

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
RUY ZAIDAN AZEVEDO

**A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E A UTILIDADE DO
PROCESSO PENAL**

Juiz de Fora
2017
RUY ZAIDAN AZEVEDO

A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E A UTILIDADE DO PROCESSO PENAL

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

RUY ZAIDAN AZEVEDO

A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E A UTILIDADE DO PROCESSO PENAL

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel(a). Na área de concentração Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Prof. Dr. Cristiano Alvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017

Dedico este trabalho aos meus pais, Roberto e Gisele, pelo amor e apoio incondicionais. Aos meus irmãos, por sempre acreditarem no meu potencial. Aos meus professores, em especial, ao meu orientador Dr. Cléverson, por despertar meu apreço pelas ciências penais, e ao Dr. Carlos Ari, por todos os ensinamentos, de valor inestimável.

“A justiça inflexível é frequentemente a maior das injustiças”.

Terêncio

RESUMO

O presente artigo, fruto de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva analisar a viabilidade da prescrição em perspectiva ou virtual no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, a partir do exame dos argumentos contrários e favoráveis à aplicabilidade do instituto, verificou-se necessário o exame correto de sua natureza jurídica. Isto se deve pois, apesar da nomenclatura utilizada, a prescrição em perspectiva não traduz-se em uma causa extintiva da punibilidade, possuindo sua fundamentação jurídica na ausência do interesse de agir, condição determinante da ação penal. Assim, com a correta compreensão do instituto e sua natureza, conclui-se pelos ganhos que sua aplicabilidade trariam ao cenário da morosa Justiça brasileira, conforme o interesse-utilidade da ação penal, a ser analisado no caso concreto.

Palavras-chave: Prescrição em perspectiva. Natureza Jurídica. Condição da Ação Penal. Interesse de agir. Utilidade. Análise crítica.

ABSTRACT

This article, product of a doctrinal and case-law construction, aims to analyze the viability of prospective prescription in Brazilian legal order. For this purpose, from the examination of the pros and cons of the institutes enforceability, it was proven necessary to do the correct examination of its legal nature. This is because, despite the nomenclature used, the prescription in perspective does not translate into an extinguishing cause of punishability, having its legal basis in the absence of the interest to act, determining condition of the criminal prosecution. Thus, with the correct understanding of the institute and its nature, it is concluded by the gains that its applicability would bring to the scene of the time-consuming Brazilian Justice, according to the interest-utility of criminal action, to be analyzed in the concrete case.

Keywords: Prospective Prescription. Legal Nature. Criminal Prosecution Condition. Interest to Act. Utility. Critical analysis.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A AÇÃO PENAL E SUAS CONDIÇÕES.....	09
2.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	10
2.2 Legitimidade de parte.....	10
2.3 Interesse de agir.....	11
2.4 Justa causa.....	12
3 A PRESCRIÇÃO PENAL.....	13
3.1 Histórico, conceito e natureza jurídica.....	13
3.2 Espécies de prescrição.....	14
3.2.1 Prescrição da pretensão punitiva.....	14
3.2.2 Prescrição da pretensão executória.....	16
4 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA.....	16
4.1 Noções gerais.....	16
4.2 Natureza jurídica.....	18
4.3 Argumentos favoráveis.....	20
4.3.1 Prescrição em perspectiva e o interesse de agir.....	20
4.3.2 Prescrição em perspectiva e o constrangimento do processo penal.....	20
4.3.3 Prescrição em perspectiva como corolário dos princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo.....	21
4.4 Argumentos contrários.....	22
4.4.1 Prescrição em perspectiva e o princípio da legalidade.....	22
4.4.2 Prescrição em perspectiva e o princípio da obrigatoriedade da ação penal.....	24
4.4.3 Prescrição em perspectiva e o princípio da presunção de inocência.....	24
5 CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS.....	27

1 INTRODUÇÃO

O instituto da prescrição, que, de modo geral, pode ser entendido como a perda do direito poder-dever de punir do Estado em face do não exercício de sua pretensão dentro de um prazo previamente fixado, constitui um dos temas mais ricos e controvertidos do Direito Penal Brasileiro.

O presente artigo científico faz, então, um corte metodológico no tema, tratando da prescrição em perspectiva, também conhecida como prescrição virtual, antecipada, hipotética, projetada ou pela pena ideal.

Tal modalidade de prescrição, fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, constitui-se como uma hipótese de eliminação do interesse de agir no processo penal diante da constatação da possibilidade de decretação da prescrição da pretensão punitiva, na sua modalidade retroativa, antes da sentença ou mesmo de recebida a denúncia, com base em uma pena hipoteticamente prefixada.

Assim, o artigo tem por objetivo analisar criticamente o instituto da prescrição em perspectiva. Para tanto, preliminarmente, proceder-se-á ao exame dos elementos condicionantes da ação penal, em especial o interesse de agir, de suma importância para a aferição da viabilidade e eficiência do processo, pois, se no momento de oferecimento ou recebimento da denúncia já se vislumbrar uma futura prescrição, considerando a pena que poderia, eventualmente, ser aplicada, o processo deve ser extinto de plano, diante da ausência de utilidade e impossibilidade de obtenção de sua finalidade.

Em seguida, tratar-se-á do instituto da prescrição de forma geral e breve, detalhando suas espécies, a fim de se melhor compreender a natureza jurídica da prescrição em perspectiva, a qual será abordada sob o enfoque dos argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação nos Tribunais pátrios.

Por fim, após análise e conhecimento do instituto da prescrição em perspectiva, concebida pela doutrina e jurisprudência à revelia do legislador, que raras vezes consegue acompanhar, com a edição de normas, a dinâmica social e os avanços da prática judiciária dela oriundos, far-se-á a conclusão, com a adoção de um posicionamento ante a aplicação ou não do instituto nos Tribunais pátrios.

2 A AÇÃO PENAL E SUAS CONDIÇÕES

De acordo com as transformações da sociedade, principalmente no que se diz respeito ao acesso à justiça, o conceito de ação veio se transformando, sendo tratado hodiernamente como um direito autônomo e abstrato, independentemente do direito material pleiteado, constituindo garantia fundamental do cidadão prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.¹

Nesta perspectiva, o Estado, avocou para si o poder-dever de resolver os conflitos sociais e aplicar as punições, com o escopo de promover a pacificação social, através de sua jurisdição, realizada por meio do devido processo penal iniciado, em regra, pelo Ministério Público (Estado-autor) e encerrado pelo Poder Judiciário (Estado-juiz).

No entanto, para possibilitar a devida concretização deste direito subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva, é necessário o preenchimento de determinadas condições, a fim de se preservar a regularidade e eficiência das demandas apresentadas ao Judiciário.

Nesse contexto, com extrema clareza, lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2006):

A função das condições da ação atende ao princípio da economia processual, evitando que o processo se desenvolva, quando já se sabe, *a priori*, que provimento final não poderá ser exarado porque as partes que o pedem ou perante quem é pedido não são legítimas; ou o provimento não será necessário, útil e adequado; ou, ainda, quando for ele proibido pelo ordenamento. Trata-se de evitar, em última análise, atividades inúteis (p. 71).

Sob a ótica do princípio da economia processual, que, de acordo com o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, se revela na instrumentalidade dos atos, funcionalmente dispostos a capacitar os operadores do Direito a colher provas e concluir instruções com eficiência, verificam-se, então, os pressupostos destas condições da ação, as quais deverão ser observadas desde o início do processo, ou seja, assim que ajuizada a demanda e antes do recebimento da denúncia, visto que a ausência de qualquer desses elementos acarretará a inépcia do pedido.²

Assim, são quatro as condições necessárias ao regular exercício do direito de ação de natureza penal, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte, justa causa e interesse de agir, pelo que passa-se à análise genérica destas.

¹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

2.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido é a condição pela qual se exige que o direito material reclamado no pedido de prestação jurisdicional penal seja admitido e previsto no ordenamento jurídico positivo.

Nesse sentido, toda pretensão levada a juízo por meio de uma ação deve possuir, ao menos, a possibilidade de ser atendida, ou seja, de ser suscetível a merecer o conhecimento pelo juiz, responsável pela análise preliminar de viabilidade à luz do ordenamento jurídico, o qual a rejeitará de plano em caso de carência.

No campo da processualística penal, realiza-se um juízo mais amplo que aquele feito no processo civil, o qual só exige que não haja vedação no ordenamento, sendo necessário atender ao princípio da reserva legal, ou seja, verificar se a pretensão encontra respaldo em expressa previsão legal.

A hipótese mencionada pela doutrina envolve o ajuizamento de ação fundada em fato atípico, que não poderá receber sanção por ausência de previsão legal (princípio da legalidade). A fundamentação jurídica para tanto se encontra no artigo 5º, inciso XXXIX, da Lei Maior³ e no artigo 1º do Código Penal.⁴

As chamadas condições de procedibilidade (representação, requisição do Ministro da Justiça, etc.) também podem ser consideradas como requisitos para a possibilidade jurídica do pedido. Por exemplo, a ausência de representação da vítima impede a sentença condenatória requerida pelo Ministério Público.

2.2 Legitimidade de parte

A legitimidade de parte, também conhecida como legitimidade para agir, impõe a existência de um vínculo jurídico entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, de forma a garantir a devida proteção do direito.

Tal pertinência subjetiva deve ser observada tanto no polo ativo quanto no passivo da relação jurídica deduzida, ou seja, aquele que pleiteia em juízo deve ter legitimidade para fazê-lo, e sua pretensão deve ser oposta contra aquele que tem a obrigação de realizar o que foi pedido.

No processo penal, o legitimado ativo da ação penal pública é o Estado, detentor do direito de punir, representado pelo Ministério Público. Já na ação penal privada, a legitimação

³ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁴ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

passa ao ofendido, pois embora não seja o titular do *jus puniendi*, o legislador, por razões diversas, atribui à vítima a legitimidade de ingressar com a ação penal.

2.3 Interesse de agir

A abordagem específica desta condição da ação é de extrema importância para o estudo da prescrição virtual, conforme analisaremos ao longo deste trabalho, visto emanar desta o principal fundamento jurídico do instituto.

Segundo os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, o interesse de agir pode ser definido como “utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante”. Essa condicionante da ação se justifica pelo fato de que o Estado apenas exerce sua junção jurisdicional quando tal atuação se faz necessária.⁵

Assim, só é possível exercer o direito de ação quando há interesse nessa prestação jurisdicional, interesse que nasce, justamente, a partir da violação de um determinado direito.

Desta maneira, o interesse de agir deve ser analisado sob a ótica do trinômio explicado por Capez (2011):

Desdobra-se no trinômio: necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e à adequação à causa do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal (p. 566).

A necessidade, inerente ao processo penal, é presumida no âmbito do mesmo, tendo em vista a impossibilidade de se impor pena sem o devido processo, respeitando as garantidas fundamentais e de acordo com o brocardo latino *nulla poena sine iudicio*.

Já a adequação consiste na correção entre a providência jurisdicional e a resolução do conflito apresentado em juízo, ou seja, na escolha da via utilizada para sua prestação. No âmbito do processo penal, tal análise é de menor importância, desde que o acusador narre uma conduta descrita em um tipo penal, a qual orientará o magistrado.

Por fim, a utilidade, no âmbito da processualística penal, é o aspecto que mais repercute no que diz respeito ao interesse de agir, e conseqüentemente na análise do instituto da prescrição em perspectiva.

Tal elemento condicionante traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Assim, caso seja percebida a inutilidade da persecução penal aos

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16a ed. São Paulo : Malheiros, 2007.

fins a que se presta, ou seja, que esta não possua o mínimo de viabilidade, dir-se-á que inexistente interesse de agir.

O processo, desde sua instauração, deve mostrar-se apto à concretização de seus objetivos. Não havendo a possibilidade, assim, de um resultado útil, torna-se irrazoável insistir no seu prosseguimento, o que só provocaria maior dispêndio de tempo e recursos ao Judiciário, além de submeter o réu aos efeitos deletérios do processo penal.

2.4 Justa causa

A última, mas não menos importante, condição da ação em estudo é a que causa maior dissenso na doutrina. Incluída no ordenamento jurídico pátrio somente com o advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que trouxe alterações no Código de Processo Penal, a justa causa como condição autônoma da ação penal tinha como seu grande defensor o Professor Afrânio Silva Jardim, que assim a definiu (1999):

A estas três condições para o regular exercício do direito de ação, no processo penal, acrescente-se uma quarta: a justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. Tal lastro probatório nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal (p. 54).

Tal dissenso doutrinário encontra respaldo, sobretudo, na tese, defendida por José Frederico Marques, de que a que justa causa não se confundiria com condição da ação, mas estaria identificada com o *fumus bonni iuris*, pois “é preciso que haja a ‘fumaça do bom direito’ para que a ação penal tenha condições de viabilidade. Este *fumus bonni iuris* caracterizaria o legítimo interesse para a denúncia, havendo assim, a identificação da justa causa com o interesse de agir.”⁶

Nesta toada, independentemente de ser classificada como uma condição autônoma da ação penal ou não, a justa causa pode ser definida como o conjunto probatório apto a justificar a abertura de um processo criminal, devendo o ingresso em juízo estar lastreado com provas da materialidade e indícios de autoria daquele crime em perquirição.

Em caso de não preenchimento desta condição, conforme o disposto no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, a denúncia ou queixa-crime deverão ser rejeitadas, resguardada a possibilidade de trancamento da ação penal, em caso de não rejeição, por *habeas corpus*, de acordo com o previsto no artigo 648, inciso I, do diploma legal supracitado.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 147

3 A PRESCRIÇÃO PENAL

3.1 Histórico, conceito e natureza jurídica

Prescrição deriva do latim *praescriptio*, que tem origem no verbo *praescribere*, cujo significado é o ato de escrever antes ou no começo. A utilização da expressão surgiu no Direito Romano com o emprego da *praescriptio* na fórmula elaborada pelo pretor romano, que estabelecia uma limitação de tempo para a propositura da ação, prazo esse que, se não observado, levaria à absolvição do acusado.

Assim, inspirada nas fórmulas romanas e de acordo com as evoluções das sociedades, o instituto chegou ao ordenamento pátrio no Código de Processo Penal de 1832, na sua modalidade punitiva, enquanto a executória foi positivada somente com o advento do Código Criminal de 1930.

Desde então, o conceito de prescrição penal passou por diversas evoluções, conforme todo o ordenamento, podendo ser definida, contemporaneamente, como a perda do direito de punir, decorrente do decurso do tempo. Neste alinhavado, segundo Rogério Greco (2015):

Ao estudarmos as demais causas extintivas da punibilidade, dissemos que em algumas situações o Estado pode abrir mão do seu direito de punir e, em outras hipóteses, pode vir a perdê-lo. A prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde seu *ius puniendi*. Embora exista alguma controvérsia doutrinária, como frisamos, entendemos que com a prescrição existe a perda do direito de punir, e não a renúncia ao direito de punir por parte do Estado. O Estado pode renunciar ao seu exclusivo *ius puniendi* quando concede, por exemplo, a anistia, a graça e o indulto. Nessas hipóteses, embora podendo levar a efeito o seu direito de punir, o Estado dele abre mão, ao contrário do que ocorre com a prescrição, quando, mesmo querendo, não poderá exercê-lo. (p. 803).

Ao longo dos anos, diversas teorias jurídicas surgiram para justificar a necessidade da prescrição, podendo-se destacar a da correção, do entendimento, do interesse diminuído, da expiação moral e a psicológica. No entanto, todas estas demonstram fragilidades argumentativas se analisadas individualmente, pelo que a doutrina, em geral, ao buscar a fundamentação do instituto, acaba por associar tais teorias.

Nesse sentido, conforme o ilustre Professor Damásio de Jesus, "a prescrição, em face de nossa legislação penal, tem tríplice fundamento: 1º) o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato); 2º) a correção do condenado; e 3º) a negligência da autoridade."⁷

⁷ JESUS, Damásio E. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22

Todavia, verifica-se que, na verdade, tal dificuldade de fundamentação da prescrição não é fruto de mais um dissenso doutrinário, mas sim decorre da tentativa de se buscar fundamentos jurídicos para um instituto que é político por natureza, conforme bem leciona Girolano Penso (2002):

A inconsistência das teorias que tentam explicar a prescrição penal faz-nos concluir que ela, antes de ser pautada por razões de técnica judiciária, consiste em verdadeira construção de Política Criminal derivada de um sentimento de justiça relacionada à consciência altruísta de que o tempo, com sua ação modificadora de todos os acontecimentos, se não os cancela, enfraquece-os enormemente. (APUT, LOZANO JR., 2002, p. 23).

Em relação à natureza jurídica do instituto da prescrição, tem-se três teorias: a primeira, defende que a prescrição tem natureza processual, afirmando que prazos e ação são matérias atinentes ao processo; já a segunda, compreende o instituto como tema de direito material, pois envolve a perda de um direito, qual seja, o *ius puniendi*, que atinge apenas reflexamente a ação penal; por seu turno, a terceira, acredita ter a prescrição natureza jurídica híbrida, ou seja, pertencer tanto ao ramo processual quanto ao material, na medida em que gera consequências nas duas esferas do Direito.

Nos dias atuais, prevalece o entendimento de que a prescrição é matéria de Direito Penal, pois, como dito alhures, é causa de extinção do próprio direito de punir do Estado, sendo instituto de direito material para o ordenamento jurídico brasileiro, pelo que, assim, conta-se o dia do seu início.

3.2 Espécies de prescrição

Prosseguindo no estudo do instituto, cabe frisar que existem duas espécies de prescrição, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, as quais são definidas pelo momento em que ocorrem, através da análise da existência ou não do trânsito em julgado da sentença, conforme se detalhará a seguir.

3.2.1 Prescrição da pretensão punitiva

A partir da ocorrência e constatação de um crime, conforme já visto, surge para o Estado o direito ao *jus puniendi*, o qual deverá ser exercido dentro de um prazo razoável que envolve a prestação jurisdicional, ou seja, antes do trânsito em julgado.

A prescrição da pretensão punitiva, então, envolve este prazo para exercício do direito de constituir uma sanção penal por meio de ação, ou seja, refere-se ao transcurso de um

determinado tempo máximo, imposto ao Poder Público, para iniciar e encerrar o processo penal que decidirá sobre a culpabilidade do acusado.

Cabe destacar, conforme Rogério Greco, que “o réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e não poderá ver maculado seus antecedentes penais, ou seja, será como se não tivesse praticado a infração penal”⁸, de acordo com a mais balizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁹

Tal modalidade de prescrição pode ainda ser subdividida em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (em abstrato), superveniente (intercorrente, posterior), e retroativa.

A prescrição punitiva propriamente dita, ou em abstrato, é aquela regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade aplicável ao crime. Assim, para sua análise é necessário verificar, no caso concreto, a pena máxima prescrita no tipo penal, bem como seu correspondente prazo prescricional, previsto no rol do artigo 109 do Código Penal¹⁰.

Por sua vez, a prescrição punitiva superveniente, também chamada de intercorrente ou posterior, pode ser conceituada como a que ocorre entre a data da publicação da sentença penal condenatória e o trânsito em julgado para a acusação. A prescrição superveniente é, assim, regida pela pena aplicada, tendo como marco inicial a publicação da sentença penal condenatória.

Já a prescrição punitiva retroativa, igualmente regulada pela pena aplicada, e também com marco inicial na publicação da sentença penal condenatória, é a espécie de

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 15ª ed. Niterói Impetus, 2015.

⁹ "A incidência da prescrição da pretensão punitiva importa na rescisão da sentença condenatória, que não faz coisa julgada material, e na supressão de seus efeitos principais e acessórios, resultando, ainda, na perda do direito de ação cognitiva, pois extingue a pretensão do Estado em obter qualquer decisão a respeito do fato criminoso, não acarretando nenhuma responsabilidade para o acusado, tampouco marcando seus antecedentes ou gerando futura reincidência. Equivale, na verdade, à exata proclamação de inocência, pois são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse existido ou sido praticado o crime" (MS 6877 / DF, Mandado de Segurança 2000/0027913-7, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 25/4/2001, DJ 21/5/2001, p. 55).

¹⁰ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

prescrição que determina a recontagem dos prazos anteriores à sentença penal com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, tendo sofrido alterações relevantes com o advento da Lei Federal nº 12.234/2010.

O dispositivo legal supracitado, ao alterar a redação do §1º do artigo 110 do Código Penal, acabou por afastar a aplicação da prescrição retroativa entre a data do fato e do recebimento da denúncia ou queixa, reduzindo substancialmente a utilidade da aplicação do instituto da prescrição virtual.

Inexistindo prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, torna-se impossível impedir a instauração de processo criminal, se não houver sido consumada a prescrição em abstrato. Afinal, não se pode, de início, afirmar que a instrução não será cumprida em prazo hábil para evitar a prescrição retroativa.

3.2.2 Prescrição da pretensão executória

A prescrição da pretensão executória refere-se ao prazo de satisfação da pretensão estatal de executar a pena imposta ao acusado após todo o trâmite processual e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com a constituição do direito de punir surge o direito de executar a punição, também limitado temporalmente.

Ela deve ser regulada pela pena fixada na sentença condenatória ou acórdão, de acordo com a Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal¹¹. Começa a correr a prescrição da pretensão executória: a) do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional (artigo 112, inciso I, do Código Penal); b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (artigo 112, inciso II, do Código Penal).

4 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA

4.1 Noções gerais

A partir dos estudos realizados, observa-se que o instituto da prescrição constitui garantia do acusado de ser processado, sentenciado e eventualmente penalizado em tempo breve, nascendo ao Estado – e principalmente ao Ministério Público, enquanto titular constitucional da ação penal – o dever de zelar pela rápida e correta aplicação da pena.

¹¹ Súmula 604 do STF: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade).”.

Neste passo, não se admite que o *jus puniendi* seja deduzido por período irrazoável, dando margem à insegurança por parte do acusado, justamente quando, nesse contexto, é discutido um de seus direitos mais precioso: a liberdade. Daí dizer que os prazos de prescrição fundamentam o princípio da celeridade processual, o qual foi integrado ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal por conta da EC nº 45/2004.¹²

Dessa forma, em um movimento que se iniciou na década de 80, parte da doutrina e da jurisprudência – especialmente oriunda dos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo – primou pela concepção de uma nova espécie de prescrição, levando em conta, entre outros fatores, a própria viabilidade do processo penal, com a criação da chamada prescrição em perspectiva ou virtual.

Na Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal, realizada em 1987, Antônio Scarance Fernandes, defendeu o instituto recém-criado, questionando não fazer sentido admitir-se a persecução penal quando ela é “natimorta”, ou seja, quando patente uma futura prescrição retroativa.

Neste passo, o instituto veio ganhando cada vez mais força e adeptos, gerando uma intensa discussão quanto à sua aplicabilidade, ante, principalmente, a inexistência de sua previsão legal, como será visto a seguir.

A aplicação da prescrição em perspectiva inicia-se, então, com o vislumbre de uma possível pena ao acusado, levando em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, a inexistência de circunstâncias agravantes ou de aumento de pena.

Se, a partir de tal raciocínio, chega-se à conclusão de que, na hipótese de futura condenação, a pena a ser fixada na sentença provavelmente não distará do mínimo legal, aplica-se antecipadamente a esta possível pena mínima o prazo de prescrição correspondente, dentre os previstos nos incisos do *caput* do artigo 109 do CP.

Incumbe destacar que o advento da Lei Federal nº 12.234, restringiu o âmbito de aplicação da prescrição em perspectiva, uma vez que foi extinta a possibilidade de ser reconhecida a prescrição retroativa, contada a partir da data do fato até o recebimento da denúncia.

Nesse contexto, conforme leciona Fernando Capez, a prescrição virtual não incide mais na fase extrajudicial, o que não quer dizer, no entanto, que a prescrição virtual foi abolida,

¹² LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

pois o lapso prescricional poderá ser contado a partir do recebimento da peça inicial acusatória e a publicação da sentença condenatória, tal como sucede com a prescrição retroativa.¹³

Contudo, na medida em que aludidas modificações legais acabaram por ser desfavoráveis ao réu, a Lei n. 12.234/2010 não poderá retroagir para alcançar os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, que ocorreu em 06 de maio de 2010.

Assim, o objetivo de tal construção é claro: dotar de efetividade o processo penal, direcionando-o às situações realmente interessantes, em contraponto a sua instauração indistinta – o que, como é sabido, fatalmente contribui para o assoberbamento da carga de trabalho do poder Judiciário, que desde há muito não vem conseguindo administrar a Justiça de forma eficiente.

Outrossim, por meio da prescrição virtual a viabilidade da existência de tais processos seria mais bem analisada. Parte-se do pressuposto de que só devem tramitar aqueles feitos em que haja algum resquício de possível efetividade, ou seja, a partir dos quais é possível surgir sentenças que possam realmente ser executadas.

4.2 Natureza jurídica

A discussão acerca da natureza jurídica da prescrição em perspectiva é de extrema importância, na medida em que coexistem diferentes teses e que as principais críticas direcionadas ao instituto derivam de sua compreensão equivocada.

Inicialmente, quando surgia, o novo instituto foi concebido pela maioria da doutrina como sendo uma espécie de prescrição punitiva da espécie retroativa, sendo conhecido como “prescrição retroativa antecipada”.

No entanto, tal vinculação mostra-se equivocada, na medida em que inexistente sentença condenatória no momento do reconhecimento da prescrição em perspectiva, sendo esse um requisito obrigatório para o reconhecimento da prescrição punitiva retroativa.

Já em um segundo plano, sustentou-se a tese de que o instituto da prescrição virtual seria mais uma espécie da prescrição punitiva, estando assim ao lado das prescrições em abstrato, intercorrente e retroativa, ou seja, entendendo-a como uma causa de exclusão de punibilidade.

A sustentação desta tese, entretanto, não prosperou, ante a inexistência de previsão legal do instituto, que conforme já dito, é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, o rol das causas de extinção de

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011; p. 632.

punibilidade, previsto no artigo 107 do Código Penal, é meramente exemplificativo, mas as demais hipóteses devem estar previstas na legislação penal¹⁴, o que não se verifica no caso da prescrição virtual.

Porém, foi levando em consideração esta classificação – que não é a mais apropriada – quanto a natureza jurídica do instituto em tela, que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 438, afirmando 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”, em acordo com o posicionamento, dotado de repercussão geral, firmado à época pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁵

Por fim, para uma terceira corrente, a qual se filia, por considerar ser a de maior rigor técnico, a natureza jurídica da prescrição em perspectiva é a de carência de ação em virtude da ausência do interesse de agir. Nesse sentido, aduz Nucci (2005):

Acreditamos ser razoável dar outra solução ao problema. Ao invés de julgar extinta a punibilidade, o que não encontra previsão legal, pode o magistrado, acolhendo pedido do Ministério Público, determinar o arquivamento do inquérito policial, por falta de interesse de agir, na medida em que este se constitui, dentre outros fatores, na utilidade do processo. (p. 470).

Entretanto, alguns doutrinadores filiados a essa corrente acabam por contradizê-la ao concluírem pelo reconhecimento da extinção da punibilidade após a verificação da prescrição em perspectiva, o que, conforme já visto, esbarra na inexistência de previsão legal. Tal contradição tem repercussão prática relevante, visto que o reconhecimento da extinção da punibilidade acarreta na formação de coisa julgada material, porquanto a sua extinção por carência de ação gera a formação de coisa julgada formal.

Nesse sentido, a classificação que se mostra mais adequada para a natureza jurídica do instituto da prescrição virtual ou em perspectiva é a de carência de ação, devendo o mesmo ser analisado conforme o interesse de agir do provimento jurisdicional pleiteado.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

¹⁵ O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na análise da Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 602.527/RS, Rel. Ministro Cezar Peluso, reafirmou essa orientação, *in verbis*:
AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.

4.3 Argumentos favoráveis

4.3.1 Prescrição em perspectiva e o interesse de agir

Conforme já visto, a ação penal, para prosperar, deve preencher alguns requisitos essenciais denominados de condições da ação, entre eles o interesse de agir, orientado pelo trinômio necessidade, utilidade e adequação daquela ação.

A prescrição em perspectiva, então, está diretamente relacionada à verificação do interesse de agir, principalmente no que se refere ao aspecto do interesse-utilidade, visto que o processo deve ser capaz de realizar a pretensão punitiva estatal de forma a fazer valer seu direito de punir.

No que se refere à prescrição virtual, a ausência de utilidade é flagrante, como esclarece Rogério Greco (2009):

Qual seria a utilidade da ação penal, que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária, quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal? Seria fazer com que todos os envolvidos no processo penal trabalhassem em vão, pois que, desde o início da ação penal, já se saberia que seria impossível a formação do título executivo penal. (p. 758/759).

Pode-se dizer que, em última análise, a prescrição virtual é a ausência do interesse de agir, e hoje, com as alterações legislativas a respeito da prescrição penal retroativa, pode-se dizer sua incidência restringe-se tão somente à eventualidade de ausência do interesse de agir de maneira superveniente, ou seja, já no curso da ação penal.

Ante o exposto, o recebimento de uma denúncia, e a continuidade do processo quando verificada a prescrição virtual, só servirá para sobrecarregar desnecessariamente um Judiciário já moroso, desvirtuando o processo penal, que deixa de ser uma garantia do cidadão, passando a ser um instrumento sem qualquer finalidade útil ou apta a gerar a pacificação social.

4.3.2 Prescrição em perspectiva e o constrangimento do processo penal

De acordo com a concepção de um processo penal à luz da Constituição Federal, temos que o mesmo deve ser, sobretudo, instrumento de preservação das garantias individuais do cidadão, sendo inadmissível entender sua utilização como forma de sanção, sofrimento ou martírio.

Todo e qualquer processo ou investigação penal, por si só, já é capaz de gerar um constrangimento à pessoa que está sendo processada ou investigada. Não é por menos que

existem mecanismos a fim de se evitar ao máximo que alguém seja processado ou investigado injustamente, sendo necessário, conforme visto alhures, que haja justa causa para tanto, ou seja, indícios de materialidade e de autoria do delito, a *fumus comissi delicti*.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes (2007):

“(...) submeter alguém aos dissabores de um processo penal, tendo a certeza que será inútil, constitui constrangimento ilegal, uma vez que a mesma injustiça, decorrente da acusação posta sem que seja possível antever a condenação do réu, existe quando não há possibilidade de cumprimento da sentença condenatória por que será alcançada pela prescrição”. (p. 42)

Destarte, considerando o processo como instrumento de preservação de garantias e direitos individuais, injustificável torna-se a ideia de se levar adiante um processo sabendo-se, desde o início, que ele não produzirá um resultado apto a atingir sua finalidade.

4.3.3 Prescrição em perspectiva como corolário dos princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo

O princípio da economia processual consiste em buscar a maior efetividade da forma menos dispendiosa possível na prestação jurisdicional, ou seja, com a prática do o menor número de atos processuais possíveis, de modo a proporcionar uma resposta rápida e que não seja excessivamente onerosa aos envolvidos.

Já o princípio da instrumentalidade do processo consiste na disposição de que este não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento destinado à realização do direito material.

Conforme o Professor Aury Lopes Júnior, a instrumentalidade deve ser capaz da “realização do processo democrático”, ou seja, um processo penal que tem como fim a dignidade da pessoa humana, visando garantir que seja aplicada a pena, mas com justiça e dando a jurisdicionado todas as garantias constitucionais.¹⁶

Assim, a noção de instrumentalidade deve, por óbvio, atender a critérios de razoabilidade, ante o processo judicial ter natureza formal, o que é necessário para as garantias constitucionais. O que se busca, assim, é o combate ao formalismo, a extrema deturpação das formas, que só trazem prejuízo ao processo.

Inegável dizer que a tese acerca da prescrição em perspectiva refere-se a uma clara posição de política criminal, pelo que ao pugnar por sua aplicação, acaba-se também pugnando

¹⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, V.1 2º Tir. 4º Ed. Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2009; pag. 26 e SS.

por um novo modelo ideal de processo penal, mais atrelado à noção de economia, à racionalização de esforços e à instrumentalidade.

Dessa forma, a prescrição em perspectiva encontra-se em conformidade com a instrumentalidade do processo e com a economia processual, na medida em que, se não há mais interesse de agir processual, e mesmo assim o processo continuar seus trâmites, por mera formalidade, ele deixará de ser meio/instrumento e passará a existir para si mesmo, sendo que sua finalidade material não mais persistirá.

Nesse sentido, há manifestação jurisprudencial:

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.

(Habeas Corpus Nº 70044572113, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 08/09/2011).

4.4 Argumentos contrários

4.4.1 Prescrição em perspectiva e o princípio da legalidade

O principal argumento utilizado para não aceitar a aplicação da prescrição em perspectiva é o de que não há qualquer previsão legal no ordenamento jurídico que possibilite tal medida.

Com o objetivo de assegurar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, o princípio da legalidade, em uma amplitude mais genérica e constitucional, aduz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, de acordo com a redação trazida no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

Nesta toada, bem leciona Paulo Bonavides (1994):

“O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas e nem reconhecidas” (p. 112).

Dessa forma, foi nesta linha argumentativa que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 438, assim expressando o posicionamento jurisprudencial majoritário dos Tribunais. *In verbis*:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO - PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL - SÚMULA 438 DO STJ - RECURSO PROVIDO. A prescrição antecipada ou da pena em perspectiva resulta de criação doutrinária e jurisprudencial, não encontrando respaldo na nossa legislação penal, vez que 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 que venha a ser aplicada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal - Inteligência da Súmula 438 do STJ.
(TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0016.12.006778-6/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/10/2017, publicação da súmula em 17/10/2017).

No entanto, conforme verificou-se quando analisada a natureza jurídica do instituto da prescrição em perspectiva, tal argumento para afastar sua incidência só ganha sentido se considerar-se que o mesmo possui natureza de excludente de punibilidade, o que decorre de uma certa confusão ou desconhecimento acerca do fundamento da prescrição antecipada, que se traduz na falta de interesse de agir.

Ademais, segundo Rogério Greco, o princípio da legalidade em matéria penal possui quatro funções fundamentais: a) proibir retroatividade da lei penal; b) proibir a criação de crimes e de penas pelos costumes; c) proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas.¹⁷

Com isso, percebe-se que o princípio da legalidade é favorável ao acusado no que diz respeito a amplitude interpretativa da norma penal, sendo que a vontade do constituinte com esse princípio foi a de proteger o cidadão frente às arbitrariedades estatais e não agravar ainda mais sua situação prolongando seu ilegal constrangimento acarretado por um processo cujo fim é a iminente absolvição.

¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 15ª ed. Niterói Impetus, 2015.

4.4.2 Prescrição em perspectiva e o princípio da obrigatoriedade da ação penal

Diante do poder-dever do Estado de promover a persecução penal, o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal pública, não podendo dispor discricionariamente deste poder/dever, conforme artigo 42, do Código de Processo Penal¹⁸. Sobre tal princípio, Nestor Távora (2012) observa que:

“(...) estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal, ofertando a denúncia para que o processo seja iniciado. Não cabe ao Ministério Público juízo de conveniência ou oportunidade. Não por acaso, o art. 24 do CPP informa que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público” (p. 167).

Tal princípio, então, é utilizado como argumento contrário à prescrição em perspectiva sob o fundamento de que na hipótese de o órgão ministerial requerer sua aplicação, estaria dispondo discricionariamente da ação penal.

Anota-se, entretanto, que tal argumento possuía mais força na hipótese do requerimento de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público com base na prescrição em perspectiva, o qual não é mais possível com a nova redação do § 1º, do artigo 110, do Código Penal.

Nesse sentido, embora esteja obrigado a promover a ação penal pública, esta deverá ter presentes todas as condições da ação, de forma a ser possível a efetivação da prestação jurisdicional. O magistrado, assim, ao receber a denúncia, avaliará e decidirá se estão preenchidas tais exigências para a existência da ação, e, caso não estejam, não a receberá.

O Ministério Público não poderá desistir da ação penal pública sem nenhum motivo jurídico, entretanto, caso surja algum motivo que fundamente a disposição da pretensão punitiva não há ofensa a este princípio, nada obstando que o órgão ministerial peticione pela extinção do processo por falta de sua utilidade.

4.4.3 Prescrição em perspectiva e o princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como da não culpabilidade, está consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse sentido, aqueles que utilizam-se de tal princípio como argumento contrário à prescrição em perspectiva aduzem que o reconhecimento desta não pode ser aceito porque

¹⁸ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

pressupõe uma sentença condenatória sem o devido processo legal e priva o réu do direito de uma decisão de mérito a qual poderá provar sua inocência.

Porém, tal argumento se esvazia ante a redução da prestação jurisdicional à prolação de uma sentença de mérito. O que merece ser preservado, à luz de um processo penal constitucional e democrático é o acesso à justiça, o que não quer dizer que deverá haver uma decisão meritória no processo, pois há determinadas situações em que não há possibilidade de ser resolvido o mérito da causa por motivos diversos, como a carência da ação por falta de interesse de agir.

Assim, conclui-se que o reconhecimento da prescrição da pretensão virtual não tem a capacidade de ofender o princípio da presunção de inocência, uma vez que não ofende as garantias processuais decorrentes de tal princípio, não há qualquer declaração de culpa, mas apenas uma previsão desta, caso ela viesse a existir.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o instituto da prescrição em perspectiva, é tema de muitas discussões na doutrina e na jurisprudência pátrias, e não há como se dizer, apesar do posicionamento dos Tribunais Superiores, que a questão está pacificada.

No presente artigo, buscou-se, através da análise das condições da ação e do instituto da prescrição em si, verificar a natureza jurídica do instituto da prescrição em perspectiva, o que é fundamental para o posicionamento sobre sua aplicabilidade no ordenamento.

Nesse sentido, após a análise dos institutos e dos argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação, com a devida vênua ao entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário que entende pela não possibilidade de aplicação da prescrição penal antecipada, temos que, pelos seus fundamentos, esta deveria ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

Como principal fundamento fático para sua aplicação, temos um Judiciário inegavelmente moroso e abarrotado, que não vem conseguindo entregar a devida prestação jurisdicional, sendo necessária, assim, a busca de alternativas razoáveis a fim de gerar maior eficiência ao serviço estatal.

Além disso, diversos outros fundamentos jurídicos legitimam a aplicação do instituto da prescrição em perspectiva. É inegável, por exemplo, que para se intentar-se uma ação, direito subjetivo de se exigir do Estado uma prestação jurisdicional, necessário se faz o

preenchimento de suas condições processuais, quais sejam, a legitimidade de parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Sendo que, na ausência de qualquer uma delas, a consequência será o impedimento da prestação jurisdicional por carência da ação.

A prescrição penal em perspectiva nada mais é que, em última análise, uma hipótese de carência de ação pela falta do interesse de agir, uma vez que o processo na iminência de sua extinção sem qualquer consequência jurídica é totalmente inútil, desnecessário e inadequado à solução do litígio.

A instauração de um processo inútil, como examinado, constitui, ainda, um verdadeiro constrangimento ilegal ao acusado, além de promover o gasto excessivo de tempo e recursos em processos sabidamente fadados ao insucesso, o que vai em total desacordo aos princípios da economia processual e instrumentalidade do processo.

Ademais, em uma visão de política criminal, é possível dizer que tal otimização traria mais credibilidade à justiça brasileira, dando maior efetividade à prevenção geral negativa de crimes, desestimulando a delinquência.

Outrossim, verifica-se que a principal crítica e as próprias orientações jurisprudenciais contrárias à aplicação do instituto decorrem de uma interpretação equivocada da natureza jurídica do mesmo, tratado por estes como uma hipótese de causa de extinção de punibilidade, o que não seria possível ante sua ausência de previsão legal.

Ao se posicionarem pela impossibilidade da prescrição virtual, as Cortes Superiores adotam, deste modo, uma visão autoritária e policialesca do processo penal, perdendo de vista que este deve ser instrumento da jurisdição e, por sua vez, veículo da aplicação do direito material.

Tal posicionamento contraria, ainda, frontalmente o princípio de que a dúvida deve favorecer o agente, pois, se não há na lei certeza em contrário à tese criada, deve esta ser aceita – até porque cria mais um benefício ao acusado. Nesse sentido, na ânsia de “fazer lei onde não há”, a Corte acaba por desconsiderar um princípio basilar do sistema penal.

Destarte, tem-se que o instituto da prescrição em perspectiva, além de corroborar com a eficiência estatal na prestação jurisdicional, com o princípio da economia processual, da instrumentalidade do processo, e evitar o constrangimento do réu durante um processo penal sem objetivo útil, está em harmoniosa consonância com a Constituição Federal e com os objetivos do Estado Democrático de Direito, ao reforçar a proteção à dignidade da pessoa humana, sendo garantia do acusado frente o poder punitivo estatal.

Assim, a discussão sobre sua aplicação da prescrição em perspectiva deve perpetuar e ser novamente levada ao apreço dos Tribunais Superiores, com foco principalmente

em sua natureza jurídica de carência da ação por interesse de agir, para que tal instituto, que pode trazer enormes ganhos ao Judiciário brasileiro, tenha sua aplicação legitimada.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 604. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=604.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602.527/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28602527%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zsjv3nh>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 438. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 6877/DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000279137&dt_publicacao=21/05/2001>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70044572113. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044572113&num_processo=70044572113&codEmenta=4351010&temIntTeor=true>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0016.12.006778-6/001. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3CCAA86FC6898D44FD58B80BC317A4F9.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0016.12.0067786%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo : Malheiros, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades do Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*: 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio E. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, V.1 2º Tir. 4º Ed. Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2009.

LOZANO JR., José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012.