

Uma breve análise sobre a possibilidade de reconhecimento e aplicabilidade da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro

Gregory Vinicius Dadam*
Maciel Colli**

Resumo

Faz-se uma análise do instituto da prescrição virtual diante das bases principiológicas do direito constitucional, primordialmente o da liberdade. Com o surgimento da sociedade civil organizada, fez-se necessário estabelecer meios capazes de conter o egocentrismo humano, sendo um deles a punição. O direito de punir, com a evolução social passou a pertencer exclusivamente ao Estado. Contudo, o *jus puniendi* estatal não é eterno, podendo se perder por causas diversas entre as quais, o tempo. O tempo esmaece as consequências dos atos, restabelecendo a paz social, retirando a necessidade e a utilidade da punição. Disso decorre o instituto da prescrição penal. Em observância à prescrição penal retroativa, e, diante dos problemas enfrentados no âmbito do Poder Judiciário (eficiência/morosidade), os pensadores do direito (doutrinadores, magistrados, etc.) criaram o instituto da prescrição virtual (antecipada, em perspectiva), fundamentando-o, principalmente, na falta de interesse de agir.

Palavras-chave: Direito de Punir. Liberdade. Eficiência. Utilidade. Prescrição. Legalidade.

1 INTRODUÇÃO

O direito de punir sempre existiu, seja ele por justiça própria, seja com a evolução da sociedade civil organizada, mediante do Estado, atualmente. A sociedade compactuou em atribuir ao Estado a exclusividade de deter o direito de punir. O direito de punir estatal deve vir previamente previsto em lei.

Os bens mais preciosos do ser humano são salvaguardados pelo direito penal e, quando esses bens penalmente tutelados são infringidos, abre-se ao Estado o direito/dever de punir o agente infrator da norma.

O direito penal é o ramo do direito mais gravoso, a *última ratio*, devendo intervir nas relações sociais tão somente quando necessário, quando todos os demais ramos se demonstrarem inaptos e insuficientes para a resolução da lide. Da mesma forma, deve incidir com presteza para surtir os efeitos a que se destina, o que, por certo, não ocorre quando demasiadamente tardia a sua aplicação.

O presente estudo visa a averiguar racionalmente a recente criação da prescrição virtual, instituto obstaculizador do poder/dever de punir diante da ausência da necessidade/utilidade da aplicação da sanção penal advinda do transcurso de certo lapso temporal.

* Acadêmico do 10º período de Direito; estagiário do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – Promotoria da Justiça da Comarca de São Domingos, SC; gregorydadam@hotmail.com

** Advogado criminalista, inscrito na OAB/SC 29.785-B; Mestre em Ciência Criminais PUC-RS) e Especialista em Ciências Penais (PUC-RS); Docente da Pós-Graduação (Especialização em Direito Penal e Processual Penal, e da Graduação em Direito, da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador Regional, em Santa Catarina, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal; Membro do Grupo de Pesquisas Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a Instrumentalidade Constitucional (Garantista) como Limitação do Poder Punitivo, cadastrado no CNPq e vinculado à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

2 DO DIREITO DE PUNIR

Punir, segundo o dicionário Aurélio (FERREIRA, 1986, p. 1418) advém do latim *punire*, significando: infligir pena a, dar castigo a, castigar, servir de castigo a, aplicar correção a, submeter à pena, infligir pena ou castigo.

Nos dizeres de Montesquieu (2003, p. 17), as leis, imaginando o sentido mais amplo que essa expressão possa ter, resumem-se em uma gama de relações essenciais à existência de todos os seres (pois todos possuem as suas leis), as quais derivam da própria natureza das coisas

Montesquieu (2003, p. 18) afirma, categoricamente, que demasiadamente distante se encontra o ponto em que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Aquele jamais consegue seguir suas leis constantemente, e isso por um motivo óbvio, como seres inteligentes, por mais inteligentes que sejam, são sempre limitados pela própria natureza, estando assim permanentemente sujeitos à ignorância e aos erros. Daí porque uma sociedade não poderia subsistir sem as leis, as quais são condição da associação civil (ROUSSEAU, 2001, p. 49). Da mesma forma não poderia subsistir sem a instituição de um governo.

Sabidamente afirmou Jean-Jacques Rousseau (2001, p. 47) que “[...] pelo pacto social demos existência e vida ao corpo político; trata-se agora de, com a legislação, lhe dar movimento e vontade.”

Ocorre que, como prolatado pelo ilustre Jean-Jacques Rousseau (2001, p. 31), a essência da existência do homem está na sua liberdade, o homem nasceu para ser livre, e pela razão criou o Estado justamente para proteger a sua liberdade, mesmo que para isso tivesse que a princípio abdicar de uma pequena parcela desta, o resultado-fim seria almejado.

Contudo, tão somente a moral não é capaz de sustentar uma sociedade de forma duradoura. O espírito do homem (em sua maioria) é despótico e egocêntrico, sendo necessário, instituir meios poderosos o suficiente para conter esses sentimentos, ou seja, punição aos indivíduos que porventura vieram a infringir as normas da sociedade civil (BECCARIA, 2006, p. 18-19).

O ser humano em momento algum abdicou inteiramente de sua liberdade, pois isto se torna impossível sendo esta seu bem essencial, que se revela pela vida naturalmente.

Superados os tempos da Lei de Talião, da vingança privada, assume o Estado, de maneira exclusiva e intransferível, o direito de estipular delitos, cominar-lhes penas e, por fim, executá-las.

O Estado não se justificaria senão por seu papel de labor em prol do povo, tendo a finalidade de conceder as suas necessidades e perspectivas, que derivadas a *priori* dos direitos naturais, incorporaram-se na Carta Política, e transformaram-se em normas jurídicas constitucionais.

2.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE PUNIR

Como pilar basilar da República Federativa do Brasil está a Constituição Federal (1988), na qual, em seu artigo 1º, encontra-se insculpido os seus fundamentos, entre os quais, o da dignidade da pessoa humana, concedendo, assim, unicidade aos direitos fundamentais inerentes à espécie humana relacionadas no artigo 5º da Carta Magna.

No Brasil, igualmente aos demais Estados, em que se possui um sistema de rigidez constitucional, no qual a Constituição encontrar-se-ia no topo da pirâmide, conforme a ideia piramidal sugerida por Kelsen, a totalidade das demais normas necessariamente devem se dirigir àquela como fonte de validade (GRECO, 2008, p. 10).

A constituição salvaguarda um rol de direitos fundamentais, os quais, pela sua própria natureza, não podem ser atacados. E, por estarem subscritos na Carta Maior, não estão suscetíveis a descumprimento pelas normas infraconstitucionais (GRECO, 2008, p. 11).

Nas lições de Grego (2008, p. 11), abstraímos que a “[...] Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais.”

2.1.1 Princípio da Legalidade

Consagrado pela Constituição Federal, o Estado de Direito instaurou o império da legalidade.

Fundado na Lei Maior, que é a Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado procura tornar factíveis as suas funções.

Esta busca ocorre mediante a Administração Pública que, na conceituação de Moraes (2005, p. 293), “[...] pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”

A necessária previsão legal para regulamentar as condutas humanas, visa, sobretudo salvaguardar os indivíduos de possíveis castigos por uma conduta que não tenha sido clara e devidamente declarada passível de penalização, colocando-as acobertadas de eventuais intromissões arbitrárias do poder estatal. Importante salientar que essa proteção é instituída à totalidade dos cidadãos, tanto o honrado, justo e respeitoso da lei quanto o desonrado, injusto e desleal às regras sociais. Contudo, estritamente preciso que quem por dever tem de ser justo não pode ter o direito de praticar atos contaminados de arbitrariedades. Não seria razoável o detentor “único” do direito de punir ter a possibilidade de porventura erroneamente agir em desconformidade à qual se propõe.

O direito criminal, pertencente como parte do sistema jurídico do Estado, está intrinsecamente atrelado aos direitos fundamentais salvaguardados ao homem constitucionalmente.

Nesse campo, do direito penal, o princípio ora em comento ganha demasiada importância no impedimento de ocasionais arbitrariedades que venham a ser cometidas pelo Estado. Expressamente prevê a Lei Maior que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II) e mais, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (CF, art. 5º, XXXIX e CP, art. 1º) (BRASIL, 1988). É, portanto, imperiosa a submissão e o respeito à lei, devendo a atuação Estatal determinar-se dentro dos parâmetros estipulados pelo legislador.

Isso não significa, entretanto, o estrito cumprimento, frio e descabido da lei, desprovido de adequações à realidade dos fatos. Pelo contrário, estipula-se uma legalidade dirigida para o homem – principal destinatário do ordenamento jurídico – que tem como seu primordial objetivo quando aplicação da justiça material, a tutela da dignidade do homem, compreendida dentro desta todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (CARVALHO et al., 2004, p. 32).

2.1.2 Princípio do Devido Processo Legal

No mesmo norte das garantias, encontra-se o princípio de devido processo legal, expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, LIV): “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XI, n. 1, assegura que “[...] todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Decorrem ainda do princípio de devido processo legal o princípio do contraditório, conceituado por Rangel (2007, p. 16), como “o próprio direito de defesa”, a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los, a oportunidade de desdizer as alegações da parte adversa; e, o princípio da ampla defesa, o qual concede ao réu o direito de se valer de todos os meios legais para alegar e apresentar provas que determinam a sua verdade para os fatos (NUCCI, 2008, p. 82).

Dessa maneira, o devido processo legal caracteriza-se por uma ferramenta assisada frente a eventuais incursões do poderio Estatal nas essencialidades da pessoa humana. No cerne, esse princípio tutela os princípios

fundamentais de liberdade e justiça insculpidos como alicerces de nosso Estado Democrático de Direito, e assegura um ritual de procedimentos a serem seguidos para proteger a isonomia e decência do Poder.

2.1.3 Razoável duração do processo e Princípio da Eficiência

Acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, o inciso LXXVIII da Constituição Federal preceitua que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Tal preceito constitucional visa à eficiente prestação jurisdicional por parte do ente Estatal. Não é crível que o processo se perdesse irracionalmente nos escaninhos do Fórum.

Por certo que em todos os processos há de serem resguardados todos os direitos às partes, contudo, é possível, sem desleixar a qualquer direito, com coerência não olvidar de desburocratizar os procedimentos. Ante o gigantismo do crescimento e multiplicação de processos é notória a imprescindibilidade de alterações no sistema processual que apartem o tecnicismo exacerbado, favorecendo a rápida solução dos conflitos que, por consequência lógica, implicará maior segurança jurídica e credibilidade, semeando, com isso, o espírito de justiça nas almas do povo que por ela clama.

Di Pietro (1998, p. 73-74) leciona que o princípio da eficiência “[...] impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”

Theodoro Junior (2005, p. 20) ensina: “A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade.”

Da mesma forma que o direito material, o processo também deve ir ao encontro da ambição por segurança social, posto que é por meio deste que se certifica aquele. Não basta a tutela formal do direito, esta apartada da realidade fática e ausente de possibilitar o ensejo dos efeitos materiais da norma, o que não satisfaz. Não satisfaz nem o operador do direito, tampouco a acuada sociedade, aclamada pela incógnita, reconhece e acostuma-se mais com a impunidade do que com a justiça, ou, simplesmente, desta desiste e descre.

3 DA PRESCRIÇÃO PENAL

Superados e entendidos os fundamentos do surgimento e manutenção, bem como dos princípios constitucionais que norteiam o direito de punir estatal, cabe salientar que este não é intocável e perpétuo, podendo (sempre por previsão legal) ocorrer situações que o extingam, entre elas a insurgência da prescrição pelo transcurso do tempo.

A iniciar, alerta Jawsnicker (2010, p. 11) que “[...] a prescrição é um dos temas clássicos do Direito Penal provocando discussões intermináveis porque revela, na história das instituições sociais e jurídicas, uma contradição permanente entre dois sentimentos da alma popular: a punição e o esquecimento.” Isso porque, explica o autor, “a passagem do tempo esmaece ou apaga a lembrança do fato punível fazendo cessar o alarma e o desequilíbrio social causado pelo crime.” (JAWSNICKER, 2010)

Argumenta Machado (2000, p. 70), que o Estado não abandona o Direito de punir, simplesmente reconhece que este se extinguiu ante o desaparecimento da necessidade/utilidade da punição. O Estado obedece a imperativos de política criminal, visto não ser irrestrito o seu poder de punir. Portanto, uma vez cessado o poder punitivo, o seu exercício deixa de ser um exercício de direito para se decompor em mera violência.

3.1 CONCEITOS E NOÇÕES GERAIS

Ao se falar em prescrição penal, necessariamente aborda-se punibilidade. Mirabete (2005, p. 383) assinala que a punibilidade é sempre uma implicação jurídica advinda da averiguação de uma conduta culpável do autor; nessa fase o "*jus puniendi*" estatal transpassa do abstrato e materializa-se na sanção ou na possibilidade desta.

Greco (2008, p. 707) disserta que:

[...] a punibilidade é uma conseqüência natural da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável levada a efeito pelo agente. Toda vez que o agente pratica uma infração penal, isto é, toda vez que infringe o nosso direito penal objetivo, abre-se a possibilidade para o estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.

Revela o digno doutrinador Prado (2008, p. 637) que a punibilidade:

[...] por vezes, está subordinada ao implemento de uma condição extrínseca ao delito (condição objetiva de punibilidade); em outras vezes, o agente está isento de pena em razão de uma condição de natureza pessoal (escusa absolutória); por fim, casos há em que a punibilidade – embora de início configurada – é declarada extinta (causas de extinção da punibilidade).

A partir da punibilidade declarada extinta serão tecidas considerações a seguir. Na conceituação de Capez (2007, p. 546), "são aquelas que extinguem o direito de punir do Estado."

A prescrição como causa extintiva da punibilidade veio prevista no art. 107, IV, e regulamentada pelos arts. 109 a 119 do mesmo diploma legal.

Greco (2008, p. 729) conceitua a prescrição penal "[...] como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade."

O Estado, único detentor do direito de punir antes de a lei penal ser violada, possui somente o direito punitivo de forma abstrata, no entanto, a partir do exato momento em que esta é transgredida, passa ele (Estado) a ser detentor do direito de punir em concreto, tornando legítima a possibilidade de imposição de sanção ao infrator da norma penal. Essa possibilidade jurídica de aplicar uma pena ao transgressor é chamada punibilidade. Contudo, existem causas de extinção da punibilidade, ou seja, há fatos ou atos jurídicos que podem vir a impedir o direito de punir do Estado. Entre estes fatos, está a prescrição penal, que ocorre pelo decurso do tempo fixado em lei (DELMANTO, 2002, p. 215).

O instituto em comento mostra-se essencial ao Estado Democrático de Direito, e algumas entre as razões da assertiva expõem-se: 1. confere segurança jurídica ao cidadão, vedando seja ele perseguido criminalmente por tempo indeterminado; 2. impõe ao Estado que efetivamente se movimente em sua atividade jurisdicional, em prol da própria sociedade; 3. com o decurso do tempo, a pena perde a sua finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora.

No curso da ação penal, a qualquer tempo, percebendo o juiz a existência de causa extintiva da punibilidade declara-a de ofício, evidentemente, se esse fato não admitir controvérsia (TOURINHO FILHO, 2009, p. 205).

Indaga Tourinho Filho (2009): "Se já não há *jus puniendi*, se o réu não mais pode ser punido, se não há nenhuma perspectiva de puni-lo, para que a prossecução da ação?" "Somente não se dá prescrição em dois tipos de crimes: racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, porque há expressa previsão constitucional (art. 5, XLII e XLIV)." (NUCCI, 2006, p. 499).

3.2 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

A prescrição penal de forma básica divide-se em duas espécies, quais sejam: 1. Prescrição da pretensão punitiva (impropriamente chamada de "prescrição da ação"); 2. Prescrição da pretensão executória (também conhecida por "prescrição da condenação").

A diferença entre essas duas formas de prescrição advém, conforme os ensinamentos de Bitencourt (2002, p. 708), da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitiois*.

Discorre Nucci (2006, p. 491), enaltecendo a existência de duas espécies de ocorrência da prescrição penal: "a) pela pena *in abstracto*; b) pela pena *in concreto*". Naquela, explica o doutrinador, ainda não há uma condenação (transitada em julgado), inexistindo, portanto, uma pena concretizada a servir de base para o cálculo da prescrição, sendo necessário então fazer uso da pena máxima cominada à conduta delituosa praticada pelo agente. No segundo caso, por sua vez, já existe a sentença condenatória transitada em julgado (ao menos para a acusação) e, portanto, uma pena fixada que servirá de base de cálculo da prescrição.

Não obstante dividir-se em duas espécies, a prescrição pode ocorrer de quatro formas distintas, quais sejam: a) prescrição abstrata: é aquela que se regula pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada a determinado tipo penal (redação dada pelo artigo 109 do Código Penal); b) prescrição da pretensão executória (ou da condenação): ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prescrição passa a ser regulada pela pena aplicada (*in concreto*), observando-se os prazos dispostos nos artigos 109 do Código Penal, sendo a perda do poder-dever de executar a sanção imposta; c) prescrição superveniente ou intercorrente: quando esta ocorre depois do trânsito em julgado para a acusação ou do improvidamento do seu recurso, tomando-se por base a pena fixada na sentença penal condenatória (CP, art. 110, § 1º); d) prescrição retroativa: com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo do primeiro momento para sua contagem.

Há de se tomar real cuidado ao se referir a esse tipo de prescrição visto a recente alteração legislativa atinente à questão.

A Lei n. 12.233, de 5 de maio de 2010, trouxe inovações aos artigos 109 e 110 do Código Penal. De imediato, em seu parágrafo primeiro, a referida lei explana o seu objetivo de "excluir a prescrição retroativa", fato que de plano se vê frustrado, pois ainda subsiste a possibilidade de sua ocorrência entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível.

Em verdade, o que se tentou fazer foi eliminar a nova corrente da prescrição penal antecipada, porém sobre-existindo a prescrição retroativa, sobrevive a possibilidade da antecipada.

4 DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA

No caminhar por engenho da doutrinária surge as notas da prescrição penal antecipada a fim de dissolver um pouco dos entraves existentes até a concretização da Justiça, embora rechaçada pela maior parte dos Tribunais e também pelo Poder Legislativo, como se *supra* com a edição da Lei 12.233/10.

O instituto da prescrição antecipada é vista de diferentes formas pelos doutrinadores, bem como aplicado de maneiras diversas nas decisões judiciais.

Para Baltazar (2003, p. 107), é reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo da prolação da sentença, considerando-se a pena que o réu viria a ser condenado, fazendo evitar o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, haja vista já ser possível saber que o destino será a extinção da punibilidade.

De outro norte, Capez (2010, p. 569) vê a prescrição antecipada fundamentada no princípio da economia processual, uma vez ser inútil movimentar todo o aparato da máquina estatal com processos natimortos, nos quais, ao final, inevitavelmente, haverá de ser reconhecido que o Estado perdeu o direito de punir o infrator.

Contudo, é na falta de interesse de agir que se encontra o principal fundamento da prescrição antecipada, já que ocasiona a ausência de justa causa para o ajuizamento e a persecução da ação. Nos dizeres de Marques (1999, p. 505) "o interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável."

Este é o ponto crucial que exsurge ao se falar em prescrição penal antecipada (a falta de interesse de agir), o binômio necessidade e utilidade, em processos penais natimortos, que trarão proveito algum à sociedade e, ao contrário, promoverão prejuízo, tanto ao erário quanto à eficiência da prestação jurisdicional.

Delmanto (2002, p. 218) sustenta que "[...] a solução para a celeuma da prescrição antecipada não está na extinção da punibilidade da pena que seria imposta em possível condenação [...] mas sim na falta de justa causa para a persecução penal", pois "o fundamento da lide penal está no poder-dever de punir, que inexistirá nas ações passíveis de aplicação do instituto [...] uma vez que a ação desde o início era natimorta."

Machado (2000, p. 198-199) defende que a apreciação do instituto em comento necessita se realizar diante do caso concreto, respeitada suas particularidades, devendo o juiz se aproximar da realidade social e buscar o cerne do Direito Penal moderno, qual seja, a busca de uma solução justa, mesmo que para tal intento seja necessário deixar a dogmática em segundo plano.

Por fim, com grande sabedoria discorre Martini (1999), precursor do instituto da prescrição virtual, que, pela magnitude, cita-se de forma literal:

Lenta e com retrocessos, tem sido a evolução do Poder Judiciário, que na atualidade encontra-se de certa forma desacreditado pelos jurisdicionados que, talvez por desconhecerem a sua rotina, a carga de serviços a que seus membros estão submetidos e também a sua total falta de estrutura por não ser arrecadador de dinheiro, coloca-o como o único vilão. Dentre as várias críticas, está a sua morosidade em dar a tutela almejada dentro do prazo ideal, o que certamente geraria nos cidadãos, se a prestação fosse ágil, o sentimento de justiça realizada e temeridade à violação da norma posta. Entretanto, por mais que se fale em reforma judiciária, súmula vinculante, controle externo etc., ao meu ver, esta situação não será resolvida a curto e médio prazo, porque antes destas reformas, deve-se primeiro enxugar o elevado número de leis existentes no Brasil, dentre elas, mormente as que atrapalham o desenrolar da justiça contemplando procedimentos engessados e prevendo inúmeros recursos, razão pela qual devem os magistrados, no âmbito pessoal, procurar determinadas formas para que esta situação se amenize, tornando a prestação jurisdicional, senão ideal, ao menos viável. Na atualidade, não há mais lugar àqueles que se demonstram excessivamente formalistas, mas tão somente aos aplicadores do direito, arrojados, dinâmicos, que exercem a função judicante como sacerdócio, sentindo prazer em estudar para cada vez mais se tornarem exímios e justos equacionadores dos conflitos sociais. Os ranços de uma justiça lenta, arcaica e formalista não mais encontram eco num mundo globalizado e informado pela rapidez e clareza da internet. Noutras palavras, o juiz deve ostentar mentalidade progressista, de conformidade com as necessidades atuais, interpretando as normas de forma lógica e finalística, voltando-se mais para a tutelar final, a qual soluciona o conflito, do que para o instrumento que até a ela induz. [...] Pois bem, todos os cultores do direito devem buscar, utilizando de seu preparo intelectual, respostas para este, que não deixa de ser um grande problema. Conquanto eu, juiz criminal, na minha área, encontrei uma saída, que apesar de não estar prevista em lei e ser repudiada por muitos, é possível de ser aplicada, face a sua extrema lógica.

5 CONCLUSÃO

Há em verdade, se pensando de forma simples, um irônico paradigma. Ao Estado é confiado o dever de polícia, de preservar e garantir a segurança pública, de manter a ordem social, a paz, sendo-lhe atribuído com exclusividade o direito de punir e, ao mesmo instante, é-lhe imposto freios. E isto se faz com total razão. O poderio do Estado (soma de todas as pequenas parcelas de direitos dos seus cidadãos, como imaginou Rousseau) é gigantesco quando comparado ao de um isolado cidadão, podendo ser abertas brechas para episódios por demais injustos. É necessário, portanto, em um Estado Democrático de Direito, a existência de

pesos e contrapesos, com um governo com poderes limitados (teoria tripartite aconselhada por Montesquieu) (SILVEIRA, 2001, p. 587-588)

Vive-se atualmente uma preocupante situação englobando todo o sistema jurídico. Legislativo, Judiciário e Executivo em panes. O primeiro, Legislativo, com pautas abarrotadas de projetos de lei que passam anos em discussão, aperfeiçoamento, emendas, e não conseguem chegar com a devida precisão ao mundo jurídico, isto somado ainda aos existentes interesses politiceiros envolvidos. É notória a falta de capacidade de a Legislação acompanhar a rápida evolução da sociedade. O Judiciário, com gigantesco e interminável acúmulo de processos, gerado por mais das vezes pelo exacerbado formalismo processual, somado às inúmeras possibilidades de recursos, além de algumas situações meramente protelatórias. Por fim, um Executivo, com total insuficiência de execução, advinda, principalmente pela falta de estrutura e recursos destinados a programas eficazes que garantam a consecução final da prestação, que concerne ao direito penal diz respeito à sonhada ressocialização.

Somado tudo isso, o único resultado possível de se chegar é o da descrença na Justiça. É imediata a necessidade de se pensar na credibilidade e eficiência da prestação jurisdicional, e isso por certo já vem sendo percebido pelos principais astros dos processos (magistrado, advogados, membros do ministério público), em principal, as partes e a sociedade.

Parte dos pensadores do direito, a doutrina de vanguarda, alerta quanto ao caráter instrumental do processo, aludindo à precisão de os mecanismos processuais aproximarem-se quanto mais possível das pretensões da população.

Expressam eles a impossibilidade de se manter aprisionado a ultrapassados procedimentos formais pela simples afeição ao tecnicismo legal, ainda mais quando este se der em avaria à final prestação material do direito.

Os valores haverão de ser contrabalanceados. Se de um vértice não se pode abrir mão das garantias da forma (procedimento), do outro se faz precípua a eficácia da matéria. O direito processual e o direito material prescindem de harmonia.

No exato momento em que o procedimento ultrapassa a sua necessária formalidade, tornando-se unicamente protelatório, oneroso e ausente de funcionalidade, não se pode considerar como devido esse processo legal e, muito menos, como justo.

A brief review of the possibility of recognition and applicability of prescription virtual in the brazilian legal

Abstract

It is an analysis of the Institute of the prescription virtual front principiologicas bases of constitutional law, primarily the freedom. With the emergence of organized civil society, it was necessary to establish a means capable of containing the human egocentrism, one of the punishment. The right to punish, with the social evolution now belongs exclusively to the state. However, jus puniendi state is not eternal, and may be lost due to various causes, among which, over time. Time dims the consequences of acts by restoring social peace by removing the need and usefulness of punishment. Hence, the Institute of the prescription of criminal law. In compliance with the requirement retroactive criminal, and in view of the problems faced in the Judiciary (efficiency / length), the thinkers of the right (legal scholars, judges, etc..) Created the Virtual Institute of the prescription (early in perspective) basing it primarily on the lack of interest in acting.

Keywords: Right to Punish. Freedom. Efficiency. Usefulness. Prescription. Legality.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**. Bauru: Edipro, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 maio 2010.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**, de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 28 maio 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. **Justa Causa Penal – Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1999. v. 3.

MARTINI, Paulo. Prescrição em perspectiva – questão de bom senso e necessidade. **Juris Síntese**. n. 17, maio/jun. 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 29 maio 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal (Due Process Of Law)**. 3. ed. rev atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Revista Síntese **Direito Civil e Processual Civil**, ano 6, n. 36, jul./ago. 2005.