM DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

O instituto da prescrição em perspectiva originou-se nos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo no início dos anos noventa e desde então muitas foram as manifestações favoráveis e contrárias a ele na jurisprudência nacional. Ademais, não foram poucos os acórdãos publicados em revistas especializadas de jurisprudência e doutrina penal que enfrentaram o tema.

Todas essas manifestações, bastantes razoáveis para a produção mais intensa de decisões e manifestações doutrinárias, serviram para realçar as diversas correntes de entendimento que foram sendo firmadas, as quais trouxeram à baila uma coletânea de argumentos favoráveis e contrários ao novo instituto, gerando a formação de dois grandes blocos de entendimento. De um lado, encontramos a grande maioria dos Tribunais de nosso país, contrários ao novo instituto; de outro, pequena parte dos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário de primeira instância, além de uma minoria irrisória da jurisprudência, favoráveis a ele.

Hoje, embora o embate ainda não tenha chegado ao seu fim, sabe-se que a matéria pacificou-se no sentido de sua não aplicação, quer na melhor doutrina, quer em face da melhor jurisprudência, sobretudo nos dias atuais quando se sabe do advento da Súmula nº 438 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a qual aduz que: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. ”

Todavia, o número de juízes e promotores que se utilizam de tal tese, seja para arquivar inquérito policial, seja para trancar ação penal, é bastante grande. A exemplo desta afirmação, segundo leciona Guilherme de Sousa Nucci<sup>14</sup>:

---

<sup>14</sup> Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 8. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs548/549;

A Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo vem adotando esse posicionamento há algum tempo, quando o juiz, fundado no art. 28 do Código de Processo Penal, não acolhe o pedido de arquivamento do promotor, baseado na falta de interesse de agir, por ter sido considerada a hipótese da prescrição antecipada.

Destaque-se que o sobredito doutrinador entende não haver base legal para aplicação da prescrição antecipada. A prescrição virtual acha-se inserida na espécie prescrição da pretensão punitiva, mais precisamente no âmbito da prescrição retroativa. No tocante a prescrição retroativa, consoante se extrai do artigo 109, “*caput*”, combinado com o artigo 110, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal, o doutrinador Damásio E. de Jesus assevera que a mesma tem fundamento no “Princípio da pena justa” e:

Significa que, tendo transitado em julgado a sentença condenatória para a acusação ou improcedente o seu recurso, a pena imposta na sentença era, desde a prática do fato, a sanção adequada e justa como resposta penal ao crime cometido pelo sujeito. Daí dever reger os períodos prescricionais entre a consumação do delito e a publicação da sentença condenatória<sup>15</sup>.

A prescrição antecipada, por sua vez, criação doutrinária e jurisprudencial brasileira, consiste na possibilidade de se aplicar a prescrição retroativa antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa ou da prolação da sentença nos casos de processo em curso, ao se obter o prazo prescricional com fulcro em uma pena hipotética, ou seja, aquela que se projeta virtualmente como sanção adequada e justa a ser aplicada futuramente pelo magistrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Colacione-se ao acima exposto a sempre oportuna lição de Guilherme de Souza Nucci, o qual, sobre o assunto, aduz que “é a constatação da prescrição, antecipadamente, levando-se em conta a pena a ser *virtualmente* aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado”<sup>16</sup>.

Assim, para uma melhor compreensão, a título de raciocínio, façamos uma análise da seguinte situação: praticado um ato penalmente ilícito e tendo em vista as circunstâncias judiciais que seriam utilizadas pelo Juiz na fixação da pena base (art. 59, CP), primeiro momento na dosimetria penal, dentre elas os bons antecedentes, além das agravantes e atenuantes, bem como causas de diminuição e aumento de pena, presume-se que o indiciado receberá uma pena dentro de certo limite, de tal forma que, adequando-a ao art. 109 do

---

<sup>15</sup> Código penal anotado / Damásio E. de Jesus. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2000, pág. 346.

<sup>16</sup> Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 8. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs547/548.

Código Penal, verificar-se-á que, da prática da infração penal até momento anterior ao oferecimento da denúncia (ou desta até a prolação da sentença), terá ocorrido o decurso do prazo prescricional, desde que não incidente quaisquer das causas interruptivas ou impeditivas da prescrição (arts. 116 e 117 do CP).

Assim, tornar-se-ia imperiosa, para os adeptos da prescrição virtual, a promoção de arquivamento dos autos de inquérito policial pelo “*dominus litis*” da ação penal ou, acaso oferecida denúncia, o Juiz não poderia recebê-la (ou ainda, antes da apreciação meritória seria declarada extinta a punibilidade pela prescrição).

É assim, um exercício mental de caráter objetivo, pois, desde logo, se tem certo que, apurada a autoria e circunstâncias do fato, caso venha ser proposta a ação penal, ou, julgada procedente, a pretensão punitiva do estado estaria ao final fulminada pela prescrição.

Contudo, não obstante o acima narrado, a maioria da doutrina e os Tribunais brasileiros, mesmo crescente a aceitação do novel instituto, rejeita a aplicação dessa espécie de prescrição sob vários argumentos. Dentre os vários adeptos da corrente minoritária, destacam-se: José Lozano Júnior, Celso Delmanto, Dagoberto Romani, Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Sidio Rosa de Mesquita Júnior.

A seu turno, encontram-se entre os opositores os doutrinadores: Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Vicente Cernicchiaro, René Ariel Doti, Damásio Evangelista de Jesus e Júlio Fabbrini Mirabete.

Dentre os argumentos utilizados pela corrente minoritária com o objetivo de fundamentar a aplicação da prescrição retroativa antecipada há a economia processual e a efetividade da tutela jurisdicional, pois, além de dispendioso para o Estado, seria um desperdício temporal submeter alguém a um processo criminal que, ao final, sabe-se, ainda que procedente a acusação, restará ileso ante a prescrição.

Além do acima exposto, cabe também destacar que possível promoção de arquivamento com fundamento na prescrição retroativa antecipada não obsta, em momento algum, que o Poder Judiciário aprecie lesão ou ameaça de Direito, pois caso o magistrado não concorde com as razões do órgão ministerial, poderá este se socorrer do artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça e, em caso contrário, ou seja, havendo pronunciamento judicial no sentido de não recebimento da denúncia (ou Queixa), haverá a possibilidade de oposição do Recurso em Sentido Estrito pelo Ministério Público, utilizando-se das disposições inseridas no artigo 581, I, do já referido Código de Processo Penal.

Ademais, insta salientar ainda que há discricionariedade na dosimetria da pena, sendo esta limitada por parâmetros objetivos fixados no art. 68 e seguintes do Código Penal, pelo que se demonstra, resultando em pequena possibilidade de erro na pena hipoteticamente aplicada.

Frise-se, igualmente, havendo a certeza de que o processo penal será inútil, estaria suprimido o interesse de agir e, por conseguinte, faltaria uma das condições da ação, de sorte a ensejar a rejeição da denúncia com fundamento no artigo 395, II, do Diploma Processual Penal.

Destaque-se também que se evidencia muito mais vantajoso para alguém não obter uma sentença de mérito, que poderia ser ou não absolutória, do que se submeter aos dissabores e constrangimentos morais de um moroso processo criminal. Pois, embora não explícita na legislação brasileira, convém trazer à lume a existência de uma outra pena, qual seja: a de figurar no polo passivo de uma ação penal, ou seja, a pena de ser um réu.

Todos sabem das mazelas que recaem sobre um indivíduo que responde a um processo criminal, onde, na maioria das vezes se tratam de pessoas sem um mínimo de recursos financeiros para contratação de bons advogados para laborarem em sua defesa, não sendo rara a ocorrência de inúmeras inversões de presunções, inclusive por operadores do próprio direito, no tratamento de indiciados e acusados, quando, em verdade, deveriam ser-lhes asseguradas todas as garantias processuais de um Estado Democrático de Direito.

Decerto, a prescrição virtual ou antecipada passou a ser aceita recentemente em nosso direito. Por ora, entendida como um novo instituto, capaz de antecipar-se no tempo; trazendo ao presente situações futuras, obviamente, situações que serão acauteladas pela observação de todos os critérios já previstos em lei e de acordo com os preceitos necessários à sua análise. Sua projeção ficta no tempo, não visa descaracterizar, nem mesmo alterar o resultado fático que se alcançaria, acaso, não foi declarada neste tempo hábil. De tal modo, o tempo serve-nos tão-somente para demonstrar que o direito de punir em perspectiva se desintegra em razão do decurso do tempo, vindo o Estado a carecer de interesse de agir, onde o processamento do feito deixa de produzir o resultado esperado.

A propósito do acima exposto, noutras palavras, não produzindo efeito algum.

Nota-se que, a prescrição antecipada, trata-se na verdade de um caso de falta de interesse de agir para continuidade da ação.

Por isto, esta prescrição pode ser definida como a declaração antecipada de prescrição retroativa, trazendo a vantagem de não permitir a onerosidade dos cofres públicos, pois, nesta, todo o custo dispendioso da ação penal, que será poupado, em face do resultado previsto, que

nada mais é, senão o prognóstico de um desfecho insatisfatório, ou seja, em desacordo com a pretensão estatal punitiva.

A despeito do acima exposto, o processo criminal, como instrumento, exige resultado útil e eficaz e, não teria razão de ser, se o somatório de todas as suas fases de instrução e dispendiosa composição de seus atos, ao final, não se justificassem. Seria isto, conceber a validade existencial de um procedimento custoso sob todos os aspectos, porém, desprovido de finalidade, haja vista ser estimulado e impulsionado mesmo ante uma razão inócua, e que não fundamenta sua propositura ou desempenho. Diante do acima exposto, é oportuno trazer à baila a recente decisão proferida pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 1.0342.02.028353-3/001, a qual foi assim ementada:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - RECONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA DA TEMÁTICA. I - A prescrição antecipada, conectada à idéia do fim da pena, revela-se possível, considerando a necessidade de compreensão da justa causa na ação penal relacionada com a efetivação da finalidade de prevenção geral positiva do direito de punir. II - Aponta-se a total ausência de utilidade social de um processo criminal inócuo (sob o ângulo da concretização da pretensão punitiva estatal), ou seja, que ensejará, ao final, a declaração de um impedimento à punição de caráter jurídico-material, impondo-se a possibilidade de tal declaração já no início da persecutio criminis. III - Se a ação penal justifica-se na potencial concretização da pretensão punitiva estatal, com resguardo da isonomia, ampla defesa e contraditório aos seus protagonistas, é evidente a possibilidade de sua extinção, em qualquer momento, constatada que a punição não se efetivará face ao impedimento vindouro que se declara antecipadamente.

Por sua vez, não obstante o inigualável brilho com que se acham amparadas as razões favoráveis ao reconhecimento e aplicação da prescrição antecipada no Direito Penal pátrio, em meio aos inúmeros argumentos contrários à aceitação desta modalidade de prescrição, ressalta-se entre os mais erguidos a falta de amparo legal, posto que o art. 110, § 1º, do CP, prevê que a prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória. Não havendo lei nesse sentido, a aceitação dessa espécie de prescrição constituiria uma ofensa ao princípio da legalidade.

Acrescenta, ainda, a corrente majoritária que o réu tem direito a uma sentença de mérito, onde almeja seja reconhecida a sua absolvição. Caso contrário, haveria uma presunção de condenação, violando-se os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Ademais, para os opositores, além dos sobreditos princípios, restaria mortalmente ferido o princípio constitucional do contraditório, pois não há como o magistrado (ou o órgão do Ministério Público) prever se a sentença será condenatória e, caso assim o faça, estará prejulgando um fato do qual não se fez prova em juízo, pois, além de se prever uma sentença condenatória, deve ser prevista, também, uma pena, sanção esta hipotética, fundada em dado aleatório, não condizente com o Direito.

Como se não bastasse, ainda acrescentam que dificilmente o julgador poderá formar uma convicção própria do “*judicium causae*” envolvendo diretrizes judiciais do art. 59 do Código Penal, pois a própria apuração (ampla reconstituição fática) não se completou em razão do precário contexto probatório.

Ademais, no que diz respeito aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, erguem o argumento contrário de que só poderá haver arquivamento nas hipóteses legalmente previstas na lei.

Assim, a adoção da prescrição antecipada implicaria em interpretar os referidos dispositivos a “*contrario sensu*”. Desta forma, sendo o fato crime, e existentes todos os elementos constitutivos do delito, havendo suporte probatório mínimo e atendido os pressupostos processuais, não pode o órgão acusatório se furtar de oferecer a peça denunciatória, tampouco o Magistrado deixar de recebê-la.

Não bastassem os sobreditos pilares, insta trazer à colação que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através da Terceira Seção, aprovou a Súmula nº 438, reconhecendo ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

A matéria sumulada foi relatada pelo Eminentíssimo Ministro Felix Fischer e teve como referência os artigos 109 e 110 do Código Penal. O artigo 109 diz que “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:”. Já o artigo 110 afirma que “a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”.

No Resp n. 880.774, os ministros da Quinta Turma decidiram que, de acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto. Para eles, é imprópria a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base em pena em perspectiva.

No julgamento do RHC n. 18.569, a Sexta Turma destacou que é inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Segundo os ministros, trata-se de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (STF), por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, a ser eventualmente aplicada.

Desta forma, ao analisarem o HC n. 53.349, a Quinta Turma entendeu que a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação, conforme expressa previsão legal. Portanto, não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

A Súmula aprovada se encontra, “*in verbis*”, assim redigida na súmula 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Pelos pensamentos expostos, pode-se subsumir que os argumentos contrários ao reconhecimento da prescrição antecipada centralizam-se na assertiva de impossibilidade, tendo como fundamento dado aleatório e inseguro quanto à previsão da prescrição e na aceitação de uma condenação inexistente por parte do agente, contrariando o sistema processual penal que exige o devido processo legal.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se, portanto, que embora o rigor formalista que, às vezes, em vez de atuar a favor do bom direito, faz exatamente o contrário, devesse ser afastado, tal hipótese, lamentavelmente vem esbarrar na falta de previsão legal para aplicação do instituto da prescrição antecipada.

Pois, diante da conjuntura legal atualmente em vigor, o formalismo do processo deve ser respeitado, mesmo se evidenciando em inúmeras ocasiões que isto implique em prejuízo àquele que é a parte mais fraca na relação processual, qual seja: o réu.

Pensamos que, apesar de todos os respeitáveis argumentos favoráveis, sem uma norma legal regulamentando a aplicação da prescrição projetada, não há que se falar em sua adoção, notadamente, como já relatado, face a edição da Súmula nº 438 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo agir foi fruto de votação na Terceira Seção da mencionada Corte, que reconheceu ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

A matéria sumulada foi relatada pelo ministro Felix Fischer e teve como referência os artigos 109 e 110 do Código Penal, valendo ressaltar que este posicionamento há muito que vinha sendo aplicado naquela Corte Superior (Resp n. 880.774, RHC n. 18.569, HC n. 53.349)

O Direito Penal moderno de fato tem que se ajustar ao que realmente interessa, sobretudo no que diz respeito à tutela de bens jurídicos, contudo, faz-se necessário a existência de uma base legal para assim agir, cabendo aos legisladores nacionais solucionarem o problema disciplinando o tema por meio de norma.

### REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2015, pág. 361;

GRECO, Rogério. **Código Penal : comentado**. – Niterói, RJ: Impetus, 2018, pág. 348.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1 : parte geral (arts. 1º a 120)**. – 12. ed. de acordo com a Lei n. 11.466/2007. São Paulo : Saraiva, 2018, pág. 585.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015, pág. 346.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2018, págs 547/548.

NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. Curso de direito processual penal / E. Magalhães Noronha. – 28. ed. / atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo : Saraiva, 2002, pág. 3;

TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, pág. 40;

Disponível no Site: <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/acad15.htm>, acessado em: 06/10/2019;

Disponível no Site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781&p=1>, Acessado em: 29/10/2019.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>. Acesso em: 06/10/2019.

Disponível no site: [www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=772](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=772). Acessado em: 24/10/2019.