

A FUNÇÃO DA PUNIBILIDADE NA TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL COMO CAUSA DE SUA EXTINÇÃO

THE FUNCTION OF PUNIBILITY IN THE GENERAL THEORY OF CRIMINAL LAW: ANALYSIS OF VIRTUAL PRESCRIPTION AS A CAUSE OF ITS EXTINCTION

*Alexandre Zamboni Lins Filho*¹
Faculdade Damas da Instrução Cristã
*Andréa Walmsley Soares Carneiro*²
Faculdade Damas da Instrução Cristã

Resumo

A punibilidade, consoante entende a doutrina majoritária, não integra a estrutura do crime. Ao revés, constitui pressuposto para aplicação da pena. Em outras palavras, a prática do delito é condição necessária, mas não suficiente para a imposição da sanção, pois, após aquela prática, determinadas situações podem ocorrer que venham a afastar a possibilidade de o Estado exercer seu dever/poder de punir. Por outro lado, as causas de extinção de punibilidade, malgrado previstas em rol meramente exemplificativo no artigo 107 do Código Penal brasileiro, não prescindem de base legal. Sob esta justificativa, ou seja, de ausência de previsão legal específica, o Superior Tribunal de Justiça obsta a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva ou virtual. A questão tratada, entretanto, necessita ser vista sob o prisma da eficiência da persecução penal e, em última expressão, do próprio Estado. A opção pelo manejo de lides penais fadadas ao insucesso pela probabilíssima ocorrência

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Servidor do Poder Judiciário de Pernambuco.

² Doutora em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora do PPGD e da Graduação da Faculdade Damas. Procuradora da República

futura da prescrição vai de encontro à própria noção de interesse-utilidade processual, condição necessária da ação penal.

Palavras-chaves

Punibilidade. Prescrição virtual. Extinção

Abstract

Punishment, depending on majority doctrine, does not integrate the structure of crime. On the contrary, it is a precondition for the application of the penalty. That is, the practice of the crime is a necessary condition, but not sufficient for the imposition of the sanction, because, after this practice, certain situations may occur that may exclude the possibility of the State exercising its duty/power to punish. On the other hand, the causes of the extinction of punishment, which are merely an example in Article 107 of the Brazilian Penal Code, have no legal basis. In this context, that is, the absence of a specific legal provision, the Superior Court of Justice prevents the application of the prescription of punitive claim in perspective or virtual. The issue dealt with, however, needs to be seen from the perspective of the efficiency of criminal proceedings and, ultimately, of the State itself. The option for the management of criminal proceedings condemned to failure by the very future probabilistic occurrence of the prescription goes against the very notion of procedural-utility interest, a needed condition of criminal proceedings.

Keywords

Punishment. Virtual prescription. Extinction

1. INTRODUÇÃO

Dada a tradição finalista pátria, a doutrina brasileira costuma definir crime como fato típico, antijurídico e culpável. A construção welzeliana a partir de elementos lógico-objetivos alçou o direito penal a patamares nunca antes vistos em seu desenvolvimento científico e foi expressamente acolhida pela reforma da parte geral do Código Penal.

Além das fronteiras do referido conceito analítico, mas de indubitável importância na teoria geral do direito penal, o instituto da punibilidade constitui pressuposto para aplicação das sanções jurídicas oriundas da infração penal, quais sejam, a medida de segurança e a pena, instituto que dá nome ao ramo estudado (direito “penal”) e que anima boa parte da doutrina a perseguir na investigação acerca de seus fins e de sua legitimidade.

Situada entre o crime (com seus três extratos) e a pena aplicada (não somente a cominada em cada tipo penal

incriminador), a punibilidade se mostra como um elo entre os referidos elementos, os quais, sem maiores exageros, podem ser concebidos como os mais relevantes da ciência penal.

Assim, fundamental perquirir acerca do instituto da punibilidade, seu conceito, suas características e suas fundamentos.

Indispensável ainda tratar do tema da prescrição em sua modalidade virtual, antecipada ou em perspectiva e as controvérsias acerca do tema. De uma lado, imperativos de economia processual e de eficiência no uso dos recursos, além da questão do interesse-utilidade na ação penal; de outro, a ausência de norma expressa a autorizar o reconhecimento da extinção da punibilidade sem efetiva definição dos contornos da pena aplicada.

2. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS DA PUNIBILIDADE

A punibilidade, como já esclarecido linhas atrás, não é elemento do crime, mas possibilidade legal de aplicação de uma pena após cumpridos os pressupostos necessários. A despeito da corrente majoritária, outra, de menor expressão, sustenta a ideia de que a punibilidade integraria o conceito de crime, razão por que, por exemplo, as condições objetivas de punibilidade seriam verdadeiros elementos constitutivos do tipo³.

Sanchez Zapata assevera que não haveria impedimento para que se considerasse a punibilidade como quarto elemento do crime:

Nada impediría tampoco considerar la “Punibilidad” como una cuarta categoria en la cual ubicar algunos supuestos de renuncia legal a la pena por ra-

³ RÉGIS PRADO, Luiz. **Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa**. Revista dos Tribunais | vol. 776 Jun / 2000 DTR\2000\606 | p. 440.

zones derivadas de su innecesaridad en términos utilitarios o de proporcionalidad⁴.

Críticas não faltam ao entendimento de que a punibilidade poderia ser considerada como elemento do conceito analítico de crime, ao lado da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do agente.

Ocorre que negar a existência de crime diante de eventual ausência de punibilidade no caso concreto seria permitir, exemplificativamente, que a prescrição da pretensão punitiva tivesse efeitos análogos à atipicidade penal (formal ou material), inclusive com imposição de sentença absolutória e seus efeitos decorrentes.

Nesse sentido, assevera Luis Rodriguez Collao:

Así como no es correcto vincular la punibilidad con el delito -encuanto este puede existir sin aquella -, tampoco nos parece acertado relacionarla sistemáticamente con la pena. La sanción penal, en efecto, puede resultar excluída, sin que por ello deje de ser punible el hecho delictivo, como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que opera una causal de extinción de responsabilidad penal antes de que comience a hacerse efectiva la condena⁵.

A punibilidade, portanto, tem um caráter residual frente aos elementos do delito. Esta depende da existência daqueles. Como adverte Olivé, o injusto culpável é um pressuposto indispensável, embora não suficiente em si, para a infligção de uma pena⁶.

⁴ SÁNCHEZ ZAPATA, Sebastián Felipe. **La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal**, p. 40 Disponível em : <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.5554>. Acesso em 13/10/20.

⁵ COLLAO, Luis Rodriguez, PUNIBILIDAD y RESPONSABILIDAD CRIMINAL, in **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso** XVI (1991), p. 368.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, PUNIBILIDAD Y PROCESO PENAL, in **Revista General de Derecho Penal**, nº 10, año 2008, p. 9

Assim, o caráter residual da punibilidade frente à infração penal parece ser uma exigência do sistema penal e da sua lógica interna.

De fato, a medida de segurança baseia-se na periculosidade do agente e deve ser sempre aplicada após o injusto penal (fato típico e antijurídico), o que demonstra a repulsa do ordenamento jurídico ao exercício do Direito Penal preventivo. Neste ponto, inclusive, deve-se ressaltar o fato de que considerar a punibilidade como elemento do crime implicaria em um inevitável e indevido descarte à possibilidade de medida de segurança como espécie do gênero sanção penal, pois o conceito de delito estaria inteiramente ligado, apenas, ao autor imputável⁷.

A pena, por sua vez, baseia-se na culpabilidade do agente, tendo por limite a gravidade do delito e volta-se à reafirmação do ordenamento jurídico e reforço às expectativas de estabilização social pelo cumprimento das normas.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 998.128-MG, afirmou que a base da medida de segurança gira em torno da periculosidade do agente, e não da pena. Veja-se:

À luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, na fixação da espécie de medida de segurança a ser aplicada não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao imputável.

Ora, referir à punibilidade é tratar da possibilidade de imposição pelo Estado da sanção penal, derivada da análise minuciosa do preenchimento dos elementos que integram o crime. Segundo Luís Régis Prado,

⁷ RÉGIS PRADO, Luiz. **Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa.** Revista dos Tribunais | vol. 776 Jun / 2000 DTR\2000\606 | p. 440.

constitui, portanto, a punibilidade um posterius em relação ao delito, do qual tem origem. Por vezes, está subordinada ao implemento de uma condição extrínseca ao delito (condição objetiva de punibilidade); outras, o agente está isento de pena em razão de uma condição de natureza pessoal (escusa absoluta); por fim, casos há em que a punibilidade - embora de início configurada - é declarada extinta (causas de extinção da punibilidade). As duas primeiras hipóteses são condições de punibilidade, positivas (condições objetivas de punibilidade) ou negativas (escusas absolutórias)⁸.

Específica e relevante é a questão da (im)possibilidade de utilização da prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva como causa e extinção de punibilidade e, na hipótese de sua admissibilidade, quais seriam as balizas lógicas e razoáveis a serem adotadas.

Cristalina a definição de Paulo Queiroz do instituto da prescrição:

A prescrição é a extinção do direito de punir em virtude do decurso do prazo legal para o exercício da ação penal ou para promover a execução da sentença penal condenatória. No primeiro caso, haverá prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação; no segundo, prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação⁹.

Apenas a título de exemplo, decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática:

⁸ RÉGIS PRADO, Luiz. **Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa**. Revista dos Tribunais | vol. 776 Jun / 2000 DTR\2000\606 | p. 440.

⁹ QUEIROZ, Paulo. **DIREITO PENAL**. Parte Geral. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 607.

Ementa AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO PELA PENA VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 438 DO STJ. AGRADOS IMPROVIDOS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O interesse de agir ministerial, que repousa na necessidade de aplicação da lei penal a fato definido como crime, não pode ser obstado pelo reconhecimento da prescrição pela pena virtual, sem amparo legal, em flagrante violação à Súmula 438/STJ, segundo a qual: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. 2. Contudo, considerando que o crime de homicídio culposo imputado aos agravantes ocorreu em 20/8/2012, e até a presente data não houve causa interruptiva do prazo prescricional, porque a Denúncia ainda não foi recebida, e considerando também a pena máxima em abstrato do crime imputado, acrescida da causa de aumento na fração máxima (art. 121, §§3º e 4º, do CP), o que corresponde a 4 anos, e, nos termos do art. 109, inc. IV, do CP, que estabelece o prazo prescricional de 8 anos, então, a pretensão punitiva prescreveu no dia 19/8/2020. 3. Agravos regimentais improvidos, e concedido habeas corpus de ofício, a fim de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, e declarar extinta a punibilidade dos agravantes (...). (AgRg no AREsp 1708563 / SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2020/0128900-8 Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 15/09/2020 Data da Publicação/Fonte DJe 23/09/2020).

E mais, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem enunciado de súmula a respeito da vedação ao reconhecimento da prescrição virtual:

Súmula 438 - É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. (Súmula 438, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)¹⁰.

Não é diferente o entendimento da 2.a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

Enunciado nº 28

Inadmissível o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição, considerando a pena em perspectiva, por ferir os primados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Aprovado na Sessão 464^a, de 15/04/2009. Cf. Súmula nº 438 do STJ (15/05/2010), remissão acrescentada na 1^a Sessão de Coordenação, de 17/05/2010¹¹.

E decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência rea-

¹⁰ Disponível em

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22401%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22500%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22401%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22500%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM>. Acesso em 14/10/20.

¹¹ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 14/10/20.

firmada. 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.

(RE 602527 QO-RG / RS - RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 19/11/2009 Publicação: 18/12/2009 Órgão julgador: Tribunal Pleno Repercussão Geral – Mérito Publicação REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-11 PP-01995).

Em que pesem os entendimentos apresentados, a questão deve ser abordada sob perspectiva distinta. Não se está aqui a defender espécie de prescrição ao arrepio da norma posta ou apenas baseada em expectativa arbitrária de imposição de pena.

O cerne da análise deve enfrentar a temática insculpida no artigo 37, *caput* da Constituição Federal¹², o qual indica como um dos princípios da administração pública a eficiência, a ser observada por toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Diante da necessidade de eficiência da persecução penal, diretamente relacionada à efetividade das ações penais propostas e aplicação das penas previstas aos agentes das infrações penais, é paradoxal, para dizer o mínimo, agarrar-se à tese da vedação da prescrição virtual para inferir a necessidade de demanda em todos os casos levados ao conhecimento do órgão estatal incumbido da acusação, ainda quando seja grande a probabilidade de um resulta-

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

do infrutífero, revelado na extinção da punibilidade pela prescrição decretada ao fim do processo.

Isto não significa, por outro lado, que se conceda ao representante do Ministério Público a possibilidade de “escolher” demandas. Ora, o próprio princípio da igualdade, insculpido no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal¹³ obstaría semelhante conclusão.

A questão, a nosso sentir, situa-se na exata compreensão do interesse-utilidade de agir, condição da indispensável ao manejo da ação penal.

Assim entende Fredie Didier Jr.:

Há utilidade sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante¹⁴.

Por outro lado, se não há proveito minimamente realizável, diante da objetiva mensuração da eventual pena a ser aplicada, não há como sustentar o manejo de uma ação penal com fins meramente simbólicos.

Embora em posição minoritária, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4.a Região:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. AFASTAMENTO. PRESCRIÇÃO IN ABSTRATO.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

¹⁴ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v.1. 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 362.

OCORRÊNCIA. 1. Imperioso o reconhecimento da ocorrência da prescrição ante a pena máxima prevista no tipo penal, declarando-se a extinção da punibilidade do agente, já que decorridos mais de 12 (doze) anos entre os marcos interruptivos. 2. Considerando que a prescrição em perspectiva poderia, em tese, ser reconhecida de forma excepcional, não obstante isso, no caso presente, não se vislumbraria interesse em manter-se a persecução penal, porquanto resta fulminada pela prescrição abstrata, alcançando lapso de 12 (doze) anos entre os marcos interruptivos. (TRF4 5000951-87.2020.4.04.7103, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 16/09/2020)

Por fim, não se diga pode nominar arbitrária a decisão de não propositura da ação judicial fundada na prescrição antecipada. Isto porque os patamares da eventual pena obedecem a critérios majoritariamente objetivos, amplamente sindicáveis, de modo a existir razoável grau de segurança para se afirmar que, em caso de futura condenação, sobreviria a prescrição. Caso contrário, na hipótese de dúvida fundada, não se pode admitir o argumento da prescrição virtual, por estar demonstrado o interesse-utilidade da ação penal.

CONCLUSÃO

Configura-se a punibilidade pressuposto de aplicação da sanção criminal após a prática do injusto. De fato, existem situações que se dão após a realização da infração penal que obstam o exercício do poder punitivo do Estado.

Uma das hipóteses de extinção da punibilidade prevista no art. 107 do Código Penal é a prescrição. Por outro lado, a maioria das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal obsta a aplicação da prescrição da pretensão virtual, antecipada ou em perspectiva.

Entretanto, as exigências de eficiência do Estado e efetividade da persecução penal sem sentido lato apontam para a necessidade de situar o tema de maneira distinta, admitindo-se a prescrição virtual sob o viés da ausência de interesse-utilidade em casos tais em que a ocorrência da prescrição em hipótese de eventual e futura condenação é objetivamente demonstrável.

REFERÊNCIAS

COLLAO, Luis Rodriguez, PUNIBILIDAD y RESPONSABILIDAD CRIMINAL, *in* **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso** XVI (1991).

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v.1. 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, PUNIBILIDAD Y PROCESO PENAL, *in* **Revista General de Derecho Penal**, nº 10, año 2008.

RÉGIS PRADO, Luiz. **Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa**. Revista dos Tribunais | vol. 776 Jun / 2000 D'TR\2000\606.

SÁNCHEZ ZAPATA, Sebastián Felipe. **La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal**, p. 40 Disponível em : <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.5554>. Acesso em 13/10/20.

QUEIROZ, Paulo. **DIREITO PENAL**. Parte Geral. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.