

Renan Augusto Baron
Eduardo Ribeiro Queiroz
Frank dos Santos Lemos
Décio Ubiratan dos Santos Pires
Simone Isabel Timm dos Santos



A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA FUNCIONALISTA

SÃO PAULO | 2026

Renan Augusto Baron
Eduardo Ribeiro Queiroz
Frank dos Santos Lemos
Décio Ubiratan dos Santos Pires
Simone Isabel Timm dos Santos



A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA FUNCIONALISTA

SÃO PAULO | 2026

1.^a edição

Autores

Renan Augusto Baron
Eduardo Ribeiro Queiroz
Frank dos Santos Lemos
Décio Ubiratan dos Santos Pires
Simone Isabel Timm dos Santos

**A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA
FUNCIONALISTA**

ISBN 978-65-6054-318-8



A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA
FUNCIONALISTA

1.^a edição

SÃO PAULO
EDITORA ARCHÉ
2026

Copyright © dos autores e das autoras.

Todos os direitos garantidos. Este é um livro publicado em acesso aberto, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições desde que sem fins comerciais e que o trabalho original seja corretamente citado. Este trabalho está licenciado com uma Licença *Creative Commons Internacional* (CC BY- NC 4.0).



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

P933

A prescrição em perspectiva sob a ótica da teoria funcionalista [livro eletrônico] / Renan Augusto Baron... [et al.]. – 1. ed. – São Paulo, SP: Editora Arché, 2026.
82 p.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN 978-65-6054-318-8

1. Direito – Brasil. 2. Processo penal. 3. Teoria funcionalista. I. Baron, Renan Augusto. II. Queiroz, Eduardo Ribeiro. III. Lemos, Frank dos Santos. IV. Pires, Décio Ubiratan dos Santos. V. Santos, Simone Isabel Timm dos.

CDD 345.04

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Revista REASE cancelada pela Editora Arché.

São Paulo- SP

Telefone: +55 55(11) 5107-0941

<https://periodicorease.pro.br>

contato@periodicorease.pro.br

1ª Edição- *Copyright* © 2026 dos autores.

Direito de edição reservado à Revista REASE.

O conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade do (s) seu(s) respectivo (s) autor (es).

As normas ortográficas, questões gramaticais, sistema de citações e referenciais bibliográficos são prerrogativas de cada autor (es).

Endereço: Av. Brigadeiro Faria de Lima n.º 1.384 — Jardim Paulistano.

CEP: 01452 002 — São Paulo — SP.

Tel.: 55(11) 5107-0941

<https://periodicorease.pro.br/rease>

contato@periodicorease.pro.br

Editora: Dra. Patrícia Ribeiro

Produção gráfica e direção de arte: Ana Cláudia Néri Bastos

Assistente de produção editorial e gráfica: Talita Tainá Pereira Batista

Projeto gráfico: Ana Cláudia Néri Bastos

Ilustrações: Ana Cláudia Néri Bastos e Talita Tainá Pereira Batista

Revisão: Ana Cláudia Néri Bastos e Talita Tainá Pereira Batista

Tratamento de imagens: Ana Cláudia Néri Bastos

EQUIPE DE EDITORES

EDITORA- CHEFE

Dra. Patrícia Ribeiro, Universidade de Coimbra- Portugal

CONSELHO EDITORIAL

Doutoranda Silvana Maria Aparecida Viana Santos- Facultad Interamericana de Ciências Sociais - FICS

Doutorando Alberto da Silva Franqueira-Facultad Interamericana de Ciencias Sociales (FICS)

Me. Ubiranilze Cunha Santos- Corporación Universitaria de Humanidades Y Ciências Sociales de Chile

Doutorando Allysson Barbosa Fernandes- Facultad Interamericana de Ciencias Sociales (FICS)

Doutor. Avaeté de Lunetta e Rodrigues Guerra- Universidad del Sol do Paraguai- PY

Me. Victorino Correia Kinhama- Instituto Superior Politécnico do Cuanza Sul-Angola

Me. Andrea Almeida Zamorano- SPSIG

Esp. Ana Cláudia N. Bastos- PUCRS

Dr. Alfredo Oliveira Neto, UERJ, RJ

PhD. Diogo Vianna, IEPA

Dr. José Fajardo- Fundação Getúlio Vargas

PhD. Jussara C. dos Santos, Universidade do Minho

Dra. María V. Albardonedo, Universidad Nacional del Comahue, Argentina

Dra. Uaiana Prates, Universidade de Lisboa, Portugal

Dr. José Benedito R. da Silva, UFSCar, SP

PhD. Pablo Guadarrama González, Universidad Central de Las Villas, Cuba

Dra. Maritza Montero, Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Sandra Moitinho, Universidade de Aveiro-Portugal

Me. Eduardo José Santos, Universidade Federal do Ceará,

Dra. Maria do Socorro Bispo, Instituto Federal do Paraná, IFPR

Cristian Melo, MEC

Dra. Bartira B. Barros, Universidade de Aveiro-Portugal

Me. Roberto S. Maciel- UFBA

Dra. Francisne de Souza, Universidade de Aveiro-Portugal

Dr. Paulo de Andrada Bittencourt – MEC

PhD. Aparecida Ribeiro, UFG

Dra. Maria de Sandes Braga, UFTM

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores se responsabilizam publicamente pelo conteúdo desta obra, garantindo que o mesmo é de autoria própria, assumindo integral responsabilidade diante de terceiros, quer de natureza moral ou patrimonial, em razão de seu conteúdo, declarando que o trabalho é original, livre de plágio acadêmico e que não infringe quaisquer direitos de propriedade intelectual de terceiros. Os autores declaram não haver qualquer interesse comercial ou irregularidade que comprometa a integridade desta obra.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Editora Arché declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art.º. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, desta forma não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *ecommerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho acadêmico dedica-se ao exame minucioso de um dos temas mais controversos do Direito Processual Penal contemporâneo: a Prescrição em Perspectiva, também identificada na doutrina como prescrição virtual, antecipada ou projetada. O núcleo da pesquisa reside na análise da viabilidade jurídica de se reconhecer a extinção da punibilidade do agente antes mesmo da prolação de uma sentença condenatória, baseando-se não na pena máxima cominada ao crime, mas sim na sanção que, hipoteticamente, seria aplicada ao caso concreto diante das circunstâncias judiciais apresentadas.

A exposição inicia-se com uma fundamentação teórica sobre o instituto da prescrição penal, compreendida como a perda do direito-dever de punir do Estado em face do decurso do tempo. O texto estabelece a distinção clássica entre a

prescrição da pretensão punitiva e a executória, situando a prescrição em perspectiva como uma construção doutrinária que desafia a dicotomia tradicional. O ponto central do debate é a tensão entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Utilidade da Jurisdição. Enquanto o primeiro veda a aplicação de institutos não positivados, o segundo questiona a racionalidade de se manter em curso uma persecução penal que, ao seu final, resultará inevitavelmente em uma sentença inócua devido à prescrição retroativa.

Ao longo do desenvolvimento, o texto confronta os robustos argumentos contrários à sua admissibilidade. Destaca-se a resistência das cortes superiores, materializada na Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que considera inadmissível a extinção da punibilidade com base em pena hipotética. Sob essa ótica, a aplicação da prescrição virtual violaria o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência, uma vez que o réu seria privado do

direito de buscar uma absolvição de mérito, sendo-lhe imposta uma decisão baseada em uma suposta culpa antecipada pelo magistrado. Além disso, aponta-se o risco processual da *mutatio libelli*, onde novas provas poderiam alterar a capitulação do delito para tipos mais graves, frustrando o cálculo prescricional prévio.

Em contrapartida, o estudo sustenta a tese favorável à sua aplicação com base na falta de interesse de agir do Estado. Argumenta-se que, quando resta evidente que o provimento condenatório final será inútil, o processo perde sua razão de ser, transformando-se em um fardo desnecessário para o acusado e em um gasto irracional de recursos públicos para o Poder Judiciário. O texto utiliza como suporte jurisprudencial decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que, apesar da proibição sumulada, aplicam o instituto sob o fundamento do interesse-utilidade, buscando evitar a movimentação de uma máquina judiciária já sobrecarregada

por demandas fadadas ao fracasso.

A pesquisa atinge seu ápice ao introduzir a Teoria Funcionalista de Claus Roxin. Através desta lente, o Direito Penal é visto como um instrumento de política criminal destinado à proteção de bens jurídicos e à prevenção de delitos. No pensamento roxiniano, a pena só se justifica quando socialmente necessária. Portanto, se o decurso do tempo já diluiu a necessidade preventiva da sanção, a manutenção do processo penal torna-se disfuncional. O estudo conclui que a Prescrição em Perspectiva, embora careça de previsão legal expressa, encontra legitimidade ética e técnica ao alinhar o processo penal aos anseios de uma justiça mais célere, eficaz e respeitosa à dignidade da pessoa humana, evitando que o réu seja submetido ao "processo pelo processo".

RESUMO

O presente estudo investiga a admissibilidade da Prescrição em Perspectiva no Direito Processual Penal brasileiro, analisando o confronto entre a ausência de previsão legal e a economia processual. O instituto, também denominado prescrição virtual ou antecipada, fundamenta-se na projeção da pena a ser aplicada ao réu para constatar a falta de interesse de agir do Estado. A pesquisa explora os argumentos contrários, como a violação aos princípios da legalidade e da presunção de inocência (Súmula 438 do STJ), e os argumentos favoráveis, baseados na utilidade da jurisdição e na dignidade da pessoa humana. Por fim, analisa-se o tema sob a ótica da Teoria Funcionalista de Claus Roxin, verificando a necessidade preventiva e a finalidade valorativa da pena em processos destinados à inevitável extinção da punibilidade.

Palavras-chave: Prescrição em Perspectiva. Falta de Interesse de agir. Teoria Funcionalista. Claus Roxin. Processo Penal.

ABSTRACT

This study investigates the admissibility of "Prescription in Perspective" (anticipatory prescription) within Brazilian Criminal Procedural Law, analyzing the conflict between the lack of legal provision and procedural economy. This legal institute, also known as virtual or hypothetical prescription, is based on the projection of the sentence likely to be applied to the defendant to establish the State's lack of interest in taking action. The research explores opposing arguments, such as the violation of the principles of legality and the presumption of innocence (STJ Precedent 438), and favorable arguments based on the utility of jurisdiction and human dignity. Finally, the theme is analyzed through Claus Roxin's Functionalist Theory, verifying the preventive necessity and the evaluative purpose of the penalty in proceedings destined for the inevitable extinction of punishability.

Keywords: Prescription in Perspective. Lack of Interest in Acting. Functionalist Theory. Claus Roxin. Criminal Procedure.

RESUMEN

El presente estudio investiga la admisibilidad de la "Prescripción en Perspectiva" en el Derecho Procesal Penal brasileño, analizando la confrontación entre la ausencia de previsión legal y la economía procesal. El instituto, también denominado prescripción virtual o anticipada, se fundamenta en la proyección de la pena a ser aplicada al acusado para constatar la falta de interés de actuar por parte del Estado. La investigación explora los argumentos contrarios, como la violación de los principios de legalidad y presunción de inocencia (Sumario 438 del STJ), y los argumentos favorables, basados en la utilidad de la jurisdicción y la dignidad de la persona humana. Finalmente, se analiza el tema bajo la óptica de la Teoría Funcionalista de Claus Roxin, verificando la necesidad preventiva y la finalidad valorativa de la pena en procesos destinados a la inevitable extinción de la punibilidad.

Palabras clave: Prescripción en Perspectiva. Falta de Interés de Actuar. Teoría Funcionalista. Claus Roxin. Proceso Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO 01	24
CAPÍTULO 02	29
A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA	
CAPÍTULO 03	33
ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADMISSIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA	
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	73
ÍNDICE REMISSIVO	77

INTRODUÇÃO

O fenômeno jurídico da prescrição representa, em última análise, a autolimitação do poder soberano do Estado em face da inexorabilidade do tempo. No Direito Penal, esse instituto opera como uma garantia fundamental, impedindo que a pretensão punitiva se torne uma espada de Dâmocles perenemente suspensa sobre a cabeça do indivíduo, garantindo que a persecução penal ocorra dentro de marcos temporais razoáveis. Todavia, a complexidade do sistema processual contemporâneo e a frequente morosidade do aparato judiciário têm provocado o surgimento de construções doutrinárias que buscam mitigar a ineficiência estatal e evitar a tramitação de feitos inócuos. É nesse cenário de tensão que se situa o debate acerca da Prescrição em Perspectiva também denominada prescrição virtual, antecipada ou projetada, tema central deste estudo.

Diferente das modalidades prescricionais expressamente positivadas no Código Penal Brasileiro, que se pautam ou no máximo da pena cominada em abstrato ou na pena concretizada em sentença, a prescrição em perspectiva fundamenta-se em um exercício de prognose.

Trata-se da antecipação do reconhecimento da extinção da punibilidade através da projeção da pena que, muito provavelmente, seria aplicada ao réu caso o processo atingisse seu estágio final. O fulcro dessa tese repousa no binômio necessidade-utilidade: se, diante das circunstâncias judiciais e das características do caso concreto, resta evidente que uma eventual condenação fixará uma sanção já fulminada pelo tempo, a continuidade do processo penal revela-se uma violação ao princípio da economia processual e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana.

A controvérsia, contudo, é profunda e multifacetada. A corrente majoritária, amplamente respaldada pela jurisprudência das cortes superiores e consolidada na Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), rejeita categoricamente o instituto sob o argumento da estrita legalidade. Alega-se que a ausência de previsão normativa impede o magistrado de realizar um prejulgamento sobre a pena, o que configuraria uma afronta ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência. Argumenta-se, ainda, que o réu possui o direito subjetivo à busca por uma sentença de absolvição, e que o encerramento prematuro do feito baseado em uma "culpa hipotética" privaria a defesa de demonstrar a inocência plena do acusado.

Por outro lado, vozes expressivas na doutrina e decisões inovadoras em tribunais estaduais, com destaque para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sustentam que o Direito Processual Penal não pode ser um fim em si mesmo. Sob o prisma do interesse de agir, argumenta-se que a jurisdição deve ser útil. Movimentar magistrados, promotores, servidores e aparato policial para um desfecho que já se sabe natimorto é um contrassenso lógico e jurídico. O processo penal, por ser um instrumento de estigmatização, não deve perdurar além do estritamente necessário para a realização da justiça.

Para aprofundar essa análise, este trabalho recorre à Teoria Funcionalista de Claus Roxin, que propõe uma releitura do Direito Penal à luz de sua finalidade político-criminal. Para o funcionalismo, a pena não possui um valor metafísico, mas sim uma função social preventiva. Se a necessidade da pena desaparece pelo decurso do tempo, a manutenção da persecução penal perde sua base legitimadora. Assim, a presente investigação pretende desvelar se a Prescrição em Perspectiva, apesar de sua carência de positividade, pode ser compreendida como uma resposta ética e eficiente a um sistema judiciário que clama por racionalidade, confrontando a rigidez do

formalismo legal com a imperiosa necessidade de um processo penal orientado por resultados concretos e humanos.



**A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA
FUNCIONALISTA**



**PRESCRIPTION IN PERSPECTIVE FROM THE VIEWPOINT
OF FUNCTIONALIST THEORY**



**LA PRESCRIPCIÓN EN PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA
FUNCIONALISTA**

CAPÍTULO 01

Frisa-se que há decisões que admitem a Prescrição em Perspectiva, a qual é calculada a partir de uma possível pena a ser aplicada ao acusado, sob o argumento de que faltaria interesse de agir por parte do Estado nesses feitos. Entretanto, há total ausência de previsão legal para a incidência dessa prescrição, violando diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais. Com base nestas análises, verifica-se o confronto da insegurança jurídica causada por decisões não previstas em lei, frente à situação de toda uma movimentação do Poder Judiciário, sem que se atinja um objetivo desejado pela sociedade.

Dessa forma, primeiramente será trazido um conceito acerca da prescrição penal e suas espécies de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Posteriormente será analisado, com ênfase, os pontos favoráveis e contrários ao reconhecimento da prescrição em perspectiva, analisando, por fim, a teoria funcionalista de Claus Roxin acerca do tema. Será

utilizado para tanto, referências bibliográficas para retratar o aludido instituto penal. Palavras-chave: prescrição em perspectiva - ausência de previsão legal - interesse de agir - teoria funcionalista. INTRODUÇÃO

O 2 O presente trabalho pretende investigar o instituto da Prescrição em Perspectiva, no direito processual penal brasileiro, analisando, ao final, a Teoria Funcionalista de Claus Roxin. Para isso, far-se-á um estudo na literatura doutrinária.

A Prescrição em Perspectiva é a ocorrência da prescrição, antecipadamente calculada, a partir de uma suposta pena a ser virtualmente aplicada ao réu. Assim, é uma modalidade não prevista no ordenamento jurídico, a qual vem apresentando fortalecimento em uma corrente de doutrinadores favoráveis a sua aplicação. Em razão disso, surge a necessidade de analisar se a admissibilidade da Prescrição em Perspectiva está em consonância com o ordenamento jurídico ao reconhecer a falta de interesse de agir do Estado, em um processo que, desde o seu início, o poder público não teria mais o direito de punir. Assim, é questionado se, ao reconhecer a Prescrição em Perspectiva, não estaria violando garantias constitucionais do acusado, levando se

em consideração a ausência de previsão legal, constituindo-se em um prejulgamento do magistrado, causando insegurança jurídica.

Ademais, é questionado ainda se a admissibilidade e consequente aplicação da Prescrição em Perspectiva no direito processual brasileiro atende a uma finalidade valorativa da pena. O objetivo geral desta pesquisa é analisar a admissibilidade da Prescrição em Perspectiva, sob a égide do Direito Processual Penal, nas principais discussões doutrinárias acerca do tema, com ênfase na Teoria Funcionalista de Claus Roxin. Primeiramente será tratado, muito rapidamente, sobre as espécies de prescrição penal, para após pesquisar e esclarecer acerca dos argumentos doutrinários (des)favoráveis ao instituto da Prescrição em Perspectiva, verificando se este infringe princípios constitucionais do acusado e, por fim, especificamente no tema objeto deste estudo, estudar o posicionamento de Claus Roxin, para verificar se determinado instituto em comento atende a uma finalidade valorativa da pena, em especial à necessidade preventiva.

Para demonstrar o acima proposto constata-se que a pesquisa realizada é de natureza teórica, utilizando referências bibliográficas,

com fins de elaborar um modelo teórico para analisar os pontos favoráveis e contrários da Prescrição em Perspectiva, bem como demonstrar que o aparato legal não se aplica na prática. 3 O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, tendo em vista que partiu de argumentos gerais para específicos. No tocante ao método de procedimento, levando-se em consideração que será promovido o confronto dos elementos pesquisados, e seus atributos, o método de procedimento para a pesquisa é o comparativo.

Para a elaboração do presente trabalho, procedeu-se pesquisa bibliográfica sobre o tema, em materiais doutrinários, artigos científicos e legislações. Dessa maneira, buscou-se analisar se há insegurança jurídica em decisões não previstas em lei, como no caso da aplicação da prescrição em perspectiva, em contrapartida à movimentação desnecessária do poder judiciário.

CAPÍTULO 02

A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA

O Estado possui o poder de punir o agente que cometer algum ilícito penal. Entretanto, deverá agir em algum tempo determinado em lei. Verifica-se, em síntese, o surgimento da prescrição como sendo a “perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse em executá-la) durante certo tempo” (LEAL, 2004, p.592/593), por não exercer o seu direito durante um período razoável. A prescrição é, em outras palavras, a perda do direito do Estado de punir o agente que praticou o fato delituoso, através do escoamento do tempo, pelo seu não exercício, dentro dos prazos estabelecidos.

Dessa forma, a prescrição se divide em prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. A

prescrição da pretensão punitiva será analisada de acordo com o máximo da pena cominada ao tipo penal, consoante estabelece o artigo 109 do Código Penal, uma vez que “[...] o Estado, por não saber qual a pena „justa“ a ser aplicada ao réu, optou, ante a incerteza, por tomar como referência o máximo da pena aplicável j espacie” (QUEIROZ, 2011, p.24).

A prescrição da pretensão executória será apreciada conforme a pena aplicada ao acusado em sentença, pois “já se sabendo qual a pena „justa“, cujo quantum não é mais modificável, não faria sentido insistir em regular a prescrição com base no máximo da pena cominada” (QUEIROZ, 2011, p.24).

Assim, tem-se uma prescrição ajustada para cada acusado. 4 Há ainda a incidência de outra modalidade de prescrição da pretensão punitiva, conhecida em geral como Prescrição em Perspectiva, também chamada de prescrição antecipada, virtual ou hipotética, a qual, no entanto, não encontra respaldo legal. Segundo

Nucci, a “prescrição antecipada ou virtual é a constatação da prescrição, antecipadamente, levando-se em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao rpu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado” (NUCCI, 2010, p.569). Desse modo, faz-se necessário estudar, detalhada e doutrinariamente, os argumentos contrários e favoráveis acerca do instituto da Prescrição em Perspectiva.

CAPÍTULO 03

ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADMISSIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA

O primeiro argumento contrário à admissibilidade da Prescrição em Perspectiva baseia-se na falta de previsão legal, violando, em sentido amplo, o princípio da legalidade por ausência de amparo legal. Argumenta-se assim que, não havendo previsão para a prescrição calculada a partir de uma apuração de provável pena, sem que exista uma sentença condenatória, não há que se falar em aplicação da Prescrição em Perspectiva, havendo a violação ao princípio da legalidade.

Fayet Júnior (2011) demonstra que com o advento da Lei nº 12.234/2010, a qual trouxe alterações acerca da prescrição penal e impossibilitou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa em data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, foi razão pela inaplicabilidade da prescrição antecipada ou

projetada nesse período.

O legislador optou por extinguir essa modalidade de prescrição utilizada por encontrar bastante resistência nos tribunais superiores. Como se não bastasse, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 438, tornando inadmissível a extinção da punibilidade com base na prescrição em perspectiva.

É notória, pois, a ausência de previsão legal para o seu reconhecimento, bem como existe, inclusive, súmula refutando a sua aplicação. 5 Nesse diapasão, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE REFORMADA. PRELIMINAR CONTRA-RECURSAL DA DEFESA DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. APELAÇÃO CONHECIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. (...)PRESCRIÇÃO DA

PENA PROJETADA. INVIABILIDADE, POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 438 DO STJ. Está sedimentado que a prescrição antecipada, ou projetada, ou em perspectiva, se revela instituto jurídico não amparado no ordenamento jurídico nacional, sendo que sua aplicação afronta o princípio da reserva legal, por se tratar de criação de espécie de extinção da punibilidade pela prescrição, considerando a pena a ser aplicada no futuro.

Também não escapa a existência de previsão legal expressa acerca do prazo prescricional, antes da sentença condenatória, previsto no artigo 109 do Código Penal, que é regulado pela pena máxima cominada em abstrato para o delito, e não por uma futura e eventual aplicação de pena, de forma que não se pode extinguir a punibilidade por hipotética condenação, nem com a presunção de eventual pena ideal para a hipótese. Súmula 438 do STJ no sentido de que não é possível prescrição, neste caso. PREFACIAL CONTRA-RECURSAL REJEITADA. RECURSO MINISTERIAL

PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70056841851, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 19/03/2014)”.

Do segundo argumento denota-se a afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório. Paulo Rangel ao mencionar acerca do princípio do devido processo legal, afirma que “a tramitação regular e legal de um processo p a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei” (RANGEL, 2010, p.4).

Desse modo, entende-se que o princípio do devido processo legal garante a todo cidadão um andamento processual que atenda todas as fases previstas legalmente, não admitindo nenhuma interpretação ou aplicação de norma não existente, a qual violaria tal princípio constitucional. Em relação ao princípio da presunção

de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, vislumbra-se que somente após o trânsito em julgado de uma decisão, ou seja, quando não caiba mais recurso tendo a decisão caráter definitivo, é que poderá ser entendido que a sentença ou acórdão não violou o 6º princípio da presunção de inocência, sabendo-se, nesse momento, se o acusado é ou não inocente, o que não seria o caso na extinção de punibilidade pela incidência da Prescrição em Perspectiva.

Nas palavras de Bitencourt, explica-se o não reconhecimento da Prescrição em Perspectiva: Finalmente, não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base em pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde esperava ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em uma hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa,

violando o princípio constitucional da presunção de inocência (BITENCOURT, 2008, p.881).

O reconhecimento da Prescrição em Perspectiva violaria, outrossim, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Do princípio do contraditório depreende-se a necessidade de bilateralidade de partes, em que ambas devem possuir ciência e participação no feito, bem como o direito de produzir toda prova capaz de demonstrar a sua inocência e de se manifestar acerca de toda decisão dada, sob pena de grave violação ao princípio constitucional.

A incidência da Prescrição em Perspectiva violaria também o princípio constitucional da ampla defesa, tendo em vista que não seria permitida ao réu a produção amplamente probatória à sua defesa a fim de que este possa evitar eventual condenação posterior, podendo ser declarado inocente. O princípio da ampla defesa

assegura ao acusado a completa defesa nos autos do processo, a fim de que permita proceder a sua defesa em face das alegações realizadas pelo órgão acusatório, conforme Capez: Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar.

Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa 7 exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra [...](CAPEZ, 2010, p.64). Nesse sentido, corroborando que a admissibilidade da prescrição em perspectiva não está prevista em lei, bem como contraria princípios supramencionados, colaciona-se outro julgado do

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca do tema: “APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA PELA PENA EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. Conduta descrita na denúncia compatível com a figura penal preconizada no art. 155, § 4º, IV do CP.

Presença inequívoca da materialidade e fortes indícios de autoria. Não contemplando o ordenamento jurídico vigente a prescrição antecipada pela pena em perspectiva, não se pode reconhecê-la. A prescrição retroativa pela pena concretizada na sentença pressupõe a efetiva existência de sentença condenatória, que vai conferir ao réu o status de condenado, com a aplicação da pena correspondente, e o trânsito em julgado daquela para a acusação.

Fora destes critérios legais, não se pode admitir a ocorrência de prescrição, especialmente quando tem em conta ato jurídico

inexistente, futuro e totalmente imprevisível. Entendimento contrário afronta os princípios constitucionais do due process of law, porque aborta prematuramente o regular processamento do feito, impedindo o esgotamento das etapas processuais previstas em lei, que vão sustentar o édito condenatório; da ampla defesa e da presunção da inocência, de vez que o acusado tem, efetivamente, o direito ao decreto absolutório, com a proclamação de sua inocência, após o percurso processual devido, com ampla possibilidade de produção de possibilidade provas. de Por insurgir-se outro contra lado, retira-se do Parquet a a pena aplicada na sentença. Precedentes do E. STF, do STJ e desta Corte. Súmula nº 438 do E. STJ. Hipótese na qual a magistrada a quo, com base na pena projetada, rejeitou a denúncia. Decisão desconstituída. Denúncia recebida. APELO PROVIDO. DESCONSTITUÍDA A DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO PROJETADA. DENÚNCIA DO RÉU, RECEBIDA.

(Apelação Crime Nº 70046440335, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 11/04/2012)”.

De outra banda, alega-se, ainda, uma violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, princípio esse, de cunho processual penal, o qual vincula a autoridade policial a remeter o inquérito policial, o termo circunstanciado ou peças de informação ao Ministério Público, mesmo quando não há materialidade delitiva ou indícios de autoria do crime perpetrado, não podendo arquivar os feitos. 8 De acordo com Denilson Feitoza, em seguida o magistrado, somente rejeitará a denúncia ou queixa “[...] quando não houver condições para o exercício da ação penal ou pressupostos processuais” (FEITOZA, 2009, p.222).

A aplicação da Prescrição em Perspectiva violaria ainda outro princípio processual penal, o princípio da individualização da pena, sendo considerado que, somente após um devido processo

legal e observadas todas as circunstâncias fáticas do caso concreto, chegaria a uma pena justa ao indivíduo.

Quer dizer que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido (NUCCI, 2010, p.46).

Haveria uma análise muito superficial do caso concreto, inclusive das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, uma vez que a apuração não se completou em virtude do precário contexto probatório. O último e mais plausível argumento para o não reconhecimento da Prescrição em Perspectiva é a possibilidade de ocorrer a *mutatio libe lli*.

A *mutatio libelli* está prevista no art. 384 do Código de

Processo Penal, ocorrendo ao final da instrução probatória do feito, ou seja, quando já houve toda produção probatória e o juiz, ao invés de abrir prazo às partes para a apresentação de memoriais, verificando o caso concreto, após detalhada análise de que todas as provas produzidas trazem nova capitulação ao feito, deverá remeter os autos ao Ministério Público para que este possa proceder ao aditamento da denúncia, no qual será relatado os fatos novos trazidos durante a fase probatória, dando nova capitulação à exordial acusatória.

Segundo Capez: Se no processo penal a acusação consiste nos fatos narrados pela denúncia ou queixa, quando se fala em mudança (*mutatio*) na acusação (*libelli*) está-se falando, necessariamente, em modificação da descrição fática constante da inaugural. Aqui não ocorre simples emenda na acusação, mediante correção na tipificação legal, mas verdadeira mudança, com alteração da narrativa acusatória. Assim, a *mutatio libelli* implica o

surgimento de uma prova nova, desconhecida ao tempo do oferecimento da ação penal, levando a uma readequação dos episódios delituosos relatados na denúncia ou queixa (CAPEZ, 2010, p.516). Impõe-se que, diante da nova descrição fática surgirá outra tipificação, a qual, muito provavelmente conterà em seu tipo penal pena cominada diversa do delito anteriormente descrito, o que acarretará novo cálculo da prescrição.

Assim, a pena calculada não será efetivamente aplicada em razão de crime mais grave ou com pena maior que a prevista, restando duvidosa a aplicação da Prescrição em Perspectiva, vez que no decorrer do processo poderiam ser produzidas novas provas que modificariam o prazo prescricional e conseqüentemente não haveria o reconhecimento da Prescrição em Perspectiva.

1.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À ADMISSIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA Um dos argumentos desfavoráveis à adoção da prescrição em perspectiva, comumente

invocado, relaciona-se à ausência de previsão legal dessa modalidade de extinção da pretensão punitiva. Ao contrário do que se pensa, há inúmeros dispositivos legais vigentes a amparar o desinteresse do Estado no exercício do jus puniendi manifestamente inútil.

O art. 395, I e II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela reforma procedida pela Lei nº 11.719/2008, prevê que o juiz rejeitará a denúncia ou queixa quando for inepta ou faltar pressuposto processual ou condição da ação. Em semelhante sentido, o art. 397, inciso IV, permite a absolvição sumária do acusado em caso de extinção da punibilidade do agente. Trata-se de regras processuais que, se bem interpretadas, visam a evitar a deflagração de processos inúteis ou desnecessários.

É imprescindível a análise de uma série de fatores, incluindo os pressupostos processuais, bem como as condições da ação, podendo ser reconhecida a Prescrição em Perspectiva quando

verificar-se, desde logo, a falta de elemento necessário para o ajuizamento ou prosseguimento da ação penal, não encontrando respaldo suficiente a simples alegação de ausência de previsão legal. A criação de súmula ou qualquer outro dispositivo legal que contrarie fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, não deverá ser aplicado, 10 mesmo que esteja previsto legalmente. Este é o entendimento de Fábio Guedes de Paula Machado: Nesse sentido, havendo a criação de Súmula que se mostre contrária ao Estado Democrático de Direito, no sentido de possibilitar a ampliação do jus puniendi ou limitar os direitos do cidadão, vê-se o magistrado com a missão de desatendê-la, ainda que a mesma tenha o significado de ser regra.

E como regra, poderá ser ou não cumprida. Se a regra é válida, e se suas determinações estão de ressonância com o texto constitucional, ela deve ser cumprida. Em caso contrário, não. Logo, se o Juiz tem o poder dever de efetuar controle de

constitucionalidade sobre a Lei, que é fonte imediata do Direito, com mais razão deve descumprir a Súmula que possuir vício, até porque, se formalmente ela se mostra como a própria jurisprudência, fonte mediata do Direito, falta-lhe o conteúdo material que a legitimaria a tal (MACHADO, 2011a, p.43).

A alegação da criação da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça não merecer prosperar, pois o não reconhecimento da Prescrição em Perspectiva estaria atingindo injustamente o réu de forma que sofresse desnecessariamente com um processo fracassado, atingindo o seu íntimo e violando a sua dignidade, sob uma visão individual e de toda a sociedade, devendo a Súmula ser refutada, pois lhe faltaria constitucionalidade e eficácia. Quanto ao alegado argumento de que a aplicação da Prescrição em Perspectiva infringiria os princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, também não merece maior crédito. Ao verificar a ocorrência da

Prescrição em Perspectiva, desde logo, seria arquivado o feito, após manifestação do Ministério Público e acolhimento do Juiz.

Muito embora tal modalidade de prescrição é calculada hipoteticamente em uma eventual sentença condenatória, os seus efeitos seriam os mesmos projetados em uma sentença absolutória, pois o acusado estaria, de toda forma, livre da acusação que pesa contra si. Segundo Fayet Júnior: Veja-se que tal argumento não pode ser considerado a ponto de impedir o reconhecimento da prescrição antecipada. Não há condenação de fato, o que há é uma projeção de possível pena a ser aplicada. Jamais a sentença, hipoteticamente idealizada, produzirá algum efeito em desfavor do réu.

Pelo contrário, apenas possibilitará a extinção do feito pela prescrição virtual. Acreditamos, que se questionados os réus sobre a possibilidade de verem-se livres de um processo pela prescrição antecipada, cujos efeitos são 11 idênticos aos da absolvição, com

certeza concordariam prontamente com essa solução (FAYET JÚNIOR, 2007, p.176). No tocante à alegação da violação ao princípio da individualização da pena, argumenta-se a incerteza quanto à futura pena a ser aplicada.

Nesse caso, a insurgência baseia-se na impossibilidade de se saber, por antecipação, a quantidade de sanção que recairá sobre a pessoa acusada, por óbvio na hipótese de condenação. Entretanto, conforme Medeiros [...] há casos em que de antemão já nos deparamos com pontuais situações em que é certa a inocuidade do prosseguimento da Persecução Penal porque mesmo no caso de uma condenação, pela pena em concreto a ser aplicada (analisando-se a trifásica aplicação da pena, com sua fundamentação para retirar na pena mínima a pena-base, com aplicação de causas especiais de diminuição e aumento de pena, assim como agravantes e atenuantes, e eventual substituição por multas ou restritivas de direito), já teria ocorrido a prescrição (MEDEIROS, 2012).

Por fim, um dos mais importante e forte argumento que os adeptos ao não reconhecimento da Prescrição em Perspectiva alegam é possibilidade da ocorrência da *mutatio libelli*, a qual deve ser refutada ainda, uma vez que não poderá ser completamente inadmissível a viabilidade da Prescrição em Perspectiva somente pela possibilidade da *mutatio libelli*, pois como já visto, quando houver dúvida no feito não incidirá, de forma alguma, a aplicação da prescrição antecipada.

De todos os fundamentos contrários ao reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva, acreditamos que o único que poderia ser plausível seria o último por nós apontado: *mutatio libelli*. Entretanto, entendemos não ser o mesmo forte o suficiente para o não reconhecimento da prescrição antecipada (...). A carência de ação, conforme anteriormente afirmado, enseja julgamento do processo sem análise do mérito, ou seja, com sentença que não resolve a lide. Tal decisão é desprovida dos efeitos da coisa julgada

material. Assim, a ação poderá ser novamente proposta desde que o direito à mesma permaneça íntegro e se mostre exercitável (...). Assim, se reconhecida a prescrição antecipada, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir e, posteriormente, surgindo novas provas que importem em desclassificação ou nova definição do fato anteriormente imputado para crime mais grave, cuja pena abstrata altere o prazo prescricional anteriormente analisado, a ação penal poderá ser novamente proposta, uma vez que sanado o vício da falta de interesse de agir (NAPOLITANO, 2012). 12 Já para Paulo Rangel (2010), sequer seria necessária a aplicação da analogia, pois “as condições para o regular exercício do direito de agir estão intimamente ligadas ao caso penal deduzido em juízo pelo autor, independentemente de haver ou não o direito que alega” (RANGEL, 2010, p.278). Assim, as condições genéricas imprescindíveis para todas as ações estariam intrinsecamente

relacionadas para o exercício ou prosseguimento da ação penal. A principal razão para o acolhimento da Prescrição em Perspectiva está justamente baseada na falta de interesse de agir do Estado, quando este verificar, desde, logo, que o feito está fadado ao fracasso.

Dessa forma, segundo Oliveira, verifica-se que [...] desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo.

É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade (OLIVEIRA, 2009, p.96). Assim, quando se vislumbrar escancaradamente, desde o início, que no momento da

prolação de sentença condenatória incidirá eventual prescrição in abstrato, porque não analisar o caso concreto, e, se possível, aplicar a Prescrição em Perspectiva. Corroborando tal linha de pensamento: [...] o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir, na ação penal condenatória, quando se verifique que o provimento condenatório seria inútil, porque não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir) (GRINOVER, 2006, p.73).

Dessa forma, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, muito embora não está admitindo a possibilidade do reconhecido do aludido instituto, vem aplicando, em alguns casos, a prescrição em perspectiva, alegando justamente a falta de interesse de agir do Estado em processos que, ao final, não se vislumbrará nenhum efeito prático, conforme se depreende dos

julgados abaixo: 13 “APELAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. Se a acusação obtivesse a condenação, a pena não chegaria sequer em dois anos de reclusão.

Tendo transcorrido mais de cinco anos desde o fato até a presente data, estará, ao final, extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. É inegável, no caso dos autos, mesmo sem se declarar a prescrição em perspectiva, a falta de interesse de agir por parte do órgão estatal, pois o final da demanda é previsível e inútil aos fins propostos. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70051706752, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 05/06/2014)”. “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO TENTADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA UTILIDADE

DA JURISDIÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Se a acusada fosse condenada, a pena certamente não ultrapassaria um ano de reclusão, considerando que maioria das circunstâncias judiciais é favorável à acusada. Essa pena estaria prescrita em quatro anos, lapso temporal já decorrido desde o recebimento da denúncia, ao qual não se seguiu nenhuma causa interruptiva, pois a sentença foi absolutória.

É inegável, no caso dos autos, a falta de interesse de agir por parte do órgão estatal, pois o final da demanda é previsível e inútil aos fins propostos. APELO NÃO CONHECIDO. (Apelação Crime Nº 70048135636, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 18/12/2012)". O art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela reforma procedida pela Lei nº 11.719/2008, é um dispositivo legal vigente capaz de demonstrar que não merece prosperar o desinteresse do Estado no exercício do direito de punir

manifestamente inútil. Tal dispositivo prevê que o juiz rejeitará a denúncia ou queixa quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

Essa regra processual demonstra de forma clara e objetiva que o Estado está atento a evitar a instauração ou prosseguimento de processos inúteis ou desnecessários. Sob essa ótica, inevitável o reconhecimento da inutilidade da persecução penal e, por via de consequência, a falta de interesse de agir para o oferecimento de denúncia, quando, num juízo antecipado de condenação, puder-se antever a ocorrência da prescrição. Resta forçoso também concluir, se o Estado, em razoável prognóstico de aplicação da pena, fatalmente perderá o direito de punir (*jus puniendi*), por consequência não deve o representante do Ministério Público prosseguir no exercício da ação penal, vindo a ter mesmo entendimento o Magistrado ao acolher pedido de arquivamento do Parquet pela Prescrição em 14 Perspectiva, porque a persecução

penal perdeu toda a sua utilidade, fulminando o interesse de agir do órgão acusatório, condição indispensável para o exercício da ação penal. 2. A TEORIA FUNCIONALISTA A teoria funcionalista surgiu na Alemanha, mas embora ainda não totalmente desenvolvida, foi introduzida por Claus Roxin e Günther Jakobs. Assim, [...] as bases funcionalistas remontam aos postulados advindos do neokantismo, contudo com ele não se confundido pelo fato de o funcionalismo absolver do meio social as aspirações necessárias para manter-se atualizado e pronto a dar à sociedade uma resposta que melhor contabilize os seus anseios; diferente pois do neokantismo, talhado a partir de uma base fechada, tendo como premissa maior o apriorismo dos conceitos e proposições (MACHADO, 2000, p.181).

Dessa forma, verifica-se que a teoria funcionalista visa proteger os bens jurídicos, fazendo com que os institutos de Direito Penal sejam funcionalizados, a fim de obter-se maior eficácia na

função preventiva. Para Fábio Guedes de Paula Machado, Claus Roxin pretende “superar as barreiras existentes entre o Direito Penal e a política criminal, fazendo do sistema um instrumento para a solução satisfatória” (MACHADO, 2000, p.182).

Outrossim, mais especificadamente acerca da prescrição, Fábio Guedes de Paula Machado (2000) demonstra que, apesar de não ter nada específico acerca da explicação da prescrição na teoria de Claus Roxin, sabe-se que este reconhece a natureza processual no aludido instituto, alegando no caso, que a falta de necessidade da pena ocorre por razões alheias ao fato, ou seja, devido ao desaparecimento da prova, atestando, antes disso, a razão material da prescrição o desaparecimento da necessidade da pena.

Ainda para Fábio Guedes de Paula Machado (2000), Roxin ao afirmar que a falta de necessidade preventiva da pena se dá por razões diversas do fato, ou seja, pela perda do valor da prova no processo, está reconhecendo, ainda que implicitamente, que o

decurso do tempo afeta a certeza da prova. Além disso, a prescrição deveria ser entendida como instituto de natureza material, tendo como fundamento a ausência da necessidade preventiva da pena, devido aos graves 15 efeitos da pena para o indivíduo, para a sociedade e para o sistema, sendo, inclusive, despropositados e desproporcionais em um Estado Democrático de Direito, o qual tem como ponto principal a teoria da prevenção geral positiva, de forma que, a aplicação da pena só poderá ser aplicada se trouxer uma consequência positiva para este. Nesse sentido, Fábio Guedes de Paula Machado aduz que: “[...] Pela doutrina funcionalista, adequada que p aos postulados do Estado Democrático de Direito, revestindo-se da menção Direito Penal moderno, notadamente ao Direito Penal mínimo, intervenção mínima - „ultima ratio“ -, limitadora que é do âmbito de aplicação da lei penal incriminadora, indispensável que o aspecto comunicativo- simbólico da força „puniendi“ do Estado, esteja presente quando da verificação de

uma sentença penal condenatória e na hipótese de essa função não estar mais presente pela perda do valor simbólico do fato cometido e sua conseqüência penalização pelo transcurso do tempo, materializado pelo desaparecimento da necessidade de pena, qualquer processo penal em trâmite ou futura imposição de condenação que não redundará na efetiva aplicação da lei penal constitui-se como atentado à dignidade humana.

Noutras palavras, impor a um cidadão um processo penal cuja pena se sabe de antemão através da constatação empírica não lhe servirá para nada (prevenção geral ou especial, negativa ou positiva) em obediência às suas peculiaridades pessoais, vai a mesma contra os anseios do Estado Democrático de Direito, em especial, quanto à ideia de prevenção geral positiva, com muito mais razão entende-se que o processo penal redundará no reconhecimento da prescrição é um processo penal contrário aos ditames democráticos, aos postulados da dignidade da pessoa

humana [...]” (MACHADO, 2000, P.196). Entende-se, pois, assim que a teoria funcionalista atende à finalidade de um Estado Democrático de Direito, em que o direito de punir deve estar ligado a uma sentença condenatória, uma vez que passado o decurso de tempo, perde-se a necessidade de aplicação da pena. Também deve atender às expectativas sociais, mantendo um direito penal mínimo, embora o Judiciário alegue não existir previsão legal para o reconhecimento do instituto da prescrição em perspectiva.

Tem-se, assim que, dentro de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve servir a fim de proteger os direitos e garantias dos cidadãos, intervindo minimamente na sociedade, trazendo ainda para o indivíduo o mínimo sofrimento necessário de uma suposta pena. Tem-se ainda como finalidade a proteção dos bens jurídicos mais importantes, assegurando a todos o respeito aos direitos humanos e também à democracia. 16 A teoria funcionalista de Claus Roxin vem introduzir uma nova versão ao Direito Penal,

objetivando resolver os anseios da sociedade, mesmo que para isso seja necessário afastar regras de direito positivo, e introduzir outras não positivadas, desde que se atenda a uma finalidade social ou ainda a uma finalidade valorativa da pena, qual seja, a necessidade preventiva especial ou geral. CONSIDERAÇÕES FINAIS A presente monografia buscou analisar a (in)admissibilidade da Prescrição em Perspectiva no Direito Penal brasileiro, buscando ainda sua possível aplicação baseada na Teoria Funcionalista.

Para tanto, primeiramente foi conceituada a prescrição penal e suas espécies, as quais se dividem em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, sendo que a Prescrição em Perspectiva enquadra-se na primeira espécie de prescrição penal. Em relação à Prescrição em Perspectiva, restou analisado os argumentos doutrinários contrários a sua incidência, principalmente quanto a sua ausência de previsão legal. Viu-se também outros argumentos como a violação dos princípios

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da legalidade e da presunção de inocência, bem como de princípios processuais penais, os quais são compreendidos os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da individualização da pena.

O principal argumento trazido pela doutrina visto foi a possibilidade da incidência da *mutatio libelli*, hipótese em que ocorreria a modificação do tipo penal, e conseqüentemente a mudança do lapso temporal da prescrição. Logo em seguida, foram postos os argumentos doutrinários favoráveis a sua admissibilidade, aduzindo a falta de previsão legal não ser argumento forte o suficiente para não se reconhecer da Prescrição em Perspectiva, pois existiriam outros dispositivos legais no ordenamento jurídico pátrio a dar ensejo ao arquivamento da ação penal, quando verificado que o interesse do Estado seria visivelmente inútil. Contrapôs-se, ainda, a alegação da violação aos

princípios constitucionais e infraconstitucionais, argumentando, favoravelmente, que, justamente a não aplicação da Prescrição em Perspectiva é que infringiria tais princípios. Ainda, foi rebatida a possibilidade da *mutatio libelli*, pois cada feito 17 deveria ser analisado concretamente, e, somente em caso de certeza de nenhuma causa modificadora da prescrição, é que se poderia aplicar o instituto tema do presente trabalho.

Foi elencada e analisada a falta de interesse de agir do Estado em feitos, que desde o início, seria possível constatar a inutilidade/desnecessidade do ajuizamento da ação penal ou de seu prosseguimento, principal argumento trazido pela doutrina e pela jurisprudência.

Em relação à teoria funcionalista, verificou-se que esta se preocupa com os anseios reais da sociedade, mesmo que para isso seja necessário refutar normas do direito positivado. Seu principal fundamento está na ausência de necessidade preventiva da pena,

para todos os envolvidos, sendo que a pena deve ser aplicada quando proporcionar ao indivíduo uma consequência positiva. Caso contrário será desnecessária, inclusive indo de encontro ao nosso Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

CONCLUSÃO

A investigação acerca da Prescrição em Perspectiva conduz, inevitavelmente, a uma reflexão sobre a própria essência e finalidade do Processo Penal na contemporaneidade. Ao longo deste estudo, ficou demonstrado que o instituto não é apenas uma tese acadêmica isolada, mas um sintoma das tensões entre a rigidez do positivismo jurídico e a necessidade pragmática de uma jurisdição que se pretenda eficiente e respeitosa aos direitos fundamentais. A conclusão que se extrai é a de que o Direito não pode ser interpretado de forma estanque, alheio às consequências práticas de suas omissões, sob o risco de converter-se em um fardo burocrático que pune o indivíduo pelo simples fato de submetê-lo a um processo destinado ao vazio jurídico.

O confronto entre as correntes doutrinárias revelou que, embora o argumento da legalidade estrita — consolidado na Súmula 438 do STJ — possua o mérito de zelar pela segurança

jurídica e pela reserva legal, ele muitas vezes ignora a realidade de um sistema judiciário sobrecarregado. A manutenção de processos nos quais a pretensão punitiva já se encontra virtualmente extinta não protege a sociedade nem garante o devido processo legal; ao contrário, desvirtua o princípio da dignidade da pessoa humana ao prolongar o estigma da acusação criminal sem qualquer perspectiva de utilidade. O reconhecimento da falta de interesse de agir do Estado, nesses casos, apresenta-se como um imperativo ético, permitindo que o Poder Público concentre seus escassos recursos naqueles feitos em que a resposta penal ainda é possível e socialmente necessária.

A integração da Teoria Funcionalista de Claus Roxin a esta análise oferece o alicerce teórico necessário para superar o dogmatismo tradicional. Se a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos e a prevenção de delitos, a aplicação de uma pena — ou mesmo a manutenção de um processo para aplicá-la — deve

ser guiada por critérios de necessidade e utilidade. Quando o tempo decorrido aniquila a eficácia preventiva da sanção, a persecução penal perde sua base legitimadora. Sob a ótica roxiniana, o processo deixa de ser um rito de passagem obrigatório para tornar-se um instrumento político-criminal: se o instrumento não é mais capaz de atingir sua finalidade (a punição efetiva), sua continuidade torna-se uma forma de violência estatal injustificada.

Portanto, conclui-se que a Prescrição em Perspectiva, apesar de enfrentar barreiras jurisprudenciais severas, permanece como um mecanismo essencial de resistência contra a ineficiência. A justiça penal não deve ser medida pela quantidade de processos em trâmite, mas pela qualidade e efetividade de suas decisões. Ignorar a inutilidade de um feito em nome de um formalismo cego é compactuar com a insegurança jurídica e com a violação da razoável duração do processo. Assim, espera-se que o Direito brasileiro evolua para uma compreensão mais teleológica e humana

de suas normas, reconhecendo que o encerramento antecipado de processos natimortos é, antes de tudo, um ato de coragem jurisdicional e de respeito ao cidadão, em plena consonância com os valores do Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: Acesso em: 04 de outubro de 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela. Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAYET JÚNIOR, Ney; PICCOLI, Fernando. Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal: teoria, crítica e

práxis. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2006. LEAL, João José. Direito Penal Geral. 3. ed. Florianópolis: OAB/RS, 2004.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição penal - prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000. MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. A prescrição retroativa pela pena em concreto pecuniária. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, 29.01.2008. Acesso em: 17 de julho de 2012.

JUNIOR NAPOLITANO, Domingos. Prescrição antecipada: o fetótipo anencefálico do Direito penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>, 05.01.2007>. Acesso em 17 de julho de 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.

Curso de Processo Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeleine Melhor. Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos. In: JÚNIOR, Ney Fayet (Org.). Prescrição Penal: Temas atuais e controvertidos . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. xx - xx.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÍNDICE REMISSIVO

- A**
- Processo Penal, 44, 47
- Código Penal, 8, 17, 31, 36, 44
- Absolvição sumária, 47
- Ação penal, 43, 44, 46, 48
- Ampla defesa, 37, 39, 42, 49
- Aparelho judiciário, 17
- B**
- Bens jurídicos, 12 Bitencourt,
Cezar Roberto, 38
- C**
- Capez, Fernando, 40, 45
- Capitulação do delito, 10, 45
- Código Civil, 8 Código de
- D**
- Devido processo legal, 10,
18, 37, 42, 43, 49
- Dignidade da pessoa
humana, 12, 13, 18, 49
- Direito Penal, 12, 17, 19
- Direito Processual Penal, 9,
13, 15, 19, 26, 27

E

Economia processual, 13, 18

Estado Democrático de Direito, 48

Extinção da punibilidade, 9, 10, 13, 15, 18, 35, 38, 47 F

Fayet Júnior, Ney, 34, 50

Feitoza, Denilson, 43

I

Individualização da pena, 43

Insegurança jurídica, 25, 27, 28

Interesse de agir, 11, 13, 15, 19, 25, 26

Introdução, 16, 17, 26

J

Jurisprudência, 11, 18, 49

Jus puniendi, 47, 48

L

Leal, João José, 30

Legalidade, 10, 13, 15, 18, 34

M

Machado, Fábio Guedes de Paula, 48, 49

Mutatio libelli, 10, 44, 45

N

Necessidade preventiva, 12, 13, 15, 27

P

Pena hipotética, 10, 18, 36, 38

Política criminal, 12, 19

Prescrição antecipada, 9, 13,

15, 17, 31, 34, 35

Prescrição da pretensão executória, 10, 25, 30, 31

Prescrição da pretensão punitiva, 10, 17, 25, 30, 31, 34, 47

Prescrição em perspectiva, 9, 10, 12, 13, 15, 17, 19, 21, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 43, 44, 46, 47, 49, 50

Prescrição projetada, 9, 17, 35, 36, 42

Prescrição virtual, 9, 10, 13, 15, 17, 31, 32

Presunção de inocência, 10, 13, 15, 18, 37, 38, 39, 42, 49

Princípio da utilidade, 10, 13, 15

Processo penal, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 26, 31, 33, 40, 42, 45, 48

Q

Queiroz, Paulo, 31

R

Rangel, Paulo, 37

Recursos públicos, 11

Referências, 16, 25, 27

Resumo, 13

Roxin, Claus, 12, 13, 15, 19, 25, 26, 27

S

STJ (Superior Tribunal de Justiça), 10, 13, 15, 18, 35, 36, 42, 49

T

Teoria Funcionalista, 12, 13,
15, 19, 21, 25, 26, 27 TJRS
(Tribunal de Justiça do Rio
Grande do Sul), 11, 19, 35, 41

A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA FUNCIONALISTA

Revista REASE chancelada pela Editora Arché.
São Paulo- SP.
Telefone: +55(11) 5107- 0941
<https://periodicorease.pro.br>
contato@periodicorease.pro.br

A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DA TEORIA FUNCIONALISTA

