

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PARA A
CARREIRA DA MAGISTRATURA, PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

JOÃO CORDEIRO

PRESCRIÇÃO VIRTUAL: FUNDAMENTOS PARA SUA APLICAÇÃO
E ASPECTOS POLÊMICOS DO INSTITUTO

PORTO VELHO

2017

JOÃO CORDEIRO

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL: FUNDAMENTOS PARA SUA APLICAÇÃO
E ASPECTOS POLÊMICOS DO INSTITUTO**

Monografia apresentada para a obtenção do título de Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura, Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON, Sob a orientação do Me. Sérgio William Domingues Teixeira (orientador de conteúdo) e Ma. Elaine Piacentini Bettanin (metodologia científica).

PORTO VELHO/RO

2017

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA
JOÃO CORDEIRO

PRESCRIÇÃO VIRTUAL: FUNDAMENTOS PARA SUA APLICAÇÃO
E ASPECTOS POLÊMICOS DO INSTITUTO

Natureza: Monografia para conclusão de curso
Objetivo: Obtenção do grau de Especialização em
Direito para a Carreira da Magistratura

Banca examinadora:

Arlen José Silva de Souza
Juiz Mestre
Avaliador

Franklin Vieira dos Santos
Juiz Mestre
Avaliador

Sérgio William Domingues Teixeira
Juiz Mestre
Orientador

Dedico a toda minha família que me deu o apoio cuja dimensão ainda não sei mensurar e a meu orientador, pelo suporte de conhecimento e incentivo na busca de meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

A meu Pai Odair (*in memoriam*), que não faz mais parte desse plano físico, mas que, onde estiver, certamente vibra por essa vitória. Ainda que não seja visível, sua presença é marcante em mim.

A minha Mãe Lúcia, minha primeira torcedora e incentivadora. Aquela que nunca perdeu a fé em mim, mesmo quando eu parecia ter perdido.

A minha esposa Jéssika, pela paciência e compreensão neste período de ausência e pelo apoio carinhoso e amoroso que sempre me acalma. Amo-te muito!

A meus filhos Matheus e Lucas, para que se inspirem no exemplo que tento passar de que o esforço em estudar vale a pena.

A meus irmãos Chico e Luciana, pelo amor e admiração incondicionais e recíprocos.

A meus diletos colegas de curso, hoje amigos, que tanto me auxiliaram nessa caminhada. Vocês me elevaram a um patamar que eu não pensava em chegar!

Aos meus enteados Arthur e Davi e aos meus cunhados Karime e Cláudio, por todos os momentos especiais.

Aos professores pelo conhecimento transmitido e por terem conseguido despertar em mim uma admiração ainda maior pela carreira da Magistratura, sonho que se tornou mais palpável e mais intensamente desejado.

Aos coordenadores e à administração do curso, em especial Deisy, Alessandra, Lúcia, Ilma e Celson, pelo atendimento sempre gentil e dedicado que nos prestaram.

Aos Diretores da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia: Desembargador Sansão Batista Saldanha e Desembargador Paulo Kiochi Mori, por zelarem pela excelência da Emeron.

Aos Vice-Diretores: Juiz Ilisir Bueno Rodrigues e Juiz Guilherme Ribeiro Baldan, pelas presenças constantes, atenciosas e pelos inúmeros esforços despendidos no sentido de atender aos alunos com qualidade.

Aos Juízes e meus ex-colegas de faculdade Áureo Virgílio Queiroz, Franklin Vieira dos Santos e Arlen José Silva de Souza. Foi um prazer e um orgulho aprender com vocês, desta vez, tendo-os como Professores. Quanta honra!

Ao meu Orientador, Juiz Sérgio William Domingues Teixeira, maior exemplo que tenho de dedicação, competência e amor pelo que faz. Tenho a certeza que o mundo seria bem melhor se tivéssemos exemplos como ele a seguir.

“Não é o trabalho, mas o saber trabalhar, que é o segredo do êxito no trabalho. Saber trabalhar quer dizer: não fazer um esforço inútil, persistir no esforço até o fim, e saber reconstruir uma orientação quando se verificou que ela era, ou se tornou, errada”.
(Fernando Pessoa)

RESUMO

A prescrição virtual é uma construção jurisprudencial e doutrinária genuinamente brasileira e ocorre quando é possível antever, pelo estágio em que se encontra o processo criminal, que futuramente será decretada a prescrição retroativa. A utilização da prescrição virtual tem sido intensamente debatida no meio jurídico brasileiro, entretanto, dúvidas surgem a respeito de seu funcionamento e da sua inserção no meio judicial, sendo a principal delas relativa à sua classificação como causa de extinção da punibilidade ou de carência de ação. Este trabalho apresenta um panorama geral da prescrição, com foco especial na prescrição virtual, bem como uma pesquisa sobre o instituto, concluindo pela viabilidade de sua aplicação e de suas vantagens para contribuir com um melhor funcionamento do Poder Judiciário.

Palavras chave: Prescrição virtual. Aplicação. Situação no Estado de Rondônia. Viabilidade. Vantagens.

ABSTRACT

Virtual prescription is a judicial and doctrinal construction genuinely brazilian and occurs when it's possible to foresee, from the stage in which the criminal process is, futurely retroactive prescription will be declared. The use of virtual prescription has been intensely debated in brazilian legal area, however, doubts come about its functioning and its insertion in judicial world, being the main of them related to its classification as a punishability extinction cause or as a lack of action. This study presents an overview about prescription, with special focus on virtual prescription, as well as a research about the institute, concluding for the viability of its application and its advantages to contribute with a better functioning of the Judiciary.

Keywords: Virtual prescription. Application. Situation in Rondônia State. Viability. Advantages.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PRESCRIÇÃO	12
2.1. Conceito de prescrição.....	12
2.2. Natureza jurídica da prescrição	14
2.3. Fundamentos da prescrição	15
2.3.1. Teoria do esquecimento	15
2.3.2. Teoria da emenda do delinquente (readaptação social)	15
2.3.3. Teoria político-criminal.....	15
2.3.4. Teoria da prova (teoria da dispersão das provas).....	16
2.3.5. Teoria da punição do Estado pela inércia	16
2.3.6. Teoria da perda do caráter social	16
2.4. Histórico/Origens da prescrição	17
2.5. Breves apontamentos sobre a prescrição no Brasil	17
2.6. Espécies de prescrição	18
2.6.1. Prescrição pela pena máxima em abstrato (prescrição da pretensão punitiva propriamente dita)	18
2.6.2. Prescrição intercorrente	19
2.6.3. Prescrição retroativa.....	20
2.6.4. Prescrição da pretensão executória	21
2.7. Efeitos da prescrição	22
3. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 12.234, DE 05/05/2010	23
4. PRESCRIÇÃO VIRTUAL	25
4.1. Nomenclatura	25
4.2. Origem do instituto da prescrição virtual	25
4.3. Conceito	26
4.4. Natureza jurídica da prescrição virtual	31
4.5. Prescrição virtual e as zonas de certeza do <i>quantum</i> da pena	34
4.6. Prescrição virtual na jurisprudência.....	35
4.7. Argumentos contrários à prescrição virtual.....	40
4.7.1. Princípio da legalidade	40
4.7.2. Princípio da obrigatoriedade da ação penal	44
4.7.3. Princípio do devido processo legal	46

4.7.4. Princípio do <i>ne procedat judex ex officio</i>	46
4.7.5. Princípio da ampla defesa e do contraditório	47
4.7.6. Impedimento de o réu obter uma sentença de mérito	47
4.7.7. Impedimento da instrução processual	50
4.7.8. Imposição ao réu de uma presunção de culpa/violação do princípio da inocência	51
4.7.9. Negação ao réu de um título executório para a reparação civil	51
4.7.10. Desconsideração da possibilidade de <i>mutatio libelli</i>	52
4.8. Argumentos favoráveis à prescrição virtual	53
4.8.1. Economia processual	53
4.8.2. Falta de uma das condições da ação: o interesse de agir	54
4.8.3. Falta de justa causa	59
4.8.4. Princípio da dignidade da pessoa humana	61
4.8.5. Direcionamento do Poder Judiciário aos processos que têm maior probabilidade de serem efetivamente úteis	63
4.8.6. Evita-se o desgaste judicial e o desprestígio à Justiça	64
4.8.7. Princípio da eficiência	65
4.8.8. Princípio da instrumentalidade processual	66
4.8.9. Princípio da razoabilidade	68
4.8.10. Princípio da razoável duração do processo	70
4.9. Quem pode requerer ou suscitar a prescrição virtual e de que forma	72
4.10. Momento em que se pode reconhecer a prescrição virtual	74
4.11. Efeitos da prescrição virtual	77
4.12. A prescrição virtual nos crimes de competência do Júri	77
4.13. Projetos de normas legais que contemplam a prescrição virtual	78
5. A VISÃO DA MAGISTRATURA SOBRE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL	82
5.1. A última palavra ainda não foi dada	84
5. CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

1. INTRODUÇÃO

Poucos temas são tão polêmicos como a prescrição virtual, aplicada com alguma frequência na seara criminal. Trata-se de uma hipótese em que se considera, de forma antecipada, a ocorrência da prescrição retroativa.

Ainda não há previsão expressa da prescrição virtual em lei, o que permite que se diga que ela não é, propriamente, causa extintiva da punibilidade. Trata-se, em síntese, da constatação da carência de ação, pela ausência de interesse de agir que causa a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Os debates a respeito da prescrição virtual se iniciaram em fins da década de 1980 e, até os dias de hoje, têm gerado acaloradas discussões, com argumentos convincentes e lógicos favoráveis e contrários à sua aplicação.

Atualmente, o entendimento que predomina no Superior Tribunal de Justiça está consubstanciado na Súmula 438 daquela Corte que diz: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Na pesquisa realizada, constatou-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, apesar da existência da Súmula 438 do STJ, têm, cada vez mais, respectivamente, opinado favoravelmente e decidido pela aplicação da prescrição virtual.

Neste estudo, será apresentado um panorama geral sobre o instituto, suas origens, fundamentos contrários e favoráveis e, finalmente, aspectos que ainda geram grande polêmica, visando a construir um conhecimento a respeito do tema.

Foi realizada, ainda, uma pesquisa junto aos magistrados das Varas Criminais e Varas do Tribunal do Júri de Porto Velho e breves entrevistas pessoais com a maioria dos Desembargadores das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, com vistas a conhecer o pensamento dos julgadores acerca do instituto da prescrição virtual.

O empecilho da falta de previsão expressa em lei e a existência de súmula contrária ao instituto não está, como se verá, impedindo peremptoriamente sua aplicação, em especial no 1º grau.

O direito é dinâmico, está sempre em evolução, visa à paz social. É neste sentido que se espera que, em breve, a prescrição virtual seja devidamente

regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, mormente em razão das críticas acerbas a respeito da morosidade do Poder Judiciário.

Este trabalho aponta a aplicação da prescrição virtual como algo benéfico em vários aspectos enquanto não se concretiza a hoje utópica solução do melhor aparelhamento do Estado (polícia-investigação, Ministério Público-ação penal e Poder Judiciário-julgamento). Este seria o panorama ideal, que não permitiria que crimes ficassem sem a devida resposta por parte do Estado, entretanto, isso não se afigura possível, ao menos em uma análise realística atual.

De toda sorte, as discussões que se travam sobre o tema deste trabalho são extremamente profícuas para a construção, senão de uma legislação clara a respeito, ao menos de um pronunciamento definitivo por parte do Poder Judiciário, para dirimir as dúvidas que gravitam sobre sua aceitação, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, até o momento, já se manifestou contrário ao instituto, mas não de forma Vinculante.

2. PRESCRIÇÃO

A intenção é apresentar um panorama geral sobre o instituto, sem a pretensão de se fazer um manual sobre a prescrição, haja vista que as noções aqui apresentadas serão um meio para o debate sobre a prescrição virtual, verdadeiro objetivo deste trabalho.

O rol do artigo 107 do Código Penal, que trata da extinção da punibilidade, apresenta em seu inciso IV a prescrição como uma de suas causas. Ressalte-se que o rol não é exaustivo, pois há exemplos de extinção da punibilidade na parte especial do Código Penal e em leis esparsas. Exemplos: art. 312, § 3º do CP, art. 89, § 5º, Lei nº 9.099/1995.

2.1. Conceito de prescrição

Para se chegar ao conceito clássico de prescrição, há que se compreender o que vem a ser o direito de punir do Estado (*jus puniendi*), punibilidade, pretensão punitiva e pretensão executória.

O Estado, graças à evolução da sociedade e do direito, explicada por filósofos como Rousseau em “O Contrato Social”, tornou-se o único titular do *jus puniendi*, conceituado por Frederico Blasi Netto como sendo:

O direito que tem o Estado de aplicar o cominado no preceito secundário da norma penal incriminadora contra aquele que, praticando a ação ou omissão descrita no seu preceito primário, venha a causar dano ou lesão a outrem.¹

Interessante lembrar que o direito de punir, antes apenas abstrato, com o cometimento da infração penal passa a ser concreto, fazendo com que surja a relação jurídico-punitiva entre o Estado e o autor do delito. É o que se denomina de punibilidade, ou, nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus: “A punibilidade é consequência jurídica da prática do delito”.²

A pretensão punitiva é a exigência que o Estado passa a ter, a partir do momento de cometimento da infração penal, de punir o seu autor. Há, nesse momento, uma subordinação do direito de liberdade do indivíduo ao poder-dever de punir, cujo titular, como dito, é o Estado.

¹ **Prescrição penal: manual prático para entendê-la e calculá-la.** 4ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 3.

² **Prescrição penal.** 12ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3.

Transitando em julgado a sentença condenatória³, surge para o Estado a pretensão executória, que é justamente a exigência de impor a sanção penal estabelecida na sentença.

Importante lembrar que tanto o direito de punir como o direito de executar a pena imposta têm prazos para serem exercidos. Esses prazos são chamados de prazos prescricionais e estão disciplinados no art. 109 do Código Penal, com as demais regras sobre prescrição nos seus artigos 110 a 119.

Feitos os esclarecimentos iniciais, ressaltando que a prescrição é causa de extinção da punibilidade, pode-se conceituá-la como sendo a perda do direito de punir pelo seu não exercício dentro do prazo previsto em lei.

Damásio lembra, ainda, em sua conceituação, que a prescrição ocorre com o não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória, o que já permite dividir a prescrição em dois ramos: prescrição da pretensão punitiva (PPP) e prescrição da pretensão executória (PPE) que serão estudados adiante.

Enfocando tanto a pretensão punitiva quanto a executória, interessante é a conceituação de prescrição trazida por Igor Teles Fonseca de Macedo ao ensinar que:

Prescrição penal é a perda pelo Estado do seu direito de punir o delinquente em decorrência do transcurso de certo lapso temporal, previamente estipulado em lei, sem que se finde a persecução criminal ou que se inicie ou continue a execução da pena imposta por decisão transitada em julgado.⁴

Observa-se que afloram, nitidamente, dois requisitos essenciais para a ocorrência da prescrição: a inércia ou ineficácia do Estado e o decurso de tempo, todos considerados nos conceitos formulados por Guilherme de Souza Nucci⁵, Cezar Roberto Bitencourt⁶ e Cleber Masson.⁷ Este último, assim escreve: “Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto”.

³ Mister se faz uma lembrança. O STF, em decisão datada de 05/10/2016 entendeu que, mesmo sem transitar em julgado uma sentença condenatória, o réu condenado pode ser recolhido à prisão. No entanto, para fins didáticos adota-se, no presente trabalho, a concepção de que a pretensão executória tem lugar quando do trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁴ **Prescrição virtual ou em perspectiva.**____Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 3.

⁵ **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 7ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 607.

⁶ **Tratado de direito penal: parte geral, 1.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 873.

⁷ **Direito penal esquematizado: parte geral, 1.** 9ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015, p. 1037.

2.2. Natureza jurídica da prescrição

Não apenas por questão meramente classificatória, há necessidade de se posicionar o instituto da prescrição em um ramo determinado do direito para fins de melhor compreendê-lo e interpretá-lo.

Há grandes discussões que apontam para três vertentes da natureza jurídica do instituto da prescrição: de direito penal, de direito processual penal ou de caráter misto.

Parece acertada a corrente que situa a prescrição entre os institutos com natureza de direito material (penal), pelo simples fato de que atinge não o processo, mas o direito de punir do Estado, extinguindo-o. O processo é simples meio para que seja aplicada uma pena.

Nesse sentido, lapidar a lição de Damásio:

A prescrição constitui matéria de direito penal, não de direito processual penal. Esse é o sistema de nossa legislação, que a inclui entre as causas extintivas da punibilidade, disciplinando-a em várias disposições do CP (arts. 107, IV, 1ª figura, e 108 a 118).⁸

A prescrição foi, ao longo da evolução do direito penal, sendo afastada do conceito de ação e aproximando-se do conceito de pena e, embora haja efeitos processuais decorrentes da prescrição (rejeição da denúncia, por exemplo), entende-se que são consequência do próprio *jus puniendi* estatal.

A título de ilustração, os que entendem ter a prescrição natureza processual afirmam que isso se deve ao obstáculo que ela representa ao início ou prosseguimento da persecução criminal e, ainda, que outros entendem possuir o instituto natureza mista, por possuir características de ambos os ramos do direito.

Afastando eventuais dúvidas a respeito do assunto, Heráclito Antônio Mossin e Júlio César de Oliveira Guimarães Mossin são bastante assertivos ao esclarecerem eventuais dúvidas a respeito do caráter penal da prescrição:

Diante de tais matizes, é forçoso convir que o instituto da prescrição não pertence ao campo do direito processual, nem de forma insulada e nem de maneira mista, por ser assunto jurídico completamente estranho aos seus fins instrumentais a serviço da aplicação do direito penal, tornando-o uma realidade, mesmo porque a pena somente pode ser infligida por intermédio do devido processo legal, ligado a outras garantias fundamentais, como ampla defesa e o contraditório.⁹

Saber qual a natureza da prescrição, além de proporcionar melhores

⁸ Op. cit., p. 18.

⁹ **Prescrição em matéria criminal.**____Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 36.

condições para compreendê-la e interpretá-la, como dito anteriormente, especialmente tratando-se de instituto que lida com prazos, é essencial para saber efetuar a correta contagem destes, haja vista que a contagem de prazos, em matéria penal, difere daqueles de matéria processual penal, tendo esta aplicação imediata.

Considerando, ante todo o exposto, que a prescrição é instituto de direito material, a contagem de prazos deve obedecer ao que dispõe o artigo 10 do Código Penal, em que o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo, o que não ocorre na contagem dos prazos regulada pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 798.

Deve-se ressaltar, ainda, que a prescrição, causa de extinção de punibilidade, é de ordem pública e, como tal, deve ser declarada de ofício pelo juiz em qualquer fase do processo, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.¹⁰

2.3. Fundamentos da prescrição

Várias são as teorias que apresentam os fundamentos para a existência e a aplicação da prescrição. São elas:

2.3.1 – Teoria do esquecimento

Segundo os defensores dessa teoria, o transcorrer do tempo faz com que o crime caia no esquecimento, desaparecendo, assim, o alarme social e o interesse na punição, que se torna desnecessária e sem objetivo.¹¹

2.3.2 – Teoria da emenda do delinquente (readaptação social)

Fundamenta-se na emenda do delinquente e sua adequação a um comportamento aceitável socialmente com o decurso do tempo.

2.3.3 – Teoria político-criminal

Essa teoria apresenta a prescrição como uma medida administrativa do Estado para promover a extinção da ação penal.

2.3.4 – Teoria da prova (teoria da dispersão das provas)

¹⁰ Código de Processo Penal

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício.

¹¹ Não concordamos com a teoria de que, com o tempo, esquece-se o fato criminoso praticado, mas é óbvio que macula a intensidade com que a sociedade aguarda a resposta estatal. O esquecimento nunca é total, especialmente no tocante à família da vítima (quando a vítima não é o Estado).

Também baseada no decurso do tempo, a teoria da prova entende que quanto mais distante cronologicamente da data do cometimento do fato estão a instrução e os atos processuais, mais as provas se perdem ou tornam-se mais difíceis de serem produzidas e as testemunhas se esquecem dos detalhes relativos ao crime, o que torna a defesa precária e a sentença tendente a ser menos justa.

2.3.5 – Teoria da punição do Estado pela inércia

Caracteriza a prescrição como uma forma de punir o Estado pela sua inércia ou pela sua ineficácia em exercer, nos prazos corretos, o *jus perseguendi in judicio* ou o *jus executionis*. Na citação de Zaffaroni e Pierangeli:

Mas sobram razões para sua adoção, pois a inércia do Estado e a ineficiência de seus órgãos de repressão obrigam-no a restringir o poder-dever de punir, e o reconhecimento da prescrição, em tal situação, nada mais representa do que o triunfo da liberdade sobre a deficitária e ineficiente máquina repressiva do Estado.¹²

2.3.6 – Teoria da perda do caráter social

Para essa teoria, segundo Mossin & Mossin¹³: “A demora, tanto na efetivação da persecução criminal ou na execução da *sanctio legis*, faz perder o caráter inflitivo e corretivo da sanção penal (caráter social)”.

Resumo interessante das teorias que fundamentam a prescrição pode ser encontrado na doutrina de Ney Moura Teles, assim apresentado:

O direito de punir, do Estado, é entendimento pacífico, não pode perdurar por todo o tempo.
O tempo exerce influência importante nas provas necessárias para uma condenação. Testemunhas se esquecem, outras morrem, documentos desaparecem, o transcorrer do tempo vai apagando os vestígios do crime, prejudicando a apuração da verdade, o que vai causar grandes dificuldades para a formação do convencimento do julgador.¹⁴

Há ainda outras teorias citadas por diversos autores, ou mesmo teorias que possuem o mesmo fundo, o mesmo argumento, com nomenclaturas diferentes. Exemplos que podem ser citados são: teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso; teoria do transcurso do tempo; teoria psicológica; teoria do interesse diminuído; teoria da piedade.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal v. 1: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 654.

¹³ Op. cit., p. 53.

¹⁴ **Direito Penal**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002, p. 580.

2.4. Histórico/origens da prescrição

O decurso do tempo, como dito, é requisito essencial para a ocorrência da prescrição e já no direito grego se lhe reconhecia a capacidade de extinguir a ação penal, porém, não pela inércia do Estado, mas por questão de ordem processual, relativa à dificuldade de fazer prova da prática delitiva.

O Direito Romano apresenta a primeira menção ao instituto da prescrição mais próxima do que o conhecemos hoje e a *Lex Julia de adulteriis*, datada de 18 a.C. é o primeiro documento legislativo que estabeleceu, para os crimes de adultério estupro e lenocínio, o prazo prescricional de cinco anos, em homenagem às festas lustrais, de cunho religioso, o que conferia um aspecto de perdão dessa mesma matiz para os delitos.

O termo “prescrição” advém do latim *praescriptio*, que deriva do verbo *praescribere*, que significa escrever antes.

A Revolução Francesa introduziu, em 1791, a prescrição da pretensão executória, posteriormente seguida por outros países.

2.5. Breves apontamentos sobre a prescrição no Brasil

No Brasil, ainda no tempo do Império, verificou-se a primeira menção à ideia de prescrição, quando o Código Criminal de 1830 estabeleceu, em seu artigo 65, a regra da imprescritibilidade, nos seguintes termos: “As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum”.

Pouco tempo após, veio o Código do Processo Criminal de 1832, diploma que, em seus artigos 54 a 57, estabelecia prazos diversos de prescrição.

Atualmente, é o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), cuja Parte Geral foi inteiramente alterada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que estabelece regras gerais sobre prescrição.

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, apesar de ser considerada uma carta garantista, estabeleceu, em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV, dois crimes gravados pela imprescritibilidade, quais sejam: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, operou-se, de fato e de direito, uma ruptura com o regime ditatorial militar, que se iniciou em 1964 e findou-se em 1985.

O processo de ruptura, obviamente, conferiu contornos garantistas à Carta Magna, assim, não se entende como lógica a opção do legislador de reservar o carácter de imprescritibilidade a estas duas práticas, considerando-se que há outros delitos bem mais graves em nosso ordenamento jurídico. Pecou, portanto, o legislador, pela falta de proporcionalidade.

2.6. Espécies de prescrição

Como já preliminarmente comentado, a depender do momento em que ocorre a prescrição, seja antes ou depois da sentença condenatória transitada em julgado, ela pode atingir o *jus perseguendi in judicio* (prescrição da pretensão punitiva) ou o *jus executionis* (prescrição da pretensão executória).

Outro aspecto que vale salientar, por representar também uma diferença entre a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato e a prescrição da pretensão executória (pena em concreto), conforme lembrança de Igor Teles Fonseca de Macedo, é:

A inércia do Estado não necessariamente deve ser plena, ocorrendo, igualmente, a prescrição nos casos nos quais o aparato estatal, malgrado mobilizado, não obtém êxito em solucionar o delito dentro do lapso temporal tido pelo legislador como razoável.¹⁵

2.6.1. Prescrição pela pena máxima em abstrato (prescrição da pretensão punitiva propriamente dita)

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é calculada com base no máximo de pena cominada e seu enquadramento na tabela do artigo 109 do Código Penal, que traz os seguintes prazos prescricionais:

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

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

Vale dizer que, para efeito de contagem do prazo da prescrição da pretensão

¹⁵ Op. cit., p. 4.

punitiva, levam-se em consideração as causas de aumento e diminuição de pena. Na tentativa, por exemplo, conta-se a pena máxima reduzida da menor fração possível, ou seja: um terço. Quando há causa de aumento, deve ser considerada a maior fração existente.

Dentre as duas espécies de prescrição mencionadas, registre-se que, na prescrição da pretensão punitiva, além da prescrição pelo máximo da pena em abstrato, há duas¹⁶ outras subespécies que são a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa. Ambas levam em consideração a pena concreta aplicada ao réu e a data que marca a contagem do prazo prescricional é a da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, mas com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, na forma da redação do § 1º do Art. 110 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Há, todavia, uma diferença entre a prescrição intercorrente e a retroativa: a contagem do lapso prescricional naquela se dá para frente (tempo decorrido depois da sentença), enquanto que nesta, a contagem é feita para trás (busca-se um lapso prescricional antes da sentença).

2.6.2. Prescrição intercorrente

Tipificada no artigo 110, § 1º do Código Penal e também chamada de superveniente ou subsequente, guarda grandes semelhanças com a prescrição retroativa, pois ambas estão previstas no mesmo dispositivo legal e têm como base a pena em concreto fixada na sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

Como já dito, na prescrição intercorrente, conta-se o prazo prescricional da sentença condenatória (irrecorrível para a acusação) para frente e poderá se configurar até o julgamento definitivo de recurso interposto pela defesa, caso este

¹⁶ Entendemos correto o entendimento de Igor Teles Fonseca de Macedo que subdivide a prescrição da pretensão punitiva em três espécies: prescrição da pena em abstrato, prescrição intercorrente e prescrição retroativa. *In*: op. cit., p. 17/18.

lapso se enquadre num dos incisos do artigo 109 com base no *quantum* de pena aplicada.

Observação relevante para a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação é que esta deverá ser imutável no tocante ao *quantum* de pena aplicada. Caso a acusação recorra, não para aumentar a pena, mas para qualquer outra reforma na decisão (exemplo: regime de cumprimento de pena), já estará sendo contado o prazo prescricional.

2.6.3. Prescrição retroativa

Esta espécie de prescrição é uma criação genuinamente brasileira. É de suma importância se ter uma ideia precisa do instituto porque a prescrição virtual não é senão a projeção da ocorrência futura da prescrição retroativa.

A prescrição retroativa, como espécie de prescrição da pretensão punitiva que é, surgiu a partir da constatação de que o cálculo do prazo prescricional pela pena máxima cominada gerava uma injustiça, quando já se tinha o *quantum* de pena máxima (conforme o que diz o § 1º do art. 110 do Código Penal) em concreto efetivamente aplicada ao réu.

Uma observação da história permite ver que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a prescrição contando-se o lapso prescricional da sentença para trás e que, muitas vezes, esse lapso era mais que suficiente para já se ter reconhecida a prescrição.

No início da década de 1960, a discussão na Suprema Corte brasileira foi intensa¹⁷, gerando a Súmula 146, redigida na sessão de 13 de dezembro de 1963, que assim estabeleceu: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Posteriormente, com a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, a aceitação da prescrição retroativa consubstanciou-se nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal (atualmente o § 2º não existe mais, pois foi revogado pela Lei 12.234/2010, que modificou também o § 1º), mas foi mais prejudicial do que é hoje pelo fato de não extinguir os efeitos secundários da pena.

A grande consolidação da prescrição retroativa se deu com a reforma da

¹⁷ Nelson Hungria, Ministro do Supremo Tribunal Federal à época das discussões que levaram à Súmula 146 era grande defensor da prescrição retroativa e foi justamente quem apresentou o anteprojeto do Código Penal naquele mesmo ano de 1963.

Parte Geral do Código Penal, introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a qual inseriu a possibilidade de consideração do lapso transcorrido entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia como prazo prescricional, ou seja: não só a fase processual, mas também a fase pré-processual (investigação policial), tradicionalmente lenta e ineficaz, poderia gerar a ocorrência da prescrição retroativa.¹⁸

Na regra atual da prescrição retroativa, em obediência às alterações promovidas pela Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, conta-se o prazo prescricional para trás, ou seja: da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação para a data de recebimento da denúncia, afastando-se o período anterior a esta, para fins de prescrição.

2.6.4. Prescrição da pretensão executória

Quando a sentença transita em julgado para ambas as partes, o Estado passa a ter o direito de executar a pena, o que implica em dizer que possui o *jus executionis*, ou o direito concreto de impor a sanção aplicada na sentença. Essa é a inteligência do *caput* do artigo 110 do Código Penal, já transcrito anteriormente.

A prescrição da pretensão executória ocorre quando o Estado não cumpre o seu poder-dever de executar a pena, correndo o prazo prescricional com base na pena concretizada desde o trânsito em julgado, aplicando-se os prazos fixados no artigo 109 do Código Penal. A propósito, são dois os termos iniciais do prazo para a contagem da prescrição da pretensão executória, conforme ditames do artigo 112 do diploma legal citado, assim redigido:

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível
 Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:
 I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;
 II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Em relação ao inciso II do art. 112 acima transcrito, vale ressaltar que o artigo 113 trata do caso de evasão de condenado que estava em cumprimento de pena,

¹⁸ Eis a redação do Artigo 110 do Código Penal dada pela reforma de 1984:

Artigo 110.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

estabelecendo que a prescrição passa a ser regulada pelo tempo que resta da pena¹⁹, seguindo a máxima de que “pena cumprida é pena extinta”.

Além da necessidade de se ter como base uma sentença condenatória irrecorrível, a prescrição da pretensão executória se diferencia pelos seus efeitos, que são restritos à extinção da pena, permanecendo íntegros os demais efeitos penais e extrapenais da condenação, conforme se verá no item a seguir.

2.7. Efeitos da prescrição

Como já dito, há duas grandes espécies de prescrição, sendo que uma atinge a pretensão punitiva e a outra atinge a pretensão executória e que a grande diferença entre as duas está no fato de que a primeira ocorre quando ainda não há sentença com trânsito em julgado e a segunda já conta com esse evento.

É importante se ter a perfeita noção das diferenças entre as duas espécies de prescrição, porque seus efeitos também serão diversos. Em termos gerais, quando a prescrição é da pretensão punitiva, seus efeitos são mais amplos, atingindo a pena, seus efeitos principais e secundários. Já quando a prescrição é da pretensão executória, o que é extinta é somente a pena principal e a medida de segurança, permanecendo os demais efeitos.

Na lição de Frederico Blasi Netto, a prescrição, causa determinante da extinção da punibilidade, há que ser vista em duas dimensões distintas:

- 1ª) extintiva da pretensão punitiva, quando irá alcançar o próprio direito de ação do Estado;
- 2ª) extintiva da pretensão executória, atingindo tão somente o seu direito de executar a pena principal aplicada na sentença.²⁰

Eis, então, um elenco dos efeitos da prescrição da pretensão punitiva:

- 1 – Extingue a punibilidade;
- 2 – Não constitui título executivo para efeito de reparação do dano na esfera civil, por não haver sentença condenatória irrecorrível;
- 3 – Impede a imposição das penas principais ao réu: reclusão, detenção, prisão simples e multa, ou da medida de segurança (art. 96, parágrafo único do Código Penal);
- 4 – Impede que sejam atribuídos ao réu os efeitos secundários da condenação: não tem seu nome lançado no rol dos culpados, não lhe marcam os antecedentes, não gera futura reincidência pelo fato em questão no caso de cometer novo delito, fica desobrigado do pagamento das custas

¹⁹ Código Penal.

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional

Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

²⁰ Op. cit., p. 25.

e, caso tenha pago fiança, deve o valor a ele ser restituído (art. 337 do Código de Processo Penal);

5 – Não pode ser utilizada em processo administrativo;

6 – Deve o réu ser colocado imediatamente em liberdade, caso se encontre preso em decorrência de medida cautelar pessoal;

7 – Caso o réu tenha sofrido medidas cautelares reais como o sequestro, arresto ou hipoteca legal, a extinção da punibilidade ocasionará, respectivamente, o levantamento daqueles e o cancelamento desta;

8 – Não impossibilita a concessão de sursis em outro processo quando do cometimento de outra infração típica;

9 – Não pode ser utilizado como fator impeditivo para a concessão de fiança;

10 – Não admite o confisco;

11 – Permite a restituição das coisas apreendidas, exceto se forem ilícitas;

12 – O funcionário público ou aquele que desempenha cargo eletivo deve ser reintegrado na função; deverá ser devolvida a habilitação para dirigir; cancelada a hipoteca.

Acentua-se a diferença entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória porque nesta houve a imposição de pena ao réu, mas o Estado fica impedido de executá-la (penas principais e medida de segurança), embora todos os efeitos secundários persistam. São eles:

1 – Reincidência;

2 – Lançamento do nome do réu no rol dos culpados;²¹

3 – Pagamento das custas processuais e multa, sendo utilizada para tal fim, caso prestada, a fiança;

4 – Constituição da sentença como título executivo no juízo cível;

5 – As medidas cautelares reais, a exemplo do sequestro e da hipoteca legal, também gerarão normalmente seus efeitos no que tange à reparação do dano emergente da prática criminosa.

3. Alterações promovidas pela Lei nº 12.234, de 05/05/2010

Apenas para introduzir o assunto, que será convenientemente abordado mais adiante, faz-se necessário mencionar que a Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, surgiu com um claro propósito: excluir a prescrição retroativa. Tanto é que o seu artigo 1º estabeleceu, *verbis*:

Art. 1º. Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

Embora a *mens legis* tenha sido claramente exposta em seu artigo 1º, o objetivo da lei não foi alcançado porque apenas o § 2º do artigo 110 do Código Penal foi revogado.

²¹ A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, revogou o artigo 393 do Código de Processo Penal que assim dispunha:

“Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança;

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”.

De iniciativa legislativa do Procurador de Justiça aposentado do Estado do Rio de Janeiro e então Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, o projeto de lei 1.383/2003 mencionava, entre suas justificativas, os seguintes argumentos:

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.

É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual.

Pior, os grandes ataques ao patrimônio público, como temos visto ultimamente, dificilmente são apurados na gestão do mandatário envolvido, mas quase sempre acabam descortinados por seus sucessores. Assim, nesse tipo de crime específico, quando apurada a ocorrência de desfalque do erário, até quatro anos já se passaram, quando, então, tem início uma intrincada investigação tendente a identificar os protagonistas do ilícito penal, o que pode consumir mais alguns anos, conforme a experiência tem demonstrado.

[...]

Por último, a pena diminuta de vários crimes, aliado ao grande número de feitos que se acumulam no Poder Judiciário – considerando-se, inclusive, a possibilidade de recursos até os Tribunais Superiores, bem como o entendimento de que as suas decisões confirmatórias da condenação não interrompem o curso do prazo prescricional, tornando tais crimes, na prática, não sujeitos a qualquer punição, o que seguramente ofende o espírito da lei penal.

[...]

Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, còscios de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.²²

A Lei nº 12.234/2010 conseguiu apenas fazer com que a prescrição retroativa não tivesse por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa, revelando-se possível, ante o exposto, que ainda ocorra essa causa extintiva de punibilidade, tendo por termo inicial a data do recebimento da inicial acusatória.

Nitidamente, a Lei nº 12.234/2010 revelou-se prejudicial para a situação dos acusados, tendo aplicação a partir de sua publicação, ocorrida no dia 06 de maio de 2010, sendo certo que os delitos praticados antes desta data permaneceram regidos pela antiga redação dos §§ 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, bem como o

²²

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=144916&filename=PL+1383/2003.

inciso VI do artigo 109 do Código Penal, cujo prazo prescricional era de 2 (dois) anos, quando o máximo da pena fosse inferior a 1 (um) ano (a lei em questão passou esse prazo prescricional, do inciso VI do art. 110 do Código Penal, para três anos).

4. Prescrição virtual

4.1. Nomenclatura

Neste trabalho, opta-se, preferencialmente, por chamar o instituto sob comento de “prescrição virtual”, embora haja inúmeras outras formas de denominá-lo.

Para efeito de melhor compreensão e evitar mal-entendidos, registre-se também que a prescrição virtual é chamada por alguns autores de: prescrição em perspectiva, prescrição projetada, prescrição pela pena presumida, prescrição em tese, prescrição pré-calculada, prognose prescricional, prescrição ficta, prescrição pela pena ideal, prescrição retroativa antecipada, prescrição pela pena hipotética ou prescrição antecipada.

Poderão ser usados outros nomes para o instituto, especialmente quando houver menção ou citação de autores, entretanto, frise-se que o vocábulo “virtual” dá clara ideia de algo potencial ou com alto grau de possibilidade de ocorrência.

4.2. Origem do instituto da prescrição virtual

Igor Teles Fonseca de Macedo²³ aponta como tendo as bases da prescrição virtual sido lançadas por Antônio Scarance Fernandes no ano de 1987, por ocasião da Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal. À época, este autor falava da necessidade de uma permissão para que não fosse instaurado processo quando inevitável a ocorrência da prescrição em que se considerasse pena eventual, o que indica uma prescrição virtual ainda em fase pré-processual.

Não havia, ainda, o termo prescrição virtual, ou em perspectiva, ou em função da pena hipotética, ou simplesmente prescrição antecipada, como é comum ver-se nos livros de direito e decisões jurisprudenciais, mas alguns juízes e até tribunais, apesar da resistência inicial ao instituto, continuaram a aplicá-lo.

²³ Op. cit., p. 77.

Desde a sua fase embrionária até os dias atuais, a prescrição virtual conta com ferrenhos defensores²⁴ e implacáveis críticos²⁵. A bem da verdade, nada mais natural que esse posicionamento divergente, dada a velocidade com que as situações novas pegam o direito de surpresa e este não pode se furtar a estudá-las.

Ponto positivo para a polêmica que a prescrição virtual gerou quando do seu surgimento (e que perdura até hoje), é que os debates sobre ela se intensificaram, proporcionando a necessária lapidação do instituto.

4.3. Conceito

Para que se produza um conceito satisfatório de prescrição virtual é necessário que se tenha uma perfeita ideia dos prazos prescricionais constantes no artigo 109, das hipóteses de redução dos prazos prescricionais constantes no artigo 115 e o termo inicial de contagem do prazo quando o trânsito em julgado se deu somente para a acusação ou quando o recurso desta foi improvido, constante no artigo 110, § 1º, todos do Código Penal.²⁶

Os prazos prescricionais podem sofrer suspensão ou interrupção, nos casos

²⁴ Ada Pellegrini Grinover, Afrânio Silva Jardim, Antônio Scarance Fernandes, Celso Delmanto, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fernando Capez, Francisco Afonso Jawsnicker, Guilherme de Souza Nucci, José Antônio Paganella Boschi, Luiz Flávio Gomes, Luiz Sérgio Fernandes de Souza, Renee de Ó Souza, Rogério Sanches.

²⁵ César Roberto Bitencourt, Damásio Evangelista de Jesus, Júlio Fabbrini Mirabete, Luís Régis Prado.

²⁶ **Prescrição antes de transitar em julgado a sentença**

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

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

Prescrição das penas restritivas de direito

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

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§1º. A prescrição, depois de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa.

[...]

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

dos artigos 116 e 117, respectivamente e esses fenômenos devem ser considerados para se realizar a prognose de uma possível prescrição.

Lembre-se que as causas de diminuição e aumento de pena e as qualificadoras são consideradas para o cálculo do prazo prescricional, pois aquelas podem ultrapassar os limites legais mínimo e máximo previstos e estas possuem pena autônoma distinta e superior à pena cominada no tipo básico.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, desde há muito, aplicam, também, a regra do mínimo legal, que significa que, não havendo fundamentação, a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal, sob pena de nulidade da sentença.²⁷

Reflete perfeitamente a regra do mínimo legal o julgado abaixo transcrito, da lavra da ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ELEMENTARES DO TIPO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. Precedentes desta Corte Superior.

2. Ordem concedida para afastar da condenação do ora Paciente a exasperação da pena-base, diante da ausência de fundamentação hábil a ensejar a sua elevação acima do mínimo legal.²⁸

Ocorre a prescrição virtual quando se calcula em perspectiva o *quantum* da pena que poderá ser aplicado ao réu baseada nos elementos constantes no processo (inquérito policial, provas, perícias, denúncia etc.), usando o raciocínio previsto nos artigos 59 e 68 do Código Penal. Na breve conceituação de Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim:²⁹

Trata-se de uma análise sobre o futuro. É verificada qual seria a possível pena concreta a ser aplicada no caso de condenação, de acordo com as

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal Militar. *Habeas Corpus*. Nulidades: fundamentos do acórdão que agravou a pena e do que aplicou a pena acessória de perda da função pública. *Habeas Corpus* nº70884 do tribunal de justiça do estado do Ceará. José Fernandes Moreira, Miguel Cavalcanti Neto e outros. Rel. Min. Paulo Brossard, Brasília, DF, 21 de junho de 1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705848/habeas-corpus-hc-70884-ce>>. Acesso em 13 dezembro 2016.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. *Habeas Corpus*. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Fixação da pena-base acima do mínimo. Art. 59 do Código Penal. Inexistência de motivação concreta. Elementares do tipo. *Habeas Corpus* nº 47507 do tribunal de justiça do estado do Mato Grosso do Sul. Vera Lúcia Daré. Rel. Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8992176/habeas-corpus-hc-47507-ms-2005-0145942-9/inteiro-teor-14165202>>. Acesso em 24 dezembro 2015.

²⁹ **Direito penal: parte geral**. Coordenação Leonardo de Medeiros Garcia, 5ª ed., vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 541. – (Coleção sinopses para concursos).

circunstâncias apresentadas. Se for antevista uma pena que certamente levaria à prescrição, conclui-se que se torna inútil toda a atividade jurisdicional.

No mesmo sentido o Promotor de Justiça Renee do Ó Souza³⁰, do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, assinala a vinculação do julgador às diretrizes objetivas (relacionadas ao crime) e subjetivas (relacionadas ao réu):

O sistema penal brasileiro de aplicação de pena não tem caráter totalmente subjetivo e de livre apreciação do juiz, vale dizer, a pena é cominada sempre tendo em vista questões e dados objetivos acerca do crime, do autor e da vítima. As regras de atribuição da reprimenda são pautadas em critérios ditados pelo próprio Código Penal em seus dispositivos legais. Deste modo, não pode o juiz, ao proferir uma sentença condenatória, aplicar qualquer pena de forma indistinta, sob pena de cometer abuso e ilegal discricionariedade.

O professor Luiz Flávio Gomes apresenta, também, interessante conceito da prescrição em perspectiva:

A prescrição da pretensão punitiva virtual (subespécie da PPP) é, como dissemos, construção doutrinária e jurisprudencial (jurisprudência da primeira instância), de acordo com a qual, tendo-se conhecimento do fato, bem como das circunstâncias que seriam levadas em conta quando o juiz fosse graduar a pena e chegando-se a uma provável condenação, tomar-se-ia por base essa pena virtualmente considerada e far-se-ia a averiguação de possível prescrição, quando então não haveria interesse em dar-se andamento em ação penal que de antemão pudesse encerrar com a extinção da punibilidade.³¹

Faz-se, portanto, um exercício de prognose da provável pena a ser aplicada e, em seguida, caso o lapso transcorrido da data do recebimento da denúncia até o momento do exercício seja maior do que o prazo prescricional previsto no artigo 109, tendo como base esse prognóstico, entende-se que o processo já terá sido alcançado pela prescrição e que o seu prosseguimento será inútil, haja vista não poder ser executada uma pena em caso de condenação do réu.

Não se quer afirmar aqui que a pena projetada seja exatamente a mesma que aquela que seria calculada e aplicada na sentença, mas, com a utilização pelos operadores do direito que atuam no processo do raciocínio jurídico de cálculo da pena oferecido pelo Código Penal, não se pode pensar, por outro lado, que se

³⁰ SOUZA, Renee do Ó. Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação. **Promotor de Justiça na defesa da sociedade**. Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com.br/2007/04/prescrio-virtual-ou-antecipada.html>. Acesso em 10 dezembro 2016.

³¹ Gomes, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 novembro 2016.

distanciaria de forma a alterar também o enquadramento dos prazos prescricionais, segundo os incisos do artigo 109 daquele diploma legal. Tanto é assim que o Promotor de Justiça Rubens de Paula,³² em artigo sobre o tema, opinou:

Conquanto não possamos, nesse processo, estabelecer a pena-base com precisão matemática, face à subjetividade da valoração de cada critério, não menos verdade é que seria descarada hipocrisia dizer ser impossível determinar aproximadamente este *quantum*.

Corroborando o que foi apresentado acima, Igor Teles Fonseca de Macedo lembra que, ao pretender o reconhecimento da prescrição virtual, o operador do direito “não deve adstringir-se a uma pena exata para fins de antevisão do período prescricional ao qual se enquadrará a hipotética sanção concreta, servindo-se de um lapso temporal em que fatalmente a pena estará incluída”.³³

O raciocínio utilizado por quem pleiteia o reconhecimento da prescrição virtual, para a segurança do seu reconhecimento no processo, deve ser sempre voltado para a busca da sanção máxima que poderá ser aplicada pelo magistrado, de posse dos dados existentes quando estes sejam contundentemente suficientes para se concluir que o patamar da pena hipotética se enquadraria num dos lapsos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal.

Não se prega aqui que a prescrição virtual deva ser reconhecida quando reste dúvida acerca da futura constatação da prescrição retroativa. A dúvida deve ser ao máximo possível afastada com a realização do juízo hipotético do cálculo da pena. A respeito, cabe lembrar a lição de Marcelo Carita Correra, Procurador Federal, que escreveu:

Quanto à individualização da pena, a prescrição virtual trata, apenas, de um juízo hipotético, construído diante dos antecedentes e circunstâncias do fato típico praticado. Logo, por não implicar efetiva restrição da liberdade, mas somente juízo hipotético, não há qualquer vício. A jurisprudência pátria (sobretudo a cultura da pena mínima) está consolidada e permite, com segurança, uma projeção do magistrado sobre a pena concreta que seria aplicada.

É claro que, se houver dúvida, deve prevalecer o interesse da sociedade, com o afastamento da prescrição virtual. Mas, note-se que essa dúvida precisa ser objetiva e não pode ser invocada para afastar a aplicação do instituto quando é inegável a incidência da prescrição retroativa.³⁴

³² PAULA, Rubens de. Da prescrição antecipada. **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, Mato Grosso. Disponível em: <http://www.mp.mt.gov.br/noticias.php?IDCanal=MzQ=&IDSubCanal=Mjk=&view=ODQ=>>. Acesso em 28 novembro 2016.

³³ Op. cit., p. 98.

³⁴ CORRERA, Marcelo Carita. Da prescrição virtual no Direito Penal. **Conteúdo jurídico**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo-da-prescricao-virtual-no-direito-penal,50547.html>>. Acesso em 16 dezembro 2015.

Observa-se que não há malabarismos, não há ilusionismos, não há contorcionismo para que a pena projetada se enquadre nos prazos do artigo 109 do Código Penal e, posteriormente, se conclua que a prescrição será fatalmente reconhecida.

Na acusação, na defesa e na condução do processo figuram personagens que conhecem o direito, fiscalizam-se mutuamente e devem zelar para que sejam dados ao réu todos os recursos, direitos e garantias legais.

Discorda-se de qualquer ilação no sentido de que há uma “adivinhação” da pena para “matar o processo”. A antevisão da pena, tendo como parâmetros os comandos dos artigos 59 e 68 do Código Penal, é praticada por todos os personagens do processo dentro das suas funções constitucionalmente previstas, para que raciocinem sobre os destinos da causa e tomem as medidas cabíveis.

Da mesma forma, não é razoável crer que antever a pena, seja pela defesa, seja pela acusação, é forma de investir-se indevidamente na função de julgar, própria do magistrado. Ora, é perfeitamente possível que o promotor ou o advogado alerte o juiz sobre algo que este ainda não tenha atentado, como é o caso da provável ocorrência de uma prescrição retroativa, que o faça concluir pela carência de ação por falta do interesse de agir.

O conceito de prescrição virtual, como todo instituto jurídico, revela aspectos que os autores entendem mais preponderantes. Há conceitos amplos e simples, resumidos. A título de ilustração, seguem abaixo dois conceitos:

CONCEITO AMPLO: é o reconhecimento da carência de ação por parte do Estado-Acusador, ou do particular imbuído na função de acusar, a depender do caso concreto, em decorrência da constatação irrefragável, ou com elevadíssimo grau de certeza, de que ocorrerá no instante da prolação da sentença, no hipotético caso de condenação, a prescrição retroativa – vislumbrável por intermédio da antevisão da pena a ser imposta ao acoimado, que, por sua vez, é possível mediante o cotejamento das circunstâncias judiciais insculpidas no artigo 59 do Código Penal e do mandamento preconizado no artigo 68 do mesmo Diploma Legal com os elementos referentes à pessoa do acusado, ao fato criminoso e à vítima contidos nos fólios –, resultando na aferição da inutilidade na instauração da ação penal, ou na sua continuação, acaso já iniciada, desaguando tal constatação no falecimento da condição da ação denominada interesse de agir, mais especificadamente na sua conhecida faceta interesse-utilidade.

CONCEITO RESUMIDO: é o reconhecimento da carência de ação (falta de interesse-utilidade), por conta da constatação de que eventual pena que venha a ser aplicada, numa condenação hipotética, inevitavelmente será abarcada pela prescrição retroativa, tornando inútil a instauração da ação

penal, ou, se for o caso, a continuação da ação já iniciada.³⁵

Também a jurisprudência oferece conceitos diversos de prescrição virtual:

O reconhecimento antecipado da prescrição em razão da pena em perspectiva, ou prescrição virtual ou ideal é a constatação da prescrição, antecipadamente, levando-se em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado.³⁶

Diante de todo o exposto, nosso conceito para o instituto é: o reconhecimento da prescrição retroativa, considerando-se a sua ocorrência futura, com elevado grau de probabilidade e projetando uma pena hipotética calculada a partir dos artigos 59 e 68 do Código Penal, com base nas provas, circunstâncias e outros elementos de convicção obtidos até determinado momento do processo penal.

4.4. Natureza jurídica da prescrição virtual

Há quem entenda que a prescrição virtual é uma subespécie da prescrição retroativa e também quem diga ser uma espécie de prescrição da pretensão punitiva.

Exemplo de autor que classifica a prescrição virtual como subespécie da prescrição da pretensão da punitiva é Fernando Capez³⁷. À primeira vista, com acerto esta corrente, pois a prescrição virtual não conta ainda com a sentença transitada em julgado.

Frise-se ainda que, apesar de a prescrição virtual se utilizar do mesmo raciocínio da prescrição retroativa, dela se destaca por ainda não ter sido prolatada no processo uma sentença, o que indica que o *quantum* de pena é ainda apenas mera projeção.

Embora este trabalho trate especificamente do caso de prescrição virtual com antevisão da pena e consideração do lapso decorrido (contado para trás), Igor Teles Fonseca de Macedo apresenta também interessante, embora rara, possibilidade de ocorrência da prescrição virtual do lapso a decorrer (contado para frente), no caso de acusado provisoriamente detido sem previsão de julgamento do seu recurso, em

³⁵ MACEDO, Igor Teles Fonseca de, *in*: op. cit., p. 93-94.

³⁶ PARÁ. Tribunal de Justiça. Prescrição virtual ou antecipada. RSE 201230269678. Rel. Des^a. Maria Edwiges de Miranda Lobato. Disponível em: <http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165148181/recurso-em-sentido-estrito-rse-201230269678-pa>. Acesso em 30 novembro 2016.

³⁷ **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 16ª ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 595.

que o exercício de antevisão do cálculo da pena tornasse extremamente provável a ocorrência da prescrição.

Tudo isso confirma que a prescrição virtual não se enquadra entre as hipóteses da prescrição da pretensão executória por não haver trânsito em julgado da decisão condenatória.

Para se definir a natureza jurídica da prescrição virtual, essencial que se conheça o pensamento de alguns autores e que se tenha o entendimento pleno das dissensões apresentadas a respeito.

Heleno Cláudio Fragoso³⁸ entende que, apesar de motivada por um aspecto processual, a prescrição virtual gera, como via de consequência, a extinção da punibilidade, conforme transcrição abaixo:

A solução técnica pode ser produzida pelo direito processual. Nada impede que se invoquem institutos de processo penal para sustentar a imediata extinção desses processos. Se o processo não pode atingir qualquer resultado prático útil, ensinam os processualistas que não há interesse processual, que é condição para o legítimo exercício do direito de ação isso acarretará a extinção do processo e, via de consequência, da punibilidade.

Menos conhecida e pouco adotada a opinião de Hugo de Brito Machado³⁹ que propõe, em analogia ao que ocorre no artigo 6º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que o juiz singular proceda a uma espécie de julgamento antecipado da lide.

Entendemos que a tese é difícil de ser aceita, apesar de possuir lógica jurídica. O fato é que a Lei nº 8.038/1990 institui normas procedimentais para processos específicos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, portanto, dificilmente, estas Cortes aceitariam um rito que lhes é próprio e que demande deliberação, ou seja: decisão mediante um órgão colegiado.

O que se apresenta como mais moderno é o entendimento de que a natureza jurídica da prescrição virtual é de carência de ação por falta de interesse de agir (especificamente na sua faceta interesse-utilidade) ou na falta de justa causa para a ação penal, em razão da impossibilidade de se obter qualquer resultado prático ou útil com o prosseguimento do processo.

Guilherme de Souza Nucci⁴⁰, adepto da falta do interesse de agir, opina no mesmo sentido ao ensinar: “[...] continuamos sustentando a possibilidade de se

³⁸ **Lições de direito penal.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 521/522.

³⁹ Julgamento antecipado em matéria penal. **Revista jurídica: doutr., legisl., jurispr.** Porto Alegre, v. 43, n. 208, p. 33-34, fev. 1995.

⁴⁰ Op. cit., p. 614.

resolver a questão pela via processual, no campo do interesse de agir”.

Adeptos da falta de justa causa para a persecução penal para questões em que seja possível reconhecer a prescrição virtual, Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio Machado de Almeida Delmanto⁴¹ expõem:

[...] a solução para este impasse não se encontra na extinção da punibilidade com base na pena que seria imposta em possível condenação, que realmente nos parece *difícil de sustentar*, mas, sim, na *falta de justa causa para a persecução penal*. Com efeito, tendo em vista que o “poder-dever de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal” (ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, Saraiva, 1993, p. 15) tem por fundamento o próprio “poder-dever de punir” (*idem*, p. 11), não há sentido em admitir-se a persecução penal quando ela é *natimorta*, já que o “poder de punir”, se houver condenação, fatalmente encontrar-se-á extinto. Perder-se-ia todo o trabalho desempenhado, até mesmo para efeitos civis, já que, ao final, estaria extinta a própria pretensão punitiva (“ação penal”).

Não há, como se vê, extinção da punibilidade, como a conhecemos, mas extinção do processo, sem qualquer efeito prejudicial ao réu e ressaltando-se a hipótese de novas provas serem descobertas, possibilitando que se proceda a novas pesquisas, conforme teor do artigo 18 do Código de Processo Penal.⁴²

Parece, ante o exposto, um contrassenso falar de prescrição virtual sendo que ela não é, de fato, uma prescrição, mas o fato é que, fazendo-se um raciocínio plenamente baseado no Código Penal para a antevisão da pena, conclui-se pela inutilidade flagrante do processo, depondo contra vários princípios, como o da celeridade, da razoabilidade, da razoável duração do processo e até mesmo da eficiência.

Em relação especificamente ao termo “prescrição”, notável a lição de Igor Teles Fonseca de Macedo:

[...] conquanto comporte na sua nomenclatura o vocábulo “prescrição”, ele não pode ser considerado como uma modalidade desta, porquanto as causas extintivas da punibilidade, como bem salientam os pensadores contrários à prescrição em perspectiva, necessitam, por uma questão de segurança jurídica, de previsão legal expressa.⁴³

Sendo, pois, apesar do nome “prescrição”, um nítido caso de carência de ação, por desaparecer o interesse de agir ou a justa causa, tem-se que a prescrição

⁴¹ **Código penal comentado**. 6ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 2002, p. 218.

⁴² Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

⁴³ Op. cit., p. 85.

virtual gera apenas coisa julgada formal e relaciona-se com a prescrição penal de forma tangencial.

4.5. Prescrição virtual e as zonas de certeza do *quantum* da pena

Há no direito administrativo, em especial, uma grande discussão sobre o que se convencionou chamar de “teoria dos conceitos indeterminados”. Trata-se de uma teoria que promove grandes debates relativos ao tema da discricionariedade.

Desta teoria, vamos tirar a ideia das zonas de certeza negativa (o que não é seguro, o que não se enquadra em um conceito) e positiva (o que é seguro, o que se enquadra em um conceito) e fazer uma relação dela com a antevisão da pena, para efeito da prescrição virtual.

Tome-se a magistral lição do Professor Marcelo Lamy sobre os conceitos jurídicos indeterminados, para que possamos traçar um paralelo mais eficaz sobre a utilização dessa teoria no assunto tratado neste trabalho:

Vê-se, portanto, que o preenchimento de parte do significado jurídico de um conceito indeterminado é possível, embora sempre permaneça uma zona cinzenta indeterminável.

Suplantada a possibilidade, importa determinar que meios podem ser admitidos para tal preenchimento de significância.

Nosso ordenamento, como todos os modernos, tem como pressuposto que toda e qualquer ação ou decisão de qualquer autoridade pública deve ser fundamentada e que esta motivação deve ser feita utilizando-se do próprio Direito. Em termos gerais podemos dizer que os órgãos públicos somente podem agir e decidir *fundados na juridicidade*.

Nossa Constituição é enfática, em sua literalidade, sobre a necessidade de fundamentação: o inciso LXI, do artigo 5º, diz que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada; o artigo 93 estabelece que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas (inc. IX) e mais, que todas as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas (inc. X). Ou seja, todo e qualquer ato administrativo e judicial exige fundamentação.

E mais, esta fundamentação deve sempre estar permeada de juridicidade.⁴⁴

Dois são os aspectos mais importantes a serem avaliados e comparados: 1º) o preenchimento de parte do significado jurídico de um conceito indeterminado tem relação direta com a projeção de uma pena, posto que não se sabe se o conceito vai realizar o que tinha em mente o legislador, assim como não se sabe se a pena seria a mesma caso o processo tivesse chegado ao seu termo; 2º) ambas as ações devem ser fundamentadas.

O artigo 109 do Código Penal fala em “intervalos” de tempo, o que dá uma

⁴⁴ LAMY, Marcelo. **Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle.** Disponível em: http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_cji.htm. Acesso em 11 dezembro 2016.

certa margem para se dizer que a pena prognosticada se enquadrará em um destes intervalos, afastando-se do que seria a “zona cinzenta” da teoria ora abordada, em que a certeza diminui até quase desaparecer (zona de certeza negativa).

Em interessante artigo, o advogado Edemilson Mendes da Silva faz uma introdução oportuna para os comentários do assunto. Diz o citado autor sobre a prescrição virtual:

Nesta modalidade levava-se em conta a pena em perspectiva para o cálculo da prescrição, e, se da análise detida do caso concreto, concluir-se que a pena ficará no mínimo legal ou em patamar que, analisando os marcos e os transcurso tal pretensão já está fulminada pela prescrição é de se declará-la, eis que “nada de útil, portanto, poderá extrair da prestação jurisdicional de caráter punitivo, diante da virtual “prescrição retroativa”, que atinge a própria pretensão punitiva estatal e todos os seus efeitos”.⁴⁵

Os marcos ou limites estabelecidos nos incisos do artigo 109 do Código Penal dão segurança para o reconhecimento da prescrição virtual pois, a depender da variação, podem alcançar a prescrição ainda que com uma ou outra circunstância desfavorável ao réu, conforme a análise devida do processo.

4.6. Prescrição virtual na jurisprudência

A jurisprudência, assim como a doutrina, não é uníssona nem ao acatar ou a rejeitar a tese da prescrição virtual. No entanto, como já ressaltado, desde o final da década de 1980, vem se discutindo bastante a respeito e no início da década de 1990, o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em julgamento de crime de homicídio culposo, registrou um elucidativo voto do juiz Walter Theodósio, nestes termos:

Cuida-se de acusação de homicídio culposo contra ré menor de 21 anos. A pena em perspectiva iria situar-se ao redor de um ano de detenção, o mínimo, eis que a menoridade relativa configura-se como atenuante legal. Inviável supor-se pena superior a dois anos de detenção. O lapso prescricional, inicialmente, de quatro anos, reduz-se da metade, definindo-se em dois anos, em razão da menoridade relativa do paciente. Entre a data do fato, 31-10-87, e a data do recebimento da denúncia, 5-11-90, já decorreu o mencionado prazo prescricional. Considerada tal situação, cabe reconhecer-se a inviabilidade do recebimento da denúncia. Não se recusa que a denúncia oferta os requisitos necessários à provocação da prestação jurisdicional. Todavia, o quadro descrito em torno da prescrição em perspectiva determina invocar-se que a ação penal, ao lado de suas peculiaridades, rege-se pelos princípios gerais do processo. Reclamável, pois, a trilogia clássica das condições do exercício da ação, *legitimatio ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Revela-se

⁴⁵ SILVA, Edemilson Mendes da. **Lei nº 12.234/2010: alterações ao § 1º e revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14890/lei-n-12-234-2010-alteracoes-ao-1-e-revogacao-do-2-do-art-110-do-codigo-penal>>. Acesso em 11 novembro 2016.

evidente que no interesse de agir está o *desideratum* de extrair proveito útil no exercício da ação. A intervenção jurisdicional decorre da necessidade, que o autor tem, de obter, pela ação do Estado, o interesse material. Inseto na malha da tessitura processual, o *petitum* mediato, o bem material em jogo, não pode esse componente ser afastado, no exame concreto do tema, sob pena de transformar-se o interesse de agir em instituto puramente abstrato, vazio, dominado por espírito de diletantismo, desprovido de conteúdo pragmático. [...] No episódio vertente, sob cunho pragmático, abstraído o vazio formalismo, colhe-se que a prescrição vai dissolver a própria pretensão punitiva estatal, em face da pena concretizada, segundo os mandamentos dos arts. 109, V, 110, §§ 1º e 2º, e 115 do CP. O processo penal, por exigências processuais, sob imperativo de princípios constitucionais, mostra-se jornada árdua, envolvendo um complexo trabalho do magistrado, do Ministério Público, da defesa, dos funcionários, numa atividade de tal porte que não se justifica sem um objetivo: dar resposta jurisdicional à pretensão punitiva estatal, sob feição final da coisa julgada. Estando fora de perspectiva tal resultado, eis que a prescrição acenada irá desintegrar a própria ação penal, porque aponta, em face da pena a ser concretizada, inevitavelmente não superior a dois anos, que a pretensão punitiva estatal não podia ter sido intentada, não se vislumbra interesse de agir, *hic et nunc*.⁴⁶

Um dos Tribunais de Justiça que mais vem contribuindo com a aceitação da tese da prescrição virtual é o do Estado do Rio Grande do Sul, que conta com várias decisões, como as abaixo transcritas:

DESACATO. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. INCONFORMIDADE MINISTERIAL DA DECISÃO QUE DECLAROU EXTINTA A PUNIBILIDADE DA RÉ PELA PRESCRIÇÃO. Eventual condenação da ré seria inútil, pela prescrição da pena projetada, tendo em vista o decurso do prazo prescricional da data do fato até o presente momento, haja vista que até a presente data não foi recebida a denúncia, devendo ser mantida a decisão que extinguiu a punibilidade, pois fulminado o interesse de agir. RECURSO DESPROVIDO.⁴⁷

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil. Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Assim, só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social. E a custas de desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. Desta forma, demonstrando que a pena projetada, na hipótese de uma condenação, estaria prescrita, deve-se declarar a prescrição, pois a submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não intimidá-lo, numa forma de adiantamento de pena. Recurso improvido.⁴⁸

⁴⁶ TELES, Ney Moura, *in*: Op. cit., p. 598-599.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Turma Recursal Criminal. Recurso crime 71002406890 201230269678. Rel. Juíza Laís Ethel Corrêa Pias. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8115300/recurso-crime-rc-71002406890-rs>. Acesso em 30 novembro 2016.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Prescrição antecipada. Possibilidade. RSE 70005159371. Rel. Sylvio Baptista Neto. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi

A prescrição penal que atinge o direito de punir do Estado, em face do transcurso do tempo, tem por base a ausência de resposta punitiva do Estado no prazo razoável, o que torna desnecessária a incidência do ius puniendi. Possível é o reconhecimento da prescrição, antecipadamente, sem necessidade de instrução do feito quando, dos autos, houver demonstração inequívoca de que, mesmo havendo condenação, em face da pena aplicada, esta resultaria sem utilidade. Desaparece o interesse de agir do Estado quando o processo é utilizado para instrumentalizar o nada, o vazio, o inócuo e para maquiagem situações em que não há trabalho útil. É dever do magistrado julgar antecipadamente o feito e prestar uma jurisdição útil, que atinja a sociedade, com base nos artigos 3º do CPP e 267, VI do CPC. Mesmo após ter sido afirmada a ação em juízo e viabilizado o seu trâmite, pela inutilidade superveniente da situação processual é de ser extinto o processo, na medida da perda do interesse processual e do interesse público prevalente.⁴⁹

Levando-se em consideração que a prescrição virtual ainda não foi claramente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo fomentada pela doutrina e pela jurisprudência, Juarez Cirino dos Santos credita a esta, em especial, o nascimento do instituto, ao afirmar que ele é “[...] outra generosa invenção da jurisprudência brasileira, amplamente empregada por segmentos liberais do Ministério Público e da Magistratura nacionais”.⁵⁰

Quando se fala em Cortes Superiores, no entanto, o panorama é outro: tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm reiteradamente repellido a aplicação da prescrição virtual.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão de 28/04/2010, consolidou seu entendimento editando a Súmula nº 438, publicada em 13 de maio de 2010 e redigida nos seguintes termos: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Com a edição da Súmula 438/STJ, entende-se que houve uma sugestão mais enfática advinda de uma Corte Superior, entretanto, não possui a referida súmula um efeito vinculante, tanto é que a utilização da prescrição em perspectiva continuou a ser usada por todo o País.

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70005159371&num_processo=70005159371&codEmenta=548177&temIntTeor=true. Acesso em 30 novembro 2016.

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Prescrição em perspectiva. Julgamento antecipado do processo penal. RSE 70017049628. Rel. Nereu José Giacomolli. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70017049628&num_processo=70017049628&codEmenta=1851350&temIntTeor=true. Acesso em 30 novembro 2016.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. 3ª ed. Curitiba. Lumen Juris, 2008, p. 699.

O que se extrai da situação das varas judiciais que lidam com crimes no Brasil é que, raramente, não se encontrarão oportunidades de aplicar a prescrição virtual em alguns dos muitos processos que hoje lotam os escaninhos dos cartórios. E mesmo os magistrados que são contrários ao instituto, às vezes dão-se por vencidos ante as situações concretas que já demonstram com certeza quase absoluta que, com a prolação de sentença condenatória, a prescrição retroativa será reconhecida. Exemplo disso ocorreu na sentença datada de 19 de março de 2012 (portanto, após o advento da Súmula 438 do STJ) em que o juiz da 5ª Vara Federal de Mato Grosso reconheceu a prescrição virtual, extinguindo o processo por falta de interesse de agir. Toda a sentença merece leitura, mas faz-se aqui apenas a transcrição da parte final, *in verbis*:

Assim, a sorte deste processo penal – ou seja, o que ocorreu em seu bojo até aqui – está sendo levada em conta para a tomada desta decisão, e por isso não se pode dizer que ela esbarra no disposto na Súmula 438 do STJ. Entendo que a regra desse enunciado visa a inibir aqueles casos em que o magistrado, ao receber a denúncia, calcula a pena provável com base apenas nos fatos nela narrados e com fundamento nisso extingue o processo, ignorando que circunstâncias que influenciem na pena possam vir à tona no curso da instrução. Nesse caso estou plenamente de acordo com a Súmula 438, a qual tenho, inclusive, aplicado cotidianamente para afastar as preliminares sustentadas pela defesa em sua resposta preliminar. O que ocorre no presente caso, contudo, é diverso, pois aqui é patente e seguro, dada a prova já produzida até aqui, que a pena fixada numa eventual sentença condenatória estará fulminada pela prescrição.

Diante do exposto, **JULGO EXTINTO O PROCESSO** por falta de interesse de agir superveniente em sua vertente *utilidade* do Ministério Público Federal, com fulcro no art. 395, II, do CPP.⁵¹

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de forma consentânea com o que há de mais atual, já decidiu em alguns casos considerando a perda do interesse processual e a extinção do processo sem adentrar no mérito, como no julgamento abaixo:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, contra sentença que, ao examinar a imputação da prática dos crimes de furto qualificado e corrupção de menores e as condições pessoais do recorrido entendeu pela extinção da punibilidade. Fundamentou o magistrado o reconhecimento da extinção da punibilidade na constatação do desaparecimento superveniente do interesse de agir. Fato datado de 20 de fevereiro de 1993 e denúncia recebida em 05 de outubro de 2004. Recorrido que à época dos crimes era menor de vinte e um anos de idade. Sentença que em sua fundamentação revela-se acertada, pois que a ação penal visivelmente está fadada ao fracasso e o processo não constitui instrumento hábil à obtenção do resultado prático pretendido pela acusação. Vale destacar que considerando a pena cominada para os crimes a prescrição da

⁵¹ MATO GROSSO. 5ª Vara Federal. Processo 2003.36.00.014513-5. Juiz Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza. 19 de março de 2012.

pretensão punitiva se consumaria em doze anos (artigo 109, inciso III, do Código Penal). As chamadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento e julgamento da pretensão veiculada pela demanda, ao preenchimento prévio de determinadas exigências, cujo desatendimento impede o julgamento da pretensão de direito material deduzida. O interesse processual, condição necessária para o regular exercício da provocação do poder jurisdicional, é visto no âmbito específico do processo penal, sob a perspectiva de sua efetividade. O processo deve mostrar-se útil desde a sua instauração, a fim de realizar os diversos escopos da jurisdição. Haverá interesse sempre que o processo constituir a única via, válida e eficaz, para que o autor da ação penal condenatória alcance a consequência jurídica inerente ao reconhecimento da responsabilidade penal do réu, qual seja, a aplicação da pena criminal. Assim, em hipótese de perda superveniente do interesse processual, ante a impossibilidade de futura aplicação da pena, em razão do reconhecimento da prescrição em perspectiva, deve o processo ser extinto sem resolução do mérito. Muito embora a extinção do processo por falta de interesse não se confunda com extinção do processo em virtude da extinção da punibilidade é inócua a alteração do fundamento da sentença, pois que o resultado prático consiste no impedimento do ajuizamento de nova demanda.⁵²

Foi também no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que se verificou um acórdão em julgamento de *habeas corpus* no qual, o paciente que estava preso preventivamente, foi solto com base na tese da prescrição virtual, conforme trecho do julgado abaixo:

HABEAS CORPUS, TENDO COMO CAUSA DE PEDIR A INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Trata-se de imputação de apropriação indébita majorada, onde a pena mínima abstrata é de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, podendo alcançar 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, se aplicada em grau máximo. O fato foi praticado em março de 2001, sendo a denúncia recepcionada em junho de 2006, com o transcurso de mais de quatro anos, o que significa que haverá prescrição retroativa se a pena não superar 2 (dois) anos de reclusão. [...] Assim, há grande probabilidade de pena futura prescrita ou, na hipótese de ultrapassar a marca de dois anos de reclusão, ainda haver a incidência da pena substitutiva. [...] Questões referentes à apropriação indébita ter ocorrido ou não são meritórias, não merecendo, ante a necessidade de análise profunda da prova, exame neste momento. Assim, decretada a prisão preventiva com afirmação de que o paciente estava furtando-se à aplicação da lei penal e ao processo, sem que tenha sido realizado o ato citatório e tendo ele comparecido ao interrogatório, tudo isto somado à possível ocorrência de prescrição pela pena futura e virtual, é de se conhecer a ordem, CONCEDENDO-SE, com expedição de Alvará de Soltura.⁵³

⁵² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Extinção da punibilidade pela pena em perspectiva. Sentença que em realidade reconheceu a falta de interesse processual superveniente do Ministério Público. Processo extinto sem resolução do mérito. Possibilidade. Ausência de uma das condições para o regular exercício do direito de ação. Inefetividade do processo. Manutenção da sentença hostilizada. RSE 2007.051.00593. Rel. Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EB49B574AE7714E9C4C1ECBF4CFB2A582DC40201110B&USER=>>. Acesso em 28 outubro 2016

⁵³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 044422/2006, da Sétima Câmara Criminal. Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200605904422>>. Acesso em 25 novembro

A jurisprudência também sedimentou entendimento interessante e favorável à aplicação da prescrição virtual no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, consubstanciado no enunciado nº 75 do XVII FONAJE, Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Diz o citado enunciado: “É possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto”.

O FONAJE ocorre periodicamente e, quando necessário e após as discussões e debates dos magistrados, altera ou cancela seus enunciados. No caso do enunciado nº 75, originado no XVII FONAJE de Curitiba-PR, realizado entre os dias 25 a 28 de maio de 2005, apesar de ter ocorrido antes da edição da Súmula 438 do STJ, não foi cancelado ou alterado, permanecendo vivamente aplicado nos Juizados Especiais, o que reforça a ideia de que a prescrição virtual é medida correta e válida.

4.7. Argumentos contrários à prescrição virtual

4.7.1. Princípio da legalidade

Aparentemente o princípio da legalidade representa um óbice à aplicação do instituto foco deste trabalho.

De fato, o Código Penal, que contempla a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, a prescrição superveniente, a prescrição retroativa e a prescrição da pretensão executória, não apresenta direta ou textualmente a prescrição em perspectiva como causa de extinção de punibilidade.

Poderia o instituto ser abrangido pela generalidade com que o artigo 107, IV menciona a “prescrição” como causa de extinção da punibilidade? Não cremos dessa forma.

A grande confusão que se tem com a aplicação da prescrição virtual é decorrente de suas nomenclaturas mais usuais: “Prescrição virtual”, “prescrição em perspectiva”, “prescrição pela pena hipotética”, “prescrição ficta” ou “prescrição antecipada”, apenas para ficar em alguns dos já mencionados nomes (subitem 4.1) que recebe o instituto.

Observe-se que entre os mais comuns nomes há sempre o vocábulo “prescrição”, entretanto, conforme já se falou no subitem 4.4 e como se verá mais detalhadamente adiante, o instituto não deve ser inserido como modalidade de extinção de punibilidade ou subespécie de prescrição retroativa, mas de carência de ação, pela falta de interesse de agir ou de justa causa.

Existe uma previsão legal, no artigo 395, II e III do Código de Processo Penal, de rejeição da peça inicial acusatória quando ausentes as condições para o exercício da ação penal e a justa causa, suprimindo a alegada infração ao princípio da legalidade. Isso indica que, por mais que não haja expressamente prevista a prescrição virtual como causa extintiva da punibilidade, impossível ultrapassar o enfoque do tema enquanto modalidade de carência de ação penal.

É ainda no Código de Processo Penal (Art. 3º) que se encontra a admissão para que se faça uso da interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como dos princípios gerais de direito, permitindo, portanto, que se utilize dos argumentos e teorias relativas à carência de ação encontrados, com fartura, no direito processual civil.

Sobressai dessa análise do princípio da legalidade como impeditivo da aplicação do instituto em estudo a seguinte indagação: o que deve fazer o magistrado quando se depara com o pedido de reconhecimento da prescrição virtual? Indeferir o pedido por faltar previsão legal?

Recentemente o Supremo Tribunal Federal se deparou com o julgamento do instituto da “desaposentação”, que não é previsto especificamente em lei, mas que vinha sendo concedido e sobre o qual se despendeu intensa discussão e grande celeuma.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, diz que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, portanto, embora não previsto expressamente em lei, não pode o juiz deixar de apreciar o pedido, mormente quando as alegações que o sustentam são feitas com base em outras leis e em princípios constitucionais, processuais e princípios gerais de direito, que numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico (que o considera como um todo e dá o devido valor aos princípios) fornecem elementos suficientes para a análise dos pleitos de reconhecimento da prescrição virtual.

Em outros termos, é como nos explica o pensamento de Cláudia Ferreira Pacheco, autora que afirma que a legalidade do instituto da prescrição virtual vem de uma “interpretação sistemática, com fundamento nas concepções da instrumentalidade do processo, do respeito ao Estado Democrático de Direito, do interesse de agir e da justa causa para a ação penal”.⁵⁴

Fere o princípio da razoabilidade prosseguir com um processo fadado ao nada, ao fracasso, ao insucesso. Seria como construir um edifício planejado para um determinado número de andares, cujas bases frágeis não resistiriam à finalização da construção sem sucumbir. Continuar a construção, sabendo que o prédio vai desmoronar é o mesmo que continuar a praticar atos processuais igualmente dispendiosos, sabendo que a ação será irremediavelmente alcançada pela prescrição retroativa.

Finalmente, mister atentar-se para o fato de que o princípio da legalidade não deve apenas ser visto como um princípio que obriga que tudo no direito seja positivado, até mesmo porque seria impossível prever rigorosamente todas as ações e relações humanas e os desdobramentos delas decorrentes. Nesse sentido, o Desembargador Federal Tourinho Neto apresentou argumentos primorosos na seguinte decisão:

PENAL – PROCESSO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ART. 171 DO CP – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO – PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, OU PROJETADA, OU PRECALCULADA, OU EM PERSPECTIVA.

1. A doutrina e a jurisprudência divergem predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. É chegada a hora, todavia, do novo triunfar.

2. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. Desse modo, há de reconhecer-se ausência do interesse de agir.

3. Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como Lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada.

4. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a Lei “à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente” (Pontes de Miranda).

5. Recurso em sentido estrito não provido.⁵⁵

⁵⁴ PACHECO, Cláudia Ferreira. **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no processo penal)**. Disponível em: www.direitopenal.com.br. Acesso em 02 dezembro 2016.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 3ª Turma. RSE 199735000000600/GO. Rel. Des. Fed. Tourinho Neto. 07 de junho de 2005. Dju 29/07/05, p. 23.

Serve também o princípio da legalidade, constitucionalmente falando, como uma proteção dada aos cidadãos frente ao poder do Estado, o que nos propõe uma ideia de Estado de Direito. É o contraponto ao poder absoluto do Estado e seus possíveis arbítrios.

O princípio da legalidade, ao contrário do que pensam aqueles que o tem como fundamento para negar a aplicação da prescrição virtual, reforça esta, pois impede que de forma arbitrária e atentatória ao princípio da dignidade humana, mantenham-se processos fadados ao insucesso, que de nada servem a não ser causar sofrimento dos réus e gastos ao Estado.

Dando contornos finais à inaplicabilidade do argumento da falta de legalidade para impedir a aplicação da prescrição em perspectiva e, ainda, analisando outros aspectos que serão abordados a seguir, o Professor Paulo Queiroz faz a seguinte análise:

[...] tem-se argumentado falta de previsão legal, violação ao princípio do estado de inocência, fundamentação em dado aleatório, possibilidade de mudança do libelo etc. Nesse sentido, posicionam-se a doutrina e a jurisprudência majoritárias.

Mas sem razão porque, em primeiro lugar, o fato de não existir previsão legal – argumento próprio de quem confunde a lei com o direito e supõe um sistema jurídico hermético e sem lacunas – não impede que se reconheça, por analogia (analogia *in bonam partem*), tal possibilidade, desde que compatível com as garantias inerentes ao direito e processo penal. Em segundo lugar, porque, interessando a prescrição (pouco importando se antecipada ou não) ao próprio agente, não há de falar de violação à garantia da presunção legal de inocência, que é instituída a favor do indivíduo e não do Estado, a quem não interessa, ao menos em tese, o reconhecimento da prescrição. Em terceiro lugar, porque o juiz, ao reconhecê-la, deverá fazê-lo motivadamente, valendo-se de fatos, dados e circunstâncias que dão como certa a inevitabilidade da prescrição; não se baseando em dado aleatório. Finalmente, porque a possibilidade de mudança do libelo é aplicável a toda e qualquer modalidade de prescrição. Além disso, se houver fundada dúvida ou incerteza quanto à definição jurídica dos fatos constantes da denúncia ou da queixa, devem as partes e o juiz diligenciar no sentido de esclarecê-lo previamente, para a seguir decidir a seu respeito com segurança.

Portanto, razoável é decretar a prescrição antecipadamente quando inevitável, uma vez que em tais casos o titular da ação carece de interesse de agir, haja vista que, conforme o princípio da proporcionalidade, a intervenção penal, como *ultima ratio* do controle social formal, somente deve ter lugar em casos de absoluta necessidade para segurança dos cidadãos, o que não se verifica em semelhante contexto, por se estar diante de uma persecução penal natimorta, inteiramente inútil.

A prescrição retroativa antecipada – ou simplesmente prescrição antecipada ou em perspectiva – consiste assim, no reconhecimento da prescrição antes do oferecimento da denúncia ou da queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o argumento de que eventual pena a ser aplicada em caso de condenação ensejaria, inevitavelmente, ou com grande margem de probabilidade, a prescrição retroativa da prescrição punitiva.

Naturalmente que o juiz deverá apreciá-la com muita prudência, considerando, ao decretá-la, as múltiplas variáveis que a envolvem, de modo que somente tenha lugar diante de uma grande probabilidade.⁵⁶

4.7.2. Princípio da obrigatoriedade da ação penal

Em relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tem-se que não há margem discricionária para o Ministério Público, titular da ação penal pública, avaliar a presença de oportunidade e conveniência para a sua propositura. Tal princípio, entretanto, foi mitigado pelo artigo 76 da Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, que possibilita a proposta de transação penal, um meio de se evitar a deflagração da ação penal pública em face do acusado.

Há grande similaridade entre a transação da Lei 9.099/1995 e a prescrição virtual, no que tange à apreciação de requisitos subjetivos do acusado, pois naquela (artigo 76, § 2º, III) e nesta (artigo 59 do Código Penal) avaliam-se antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime num cenário de antevisão de um juízo de provável culpabilidade. A respeito, Ricardo Pieri Nunes⁵⁷ vê, na transação penal da Lei 9.099/1995, um precedente para a aplicação ampla da prescrição virtual no direito brasileiro ao afirmar:

Ora, se tais requisitos podem ser aferidos preliminarmente para fins de transação penal, por que também não poderiam ser verificados antes do oferecimento da denúncia, ou no curso do processo, quando possível fazê-lo com segurança, à vista das particularidades do caso concreto, para efeito de idealização da pena que eventualmente seria aplicada quando da emissão do provimento jurisdicional de mérito? Inexiste motivo para não fazê-lo, já que *ubi eadem ratio, ibi idem ius*.

Não se pode esquecer que o Ministério Público, conquanto seja o *dominus litis*, é também *custos legis*, tendo, pois, a função de fiscalizar o cumprimento da lei, o que implica examinar a existência de todas as condições para o exercício do direito de ação, que funcionam como um impeditivo do abuso do direito de acionar.

Não havendo interesse de agir ou justa causa (para aqueles que a inserem como a quarta condição da ação), sob pena de iniciar uma ação fadada ao fracasso, cabe ao representante do *parquet*, nos casos em que ainda não ofereceu a denúncia, optar por deixar de fazê-lo, bem como, nos casos em que já houver processo, suscitar a ocorrência da prescrição virtual, sem com isso estar ferindo, ante os argumentos expostos, o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

⁵⁶ **Direito penal: parte geral.** 4ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 428-429.

⁵⁷ Considerações em abono ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, SP, ano X, n. 119, p. 10, outubro/2002.

Arremata com perfeição nosso pensamento a autora Cláudia Ferreira Pacheco⁵⁸ ao comentar:

A afirmação de que o princípio da obrigatoriedade ou legalidade vedaria ao Ministério Público propor o arquivamento do inquérito policial e das peças de informação com base em prescrição hipoteticamente considerada e ainda não verificada, nos parece falível, posto que o Ministério Público, embora *dominus litis*, não tem permissão legal para exercer a ação penal de forma indiscriminada. Antes, como fiscal da lei, cumpre ao *Parquet* velar pela estrita observância às condições da ação e preservação dos fundamentos do estado Democrático de Direito.

No mesmo diapasão, José Antônio Paganella Boschi⁵⁹, ex-promotor e procurador de justiça, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e advogado, escreveu a respeito da pretensa incompatibilidade entre o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a prescrição virtual, com foco no momento do oferecimento da inicial acusatória:

Do mesmo modo, não haverá interesse, como pressuposto ao oferecimento da peça incoadora da ação penal, quando, a despeito da existência de provas altamente incriminadoras, em razão do transcurso acentuado do tempo, a provável pena da sentença em perspectiva apontar lapso prescricional passível de consideração desde a data do fato ou entre quaisquer dos marcos interruptivos aludidos pelo art. 117 do CP. Como o Promotor tem, perfeitamente, como supor, em face do que dispõem os arts. 59 e 68 do CP, a provável reprimenda penal, e, assim, pode muito bem concluir se em razão dela ocorrerá ou não a prescrição, (arts. 110 e parágrafos do CP), nada recomenda, em caso afirmativo, que movimente a jurisdição para buscar uma sentença que não produzirá qualquer efeito, no crime ou no cível.

Prossegue o citado autor, afirmando haver, no caso: “base jurídica sólida para o pedido de arquivamento do inquérito ou peças de informações, qual seja, a que decorre da absoluta ausência de uma das condições da ação, isto é, o interesse de agir”. E arremata ao afirmar que o arquivamento não se mostra “inconciliável com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública”.

Com a entrada em vigência da Lei nº 12.234/2010, não é mais possível considerar como termo inicial, para o reconhecimento da prescrição retroativa, data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa, em crimes cometidos a partir de 06 de maio de 2010, o que implica em uma ação positiva do Ministério Público, no sentido de propor a ação penal, exceto nos casos em que haja a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, em que se considera o máximo da pena cominada. Noutros casos, continua válida a regra do artigo 28 do Código de

⁵⁸ Op. cit.

⁵⁹ **Ação Penal.**____Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 65-67.

Processo Penal.⁶⁰

4.7.3. Princípio do devido processo legal

Alegam os críticos da prescrição virtual, com base no princípio do devido processo legal, que este é desrespeitado pela extinção do feito de forma precoce e com base em um prognóstico da pena a ser aplicada em caso de condenação, entretanto, o abuso do direito de ação também é vedado pelo mesmo princípio.

Ocorre que não há devido processo legal, quando há falta de interesse de agir. Prosseguir com uma ação penal desprovida das condições mínimas para tanto é infração ao princípio em questão e representa uma forma de abuso do direito de ação.

Falando ainda em princípios, o prosseguimento de processo que não tem as necessárias condições da ação significa que não alcançará o fim a que se destina, o que nos permite concluir pela infração também ao princípio da razoabilidade.

Em suma, não se pode cobrar o devido processo legal de um só dos polos da demanda. O processo, como um todo, deve estar apto a prosseguir com efetividade, porque também é possível afirmar que, quando o processo é inefetivo não há devido processo legal.

Segundo a redação do artigo 5º, LIV da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Fica claro, portanto, que a aplicação da prescrição virtual não ofende o referido princípio, porque não tem por fim privar qualquer pessoa de sua liberdade ou de seus bens. Ao contrário, faz com que o acusado em um processo judicial deixe de carregar o peso do estigma, do rótulo de réu e elimine, com a extinção do processo, os dissabores a ele relacionados.

4.7.4. Princípio do *ne procedat judex ex officio*

O princípio do *ne procedat judex ex officio* consagra a inércia da jurisdição e, segundo ele, as partes é que devem dar início ao processo, ou seja: devem provocar o Poder Judiciário a resolver uma pretensão subjetiva.

⁶⁰ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Igualmente aos fundamentos expostos em relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, deve-se dizer que também o juiz é fiscal do cumprimento das condições para o exercício do direito de ação.

Imaginar que o juiz deva ser completamente inerte destoa da sua importância na promoção do bom e rápido andamento do feito. Ademais, com a regra prevista no artigo 61 do Código de Processo Penal, deve o juiz checar a ocorrência provável da prescrição retroativa e, com fundamento na carência de ação por inexistir interesse de agir e/ou justa causa, extinguir o processo.

4.7.5. Princípio da ampla defesa e do contraditório

Há casos em que o réu escolhe prosseguir com o processo, manifestando-se contrário ao acolhimento da prescrição virtual e essa escolha é referendada por alguns autores com lastro no princípio da ampla defesa.

Não merece, com a devida vênia, prosperar tal entendimento, pois a sentença que reconhece a prescrição virtual não é de mérito, mas de extinção do processo, não produzindo qualquer efeito prejudicial ao réu. Assim, não há ofensa ao princípio da ampla defesa.

Conjugando-se os princípios em questão com o da presunção de inocência, os pensadores contrários à prescrição virtual entendem que todos são violados com o seu reconhecimento.

Discordamos da opinião de que há violação de tais princípios porque, a uma, não há condenação presumida, nem tampouco presunção de culpa. A pena é apenas projetada para a “hipótese” de que seja aplicada em caso de sentença condenatória; a duas, porque no inquérito policial, fase em que não há ampla defesa e contraditório, a condição de inocente do investigado/indiciado não é ferida.

Na fase processual, os princípios da ampla defesa, contraditório e presunção de inocência são garantidos, sem que a prescrição virtual os ofenda, visto que extingue o processo sem efeitos danosos ao réu.

4.7.6. Impedimento de o réu obter uma sentença de mérito

Outro argumento que reforça os teóricos contrários à aplicação da prescrição virtual é o de que o réu tem suprimido o seu direito a uma sentença de mérito. De fato, nosso ordenamento jurídico franqueia o direito, a garantia de acesso ao Poder Judiciário, consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ao prever

o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Em contraposição ao argumento acima exposto, há que se falar que uma sentença pode ser absolutória por várias razões, conforme nos esclarecem os sete incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal e, nem todos são tão benéficos ao réu de formas a isentá-lo de possível ação na esfera cível.

A extinção da punibilidade, no caso abordado neste trabalho, não faz coisa julgada material, portanto, caso surjam novos elementos probatórios que alterem o entendimento e que sejam capazes de demonstrar algo ainda não conhecido, pode levar à repropositura da ação penal. Essencial é que se demonstre que o processo possa atingir um resultado que é a aplicação de pena, não alcançada pela prescrição.

Se há críticas à prescrição virtual por não ter esse instituto o condão de proteger o réu de possível ação civil, também há essa possibilidade, quando a sentença é de mérito, mas não reconhece a inexistência do fato, ou que o acusado não foi o autor do fato, ou que agiu sob excludentes de ilicitude, sem contar ainda a possibilidade de a sentença ser condenatória.

Tudo isso torna o leque de probabilidades do prosseguimento do feito ser mais danoso ao réu do que o reconhecimento da prescrição virtual. Frise-se que não é só quando da ocorrência da prescrição virtual que o réu fica sujeito a responder a uma ação civil. O mesmo ocorre em vários casos de sentença absolutória e, por óbvio, em caso de condenação.

Não há prejuízo ao réu por ocasião do reconhecimento da prescrição virtual, ainda que, tendo recorrido, ele tenha interesse no *meritum causae*. Permanece válida a Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos, assim redigida:

A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.

O entendimento acima encontra eco nos Tribunais Superiores, a exemplo do julgado abaixo transcrito, do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSO DA DEFESA. MANIFESTA AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

1. Decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, é manifesta a ausência de interesse recursal da defesa, visto que com a prescrição desfaz-se todos os efeitos da condenação.
2. Recurso especial não-conhecido. (STJ – Resp 200100437389/PE; DJ 01/08/2005, PÁGINA 505).

Também a doutrina pátria vai no mesmo sentido sobre a impossibilidade de se discutir o mérito do processo quando julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini⁶¹ ensinam com maestria:

Julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, já não se pode discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isto porque tem ela amplos efeitos, eliminando toda a carta jurídica da sentença e extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquire o *status* de inocente, para todos os efeitos legais. Prepondera, aliás, o interesse social, de ordem pública, sobre a pretensão de inocência expressa procurada pelo acusado.

Argumentam alguns que com o processo penal pode se buscar a inocência do réu, entretanto, na mesma linha de raciocínio de Igor Teles Fonseca de Macedo,⁶² não temos dúvidas de que o processo, *a contrario sensu*, tem como finalidade apurar a existência de uma infração penal, bem como comprovar a sua autoria e apurar a culpabilidade, portanto, inegável a vantagem de se reconhecer, o quanto antes, a prescrição virtual, mesmo porque não se faz sequer incursão na culpabilidade do acusado. A respeito, o oportuno comentário de José Paganella Boschi:

Não se diga, *data venia*, que o acusado tem direito ao processo para obter uma declaração de inocência. Afora o absurdo de alguém pretender ter o direito de ser processado ou condenado, jamais devemos esquecer que o processo é fonte de ansiedade – devendo ser sempre evitado quando não houver efetivo interesse social na persecução.⁶³

Finalmente, um questionamento que faz cair por terra o argumento, segundo o qual a prescrição virtual impede o réu de obter uma sentença de mérito, é o de que as formas de extinção de punibilidade previstas nos incisos do artigo 107 do Código Penal possuem a mesma característica e não são contestadas.

Como a questão é de extinção do processo por carência de ação, caso o feito tenha que ter andamento, toda a teoria das condições da ação também se tornaria inútil e deixaria de ser aplicada.

⁶¹ **Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP.** 25ª ed., rev. e atual. até 11 de março de 2009. São Paulo: Atlas, 2009, p. 403.

⁶² Op. cit., p. 114.

⁶³ **Ação penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 129.

O fato é que, não havendo as necessárias condições da ação, o feito não é apto a prosseguir até o momento de ser prolatada uma sentença de mérito.

4.7.7. Impedimento da instrução processual

Alguns autores criticam a utilização da prescrição virtual por entenderem que não foi ainda possibilitado realizar a instrução processual com as audiências, oitiva de testemunhas e demais atos processuais, entretanto, reserva-se o uso do instituto para casos em que, com base nas informações colhidas na fase pré-processual, ou seja: na fase de inquérito policial e na fase processual até o reconhecimento da prescrição virtual, já se podem vislumbrar as circunstâncias judiciais que o juiz consideraria para fazer o cálculo da pena.

Aos que defendem que seja feita toda uma lenta, cansativa e burocrática instrução processual, quando já se prevê uma pena que será extinta pela prescrição retroativa, merece ser mencionado que também na fase inquisitorial já há uma preliminar análise jurídica mais aprofundada pelo Ministério Público, que deve apresentar todos os requisitos constantes no art. 41 do Código de Processo Penal, aplicáveis, no que couber, também para a queixa-crime apresentada por advogado. Tudo isso para que reste claro que a mesma análise feita pelo juiz deve ser também um exercício obrigatório (uma espécie de juízo de possibilidade de condenação) por parte do Ministério Público e do advogado, pois ambos detêm a capacidade para tanto, dada a sua formação jurídica.

A antevisão da pena a ser hipoteticamente aplicada ao réu, como já dito, deve ser feita não no que se entende justo, mas no máximo possível que espelhe os dados do caso concreto já colhidos no processo.

No tocante à possível incompletude ou mesmo a ausência do inquérito policial, destaque-se que tal peça não é obrigatória, como assim preceitua o Código de Processo Penal em seus artigos 12 e 39, § 5º, cabendo ao órgão do Ministério Público decidir se o dispensa, quando já possuir os requisitos constantes no art. 41 do mesmo Código.

Não é verdade, portanto, que a prescrição virtual impede a instrução processual. A denúncia, quando oferecida pelo Ministério Público e recebida pelo juiz, significa que já possui elementos bastantes a respeito do delito e do réu, bem como já passou pela análise destas duas figuras que operam no processo penal.

4.7.8. Imposição ao réu de uma presunção de culpa/violação do princípio da inocência

Este é talvez o mais frágil dos argumentos, pois alega que o réu “aceita” uma pena, que serve de parâmetro para o reconhecimento da prescrição retroativa. Ora, tal pena é apenas “cogitada” para que, diante dos elementos constantes do processo, possa se fazer um prognóstico lógico de seu *quantum*.

A prognose que deve ser feita por todos os operadores de direito que atuam no processo penal e que possibilita a antevisão de possível pena, permite também analisar o processo e conjecturar sobre sua utilidade e seus resultados práticos, efetivos, ou seja: se é possível que o réu, vindo a ser condenado, cumpra efetivamente a pena que lhe for imposta sem ser alcançado pela prescrição retroativa.

Sobre uma possível violação do princípio da inocência, esse é um argumento que não tem força porque não se adentra, em nenhum momento, no mérito da culpabilidade do acusado. O que se faz é uma cogitação, uma simples hipótese de que advenha uma condenação, exercícios que não trazem qualquer efeito ao acusado porque não implicam em uma sentença condenatória.

Oportuno dizer ainda que nosso ordenamento jurídico não prevê o direito de o réu ser declarado inocente, de forma que a extinção da punibilidade não admite recurso. A respeito, gize-se novamente o teor da Súmula 241, do extinto Tribunal Federal de Recursos: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

O reconhecimento da prescrição virtual não gera maus antecedentes, nem reincidência e impede a produção dos efeitos primários e secundários de eventual sentença condenatória. Em resumo: não causa prejuízos ao acusado.

4.7.9. Negação ao réu de título executório para a reparação civil

Quanto aos efeitos civis da sentença penal, não se diga que a prescrição virtual causa prejuízos a quem queira ver seus danos reparados porque apenas o que não foi conhecido e decidido na esfera penal o será, caso assim deseje a vítima, com a propositura da ação de conhecimento na esfera civil, pois não há título executivo oriundo de processo penal.

Antes que se possa levantar a hipótese de que a vítima tenha que adentrar na seara cível por não ter sentença de mérito na esfera criminal, esclarece-se que, de

qualquer forma, isso ocorreria, pois se o título executivo estivesse em mãos, essa execução seria proposta na juízo cível.

Revela-se indubitável que não há prejuízo para o réu no sentido de que lhe será impedido constituir título executivo no juízo cível para propor indenização. Apenas essa constituição não se dará em um processo penal no qual, caso seja reconhecida a prescrição virtual, não haverá sentença de mérito.

4.7.10. Desconsidera a possibilidade de *mutatio libelli*

Diz-se que a prescrição virtual impediria a apuração de um delito mais grave por eliminar a instrução criminal e que essa nova classificação do tipo penal poderia ensejar a ampliação do prazo prescricional.

A decisão que reconhece a prescrição virtual é do tipo terminativa, pois não resolve o mérito. Sendo fundamentada na carência de ação, é perfeitamente possível a repropositura da ação quando corrigidos os eventuais defeitos que ensejaram a extinção do processo.

Ademais, a *mutatio libelli* é literalmente a mudança de delito, ou seja, uma capitulação diferente da inicial, o que por si só já implica em uma nova ação, ainda que possua as mesmas partes. Não se veda a sua propositura, ainda que, na primeira tentativa, tenha sido reconhecida a prescrição virtual.

Nos crimes cometidos até 05 de maio de 2010, quando ainda em vigor a regra antiga da prescrição retroativa, anterior à Lei nº 12.234/2010, caso a ação penal deixe de ser proposta por decisão do Ministério Público e se descobrir a ocorrência de *mutatio libelli*, deve-se agir de acordo com o previsto no artigo 18 do Código de Processo Penal, com a autoridade policial procedendo a novas pesquisas a respeito do fato, por iniciativa própria ou a requerimento do Ministério Público.

Os defensores da prescrição virtual apresentam interessante contra-argumento àqueles que entendem que a possibilidade de *mutatio libelli* afasta a ocorrência de prescrição virtual: a hipótese de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, com base no máximo da pena *in abstracto* cominada ao delito.

A decisão que reconhece a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, ou pela pena em abstracto também não tem caráter de definitividade, por não apreciar o mérito. Quer dizer, portanto, que, em caso de *mutatio libelli*, o prazo prescricional poderia afetar o feito.

Em resumo: caso surjam, após a extinção do feito, novos elementos que

impliquem em uma nova definição jurídica do fato e consequente aumento do prazo prescricional antevisto, como por exemplo, de furto para roubo, a solução que deveria ser a regra é apresentada por Hector Keiti Satudi, ao afirmar: “A ação penal não só pode como deve ser proposta, sob pena de se ferir, agora sim, o princípio da obrigatoriedade”.⁶⁴

4.8. Argumentos favoráveis à prescrição virtual

4.8.1. Economia processual

Entende-se que, quando é possível vislumbrar a ocorrência da prescrição virtual, analisando-se os aspectos já comentados relativos à antevisão da pena, torna-se inócuo e dispendioso prosseguir com um processo e todos os seus atos.

Frederico Blasi Netto entende haver, com a prescrição virtual: “auxílio à administração da Justiça, pela diminuição do número de processos e atendimento ao princípio da economia processual”.⁶⁵

O princípio da economia processual guarda semelhanças com o princípio da eficiência, no entanto, enquanto neste o que se visa primordialmente são as soluções que geram menos custos financeiros ao Estado, naquele o primeiro foco é na economia de atividades processuais que, em última análise, também gerarão economia financeira, haja vista que menos se gastará com salários de servidores, energia, papel, internet, combustível, serviços e todas as atividades dos servidores envolvidos com a movimentação do aparato judiciário.

Ressaltando os inúmeros atos processuais que deixam de ser praticados quando o resultado prático do processo em que a prescrição virtual é aceita é o mesmo que se obteria com o prosseguimento da ação e posterior sentença, Igor Teles Fonseca de Macedo fala a respeito do princípio sob comento como um verdadeiro “atalho jurídico”.⁶⁶

Deve-se enfatizar aqui que não se defende a economia processual em atropelo a direitos fundamentais e no intuito de extinguir o processo a qualquer preço. O que deve ser explicitado é que se obtém o mesmíssimo resultado

⁶⁴ SATUDI, Hector Keiti. Prescrição penal antecipada: impropriedade terminológica e possibilidade de aplicação. Revista eletrônica. Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, v. 2, 2009. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/1728>. Acesso em 11 novembro 2016.

⁶⁵ Op. cit., p. 174.

⁶⁶ Op. cit., p. 128.

(impossibilidade de aplicação da pena) com menos tempo, atos e gastos.

Alguns processos trazem penas cuja obtenção é uma completa utopia, bastando que se observe com atenção os dados existentes em relação ao delito e ao acusado, tornando ilógica e despida de bom senso a movimentação de todo o aparato do Poder Judiciário quando o decurso do tempo já fulminou a punibilidade, sob a ótica da prescrição retroativa. O prosseguir, nestes casos, é denegrir a imagem da justiça, atualmente já bastante abalada.

Economia processual e prescrição em perspectiva tornam-se grandes parceiras porque uma serve de fundamento para alcançar a outra e, ademais disso, geram benefícios tanto para o Estado como para o réu.

4.8.2. Falta de uma das condições da ação: o interesse de agir

O exercício do direito de ação, segundo a teoria geral do processo, deve obedecer a um conjunto de pressupostos denominados de condições da ação. São elas: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Embora haja diferenças entre o direito processual penal e o direito processual civil e que em relação a este foram dedicados ao longo do tempo inúmeros estudos, teorias e esforços tendentes a construir as teorias da ação, entende-se que elas têm caracteres gerais e que, em muitos casos, são adequados também ao estudo do direito processual penal.

Falando especificamente sobre o direito processual penal, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho trouxeram luz ao assunto ao ensinarem:

A função das condições da ação atende ao princípio da economia processual, evitando que o processo se desenvolva, quando já se sabe, *a priori*, que o provimento final não poderá ser exarado porque as partes que o pedem ou perante quem é pedido não são legítimas; ou o provimento não será necessário, útil e adequado; ou, ainda, quando for ele proibido pelo ordenamento. Trata-se de evitar, em última análise, atividades inúteis.⁶⁷

Observa-se que os autores acima mencionados dão a devida importância ao princípio da economia processual, bem como, em outra de suas obras defendem que “É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação o mais cedo possível no procedimento, e de ofício, para evitar que o processo caminhe

⁶⁷ **As nulidades do processo penal.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71.

inutilmente, com o dispêndio de tempo e recursos, quando já se pode antever a inadmissibilidade do julgamento do mérito”.⁶⁸

Afrânio Silva Jardim, também em comentário específico a respeito do direito de ação penal, fala não em condições para a existência do direito de agir, mas em condições para o seu regular exercício e arremata: “Sem o preenchimento destas condições mínimas e genéricas, teremos o abuso do direito trazido ao plano processual”.⁶⁹

Já se percebe que, das três condições da ação, o interesse de agir é a que mais tem a ver com o presente trabalho. A bem da verdade, é seu ponto principal. Inobstante, convém apresentar o conceito das demais.

A possibilidade jurídica do pedido é a previsão em tese, no ordenamento jurídico, de sua admissão ou a inexistência de veto ao que se pede.

A legitimidade das partes diz respeito à pertinência subjetiva que coloca um determinado titular no polo ativo ou passivo da ação.

O interesse de agir pode ser conceituado como o interesse (que surge da necessidade) de se obter, a partir de um processo, um provimento judicial que satisfaça a um interesse material.

É comum a doutrina apontar três facetas do interesse de agir. São elas: 1) interesse-necessidade, segundo o qual o direito de ação deve ser imprescindível para ver satisfeita a pretensão; 2) interesse-adequação, que diz respeito ao correto procedimento escolhido pelo autor; e 3) interesse-utilidade, que indica que o processo deve ser útil ao fim pleiteado na demanda. Não pode o pedido ser inalcançável por já estar resolvida a situação ou extinta a possibilidade de se obter o provimento judicial desejado.

Dentre as facetas da condição denominada interesse de agir, a mais importante para o presente estudo é a do interesse-utilidade, mas o interesse-necessidade (existência da ação penal e do processo) e o interesse-adequação (utilização do meio adequado para o pedido que se faz) também têm sua importância.

Desaparece o interesse-utilidade quando não se pode mais atingir os fins da pena que advêm do provimento jurisdicional. Em outras palavras, quando, mesmo com uma sentença condenatória, o juiz deve reconhecer a extinção da punibilidade

⁶⁸ **Teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 261.

⁶⁹ **Direito processual penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 95.

do réu e isso pode acontecer com grande antecedência, ante as informações já colhidas no processo. Aí é que entra a possibilidade de reconhecimento da prescrição virtual. Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez e Guilherme de Souza Nucci nos deixam três brilhantes lições:

Com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar desgaste do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no art. 110, §§ 1º e 2º pode ser reconhecida antecipadamente considerada a pena virtual, em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição.⁷⁰

A *utilidade* traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e. g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional será inútil; falta, portanto, interesse de agir.⁷¹

Quanto ao interesse-utilidade, significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado. Vislumbrando-se, por exemplo, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, é natural que o processo deixe de interessar ao Estado, que não mais possui pretensão de punir o autor da infração penal.⁷²

É magistral a conclusão de César Eduardo Lavoura Romão em sua dissertação de mestrado ao dizer que: “[...] a prescrição virtual não é propriamente uma causa extintiva da punibilidade, mas sim um raciocínio utilizado para aferição da utilidade do processo, que, se for negativo (conclusão de que não há utilidade), retira uma das condições da ação penal, o interesse de agir”.⁷³

Ainda sobre a utilidade, merece ser mencionada a sua correlação com o direito penal mínimo, intervenção mínima ou *ultima ratio*, que representa um fundamento jurídico-filosófico para sustentar a defesa da prescrição virtual.

Os defensores da intervenção mínima entendem que o direito penal só deve ser utilizado quando puder ser funcional, eficaz e útil. Quando a sanção não puder atingir suas finalidades preventivas e repressivas, o processo deixa de ser útil,

⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 847.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 151.

⁷³ ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Prescrição virtual: uma realidade no direito brasileiro (estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112608.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2016.

perdendo sua funcionalidade e eficácia e ofendendo, inclusive, a dignidade humana do acusado.

O Procurador de Justiça da Bahia, Rômulo de Andrade Moreira, citando José Miguel Zugaldía Espinar, também menciona a intervenção mínima do Direito Penal ao escrever sobre a prescrição virtual, nos seguintes termos:

Ademais, não esqueçamos do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, “que debe regir la política criminal de un Estado Social y Democrático de Derecho” e, segundo o qual “la intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible”, sendo forçoso concluir “que el recurso al Derecho Penal deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna”.⁷⁴

Da mesma forma os funcionalistas, inspirados em Claus Roxin e Günther Jakobs, cuja doutrina prioriza a proteção dos bens jurídicos, entendem que os institutos penais devem ser “funcionalizados”, pois isso permitiria que se alcançasse a eficácia máxima da função preventiva do direito penal.

Certo é que, vislumbrando-se com elevadas probabilidades a ocorrência futura da prescrição retroativa, não há utilidade em se prosseguir com o processo, haja vista que, sendo ele o meio e podendo ser prolongado, não se conseguirá o verdadeiro fim, qual seja: a imposição de pena ao réu.

Não havendo a possibilidade de impor qualquer tipo de sanção penal ao réu, pelo inevitável desfecho que será a prescrição retroativa, já antevista, aconselha o já mencionado Procurador Rômulo de Andrade Moreira, em homenagem ao princípio da dignidade humana:

Cumpre-nos preservar a dignidade do indivíduo, evitando-se a perniciosa sujeição a um processo penal inútil e, ao mesmo tempo, acumulando-se força e energia para casos criminais de efetivo relevo, dando-se, quanto a estes, a esperada resposta à sociedade e à vítima.⁷⁵

O processo penal, frise-se: não é um fim em si mesmo. Não é ele que perfaz a necessária retribuição ao réu; não é ele que o emenda; não é ele que previne o crime. O processo é o meio, o instrumento pelo qual se pretende a aplicação de uma pena.

⁷⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Finalmente o STF vai decidir a respeito da contagem do prazo para a prescrição executória. **Jusbrasil**. Disponível em: http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/159444765/finalmente-o-stf-vai-decidir-a-respeito-da-contagem-do-prazo-para-a-prescricao-executoria?ref=topic_feed. Acesso em 28 outubro 2016.

⁷⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Súmula que veta a prescrição virtual é retrocesso. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-06/sumula-stj-proibe-prescricao-virtual-retrocesso>. Acesso em 28 outubro 2016.

Finalmente, é necessário dizer que o interesse de agir merece uma análise por parte do magistrado, quando este recebe a distribuição da petição inicial e nela vai exarar seu primeiro despacho, entretanto, ao longo da instrução processual pode ser que essa condição deixe de existir, o que implicará na extinção do processo. Outro não é o pensamento de Igor Teles Fonseca de Macedo, ao assinalar:

A verificação do interesse de agir se dá sempre mediante a análise da situação fática narrada na exordial, valendo observar que tal condição da ação, assim como todas as demais, deve estar presente durante toda a vida do processo, sob pena de sua extinção sem apreciação do *meritum causae*.⁷⁶

(...)

O julgador deverá, sempre, averiguar se todas as condições da ação estão presentes no instante de deliberar acerca do recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, a fim de que não se inicie ação natimorta, ou seja, incapaz de alcançar o julgamento do seu mérito [...] Entrementes, a presença das condições da ação não se limita ao lapso temporal referente à deliberação alhures, devendo permanecer presentes no decorrer de toda a *persecutio criminis*.⁷⁷

Pode ser que a crítica ao presente argumento se funde no fato de que o interesse de agir pertence ao direito processual civil, todavia não se pode negar a existência de condições e regras que são comuns ao direito processual, formuladas e concentradas em uma teoria geral do processo.

O direito processual, esquadrihado pela teoria geral do processo, não desrespeita as particularidades e especificidades de cada ramo, mas inegavelmente reúne os pontos em comum de cada um deles. Sobre o assunto, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁷⁸ exemplificam:

Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição.

[...] os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo.

Em seus comentários a respeito especificamente do processo penal, Eugênio Pacelli de Oliveira fala da utilidade, do interesse de agir e da efetividade do processo nos seguintes termos:

No âmbito específico do processo penal, entretanto, (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), 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

⁷⁶ Op. cit., p. 64.

⁷⁷ Op. cit., p. 70.

⁷⁸ **Teoria geral do processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

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*.

Assim, no campo processual penal, tal concepção é bastante proveitosa, sobretudo no que respeita às hipóteses de reconhecida e incontestável probabilidade de aplicação futura da prescrição retroativa.⁷⁹

Desaparecendo uma das condições para o regular exercício do direito de ação, em especial o interesse de agir, ocorre nítida carência de ação, esteja o processo em que fase for, pois, como já dito, devem os operadores do direito que atuam no processo zelar pela manutenção das condições da ação durante todo o prosseguimento desse. É exatamente este o pensamento do Professor Marcelo Zago Gomes Ferreira em seu artigo sobre o tema.⁸⁰

A carência de ação, de que resulta a extinção do processo sem julgamento de mérito, é também aplicável ao processo penal, segundo o magistério de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.⁸¹

É comum surgir um questionamento relativo a uma indevida análise profunda do interesse de agir que acaba por se confundir com a análise do mérito. A respeito, há que se esclarecer que, no exercício de antevisão da pena que pode vir a ser aplicada, o que há, na verdade, é apenas um pequeno adentramento no terreno do mérito.

A antevisão da pena, pois, faz-se a partir de uma análise superficial, perfunctória do mérito, tal qual se realiza quando, por exemplo, num pedido de arquivamento dos autos de um inquérito policial.

Não há, como já expressei neste trabalho, análise do mérito como se faz em uma sentença judicial, mas também não se pode fazer qualquer tipo de avaliação de pena em perspectiva se não se tem em mente aspectos do mérito.

4.8.3. Falta de justa causa

Justa causa, no magistério de Ada Pellegrini Grinover, é “a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado”. Já Damásio de Jesus entende que há falta de justa causa quando: “a inicial não for embasada em prova da

⁷⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107.

⁸⁰ FERREIRA, Marcelo Zago Gomes. Prescrição em perspectiva: justificante da falta de interesse na persecução penal. **Jusnavigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14665/prescricao-em-perspectiva-justificante-da-falta-de-interesse-na-persecucao-penal/2>. Acesso em 26 novembro 2016.

⁸¹ Op. cit., p. 70.

materialidade ou indícios da autoria”⁸². Outra interessante definição foi dada por César Eduardo Lavoura Romão⁸³, para quem a justa causa é “o conjunto probatório apto a justificar a abertura de um processo criminal”.

Interessante questão gera discussões entre os autores do processo penal. Trata-se de situar a justa causa dentro do interesse de agir ou inseri-la como uma quarta condição da ação. Vicente Greco Filho é partidário da primeira corrente, quando diz que: “No processo penal, a justa causa corresponde ao interesse processual, uma das condições da ação, indispensável, pois ao seu exercício”.⁸⁴ Afrânio Silva Jardim, por seu turno, classifica a justa causa como a quarta condição da ação, pois, além da legitimidade das partes, do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido, anota: “Como vimos três condições que classicamente se apresentam no processo civil, acrescentamos uma quarta: a justa causa, ou seja, um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação”.⁸⁵

De toda sorte, é possível identificar que a justa causa é a existência de elementos capazes de demonstrar ao Poder Judiciário que a ação é cabível, que se pode provar e que o pedido de condenação é lógico e útil, remédio para evitar ações penais infundadas.

O prestígio da justa causa e das condições para o exercício da ação penal podem ser constatados a partir do exame do artigo 395 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2009 e que as incluiu como causas de rejeição da denúncia ou queixa, nos seguintes termos:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Não havendo justa causa, não há que se insistir em uma ação infrutífera, movida pela sanha de ver o réu condenado. O Poder Judiciário e todos os que militam e fazem a Justiça se mover devem se conscientizar quando é o caso de reconhecer que houve lentidão, inércia ou ineficácia do Estado, até mesmo porque, usando as palavras de Cláudio Henrique Portela do Rego:⁸⁶ “O Juiz é de Direito e o

⁸² JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

⁸³ Op. cit., p. 97.

⁸⁴ **Manual de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV, p. 52.

⁸⁵ Op. cit., p. 140.

⁸⁶ O direito de o réu ser julgado pelo mérito, em segundo grau e a supressão da instância. **Revista de**

Promotor é de Justiça. Não Juiz de condenação ou Promotor de acusação”.

4.8.4. Princípio da dignidade da pessoa humana

Boa parte dos autores analisa que a decretação da prescrição virtual prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, que inclusive é fundamento da Constituição Federal de 1988, conforme seu artigo 1º, III.

É inegável o desgaste que o processo penal causa ao indivíduo, seja de ordem moral, econômica ou psicológica, no entanto, alguns acusados, na intenção de “limparem seu nome” com uma sentença de mérito absolutória, escolhem o prosseguimento do processo, a fim de provarem sua inocência, mesmo quando o juiz reconhece a prescrição virtual.

Ocorre que, nos casos de condenação e posterior reconhecimento da prescrição retroativa, o que se vê é que aquele desgaste que poderia ter sido evitado desde logo, quando se aventou a possibilidade da aplicação da prescrição em perspectiva, prolongou-se, causando mácula maior e despropositada.

Diante de uma constituição garantista como a de 1988, não se pode apequenar os valores dos direitos humanos e, justamente nesse sentido, o processo também é uma garantia do cidadão contra abusos do Estado em sua dignidade.

Negligenciar que a instauração e o prosseguimento de processos penais inúteis e que não representarão resultados práticos, além de causar a inconveniente “rotulagem” de réus, é também ferir um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 que, não por acaso, o inseriu em seu primeiríssimo artigo.

Vale a pena ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido encarado pelo Supremo Tribunal Federal com a importância que lhe é devida, conforme escreve o Professor Marcos Gomes da Fonseca Neto:

Tal princípio vem sendo muito aplicado no STF, principalmente em matéria criminal, visando garantir ao ser humano mínimo de dignidade ante aos inúmeros descasos do Poder Público.

Sabe-se ainda, que o processo penal, por si só, já é desgastante e um verdadeiro tormento para o réu, vez que, o mesmo se vê a mercê de uma decisão que pode mudar sua vida ao extremo.

Ante a essas conclusões indaga-se: será que o não reconhecimento da chamada prescrição virtual pelo STF não violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado constitucionalmente?

Parece que sim, senão vejamos.

Conforme aludido inicialmente, os princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro têm status e devem ter aplicação como se leis fossem.

Com esse entendimento, o reconhecimento da prescrição virtual estaria

amparado por um dispositivo legal, e ainda com previsão constitucional.⁸⁷

Vê-se, hoje em dia, a espetacularização indevida de procedimentos, até mesmo na fase pré-processual com o indiciamento de investigados e, mais ainda, na fase processual com o oferecimento da denúncia, causando verdadeiras estigmatizações.

De forma desarrazoada, atos como o recebimento da denúncia, delações, vazamentos, oitivas, conduções coercitivas e outros são divulgados à exaustão, às vezes com coletivas de imprensa e apresentação em *power point*, constituindo autênticas “penas processuais”, fazendo com que o processo penal seja utilizado como uma espécie de punição antecipada, perseguição política ou mesmo de intimidação, insuflada pela mídia ávida por preencher seus noticiários.

A pena, esta sim deve ser efetiva, legal e justa. O processo não deve ser a sanção ao acusado. Para isso existe a pena cominada no preceito secundário dos delitos previstos em lei.

Lembra o Procurador Federal Marcelo Carita Correra que o chamado “dano marginal”, expressão popularizada pelo autor italiano Enrico Finzi, decorrente da simples instauração de um processo criminal “pode gerar prejuízos de ordem psicológica e material, especialmente àquelas pessoas que não são afetadas ao direito e nunca tiveram qualquer contato com o direito penal”.⁸⁸

Comentando acerca da degradante cerimônia que representa o processo penal e ligando o princípio da dignidade humana com o da razoável duração do processo, o juiz de direito Marcos Antônio Santos Bandeira anota com rara felicidade que:

O indivíduo, no âmbito de um Estado Democrático tem o direito de ser julgado num tempo razoável, nos termos preconizados pelo Pacto de São José da Costa Rica já totalmente integrado ao nosso ordenamento jurídico, por força do decreto nº 678, de 06.11.1992. Nesse diapasão é curial o cumprimento efetivo deste preceito, no sentido de libertar o cidadão dos grilhões da cerimônia degradante de um processo penal autoritário, muitas vezes injusto, satisfazendo-se também o princípio da segurança jurídica nas relações sociais, bem como o de referendar o processo como instrumento de garantia do indivíduo no Estado Democrático de Direito.⁸⁹

⁸⁷ NETO, Marcos Gomes da Fonseca. O não reconhecimento da prescrição virtual pelo STF fere o princípio da dignidade humana? **Jusbrasil**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1161877/o-nao-reconhecimento-da-prescricao-virtual-pelo-stf-fere-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-marcos-gomes-da-fonseca-neto?ref=amp>. Acesso em 11 novembro 2016.

⁸⁸ Op. cit.

⁸⁹ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. Prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional. Disponível em: <http://marcosbandeirablog.blogspot.com.br/2009/09/prescricao->

Quando a prescrição antecipada se torna uma realidade irrefreável, não é demais pensar que os acusados sofrem constrangimento ilegal com a malfadada decisão de se prolongar uma ação cujo resultado já é possível conhecer e que não alcançará o seu desiderato, que é a aplicação de uma sanção penal.

4.8.5. Direcionamento do Poder Judiciário aos processos que têm maior probabilidade de serem efetivamente úteis

Inegavelmente, a prescrição virtual pode contribuir de forma efetiva com a Justiça ao permitir que se dê maior atenção aos processos que, fatalmente, terão a prescrição retroativa reconhecida quando de uma sentença condenatória.

Nem se diga que a utilização do instituto é como uma “operação de limpeza” tendente a eliminar processos. O argumento seria por demais simplório. Não se trata disso. Trata-se, isso sim, de usar racionalmente os recursos disponíveis.

Utilizar a prescrição virtual para processos previamente analisados e separados seria, para efeito de comparação, algo como se faz corriqueiramente em mutirões de processos de execução penal em que os presos já preenchem os requisitos para progressão de regime e permanecem estagnados naquele que lhe é mais prejudicial.

No exemplo citado, é nítido o direito do réu preso, é visível que uma providência legal e justa vai causar uma melhora das condições de funcionamento das varas de execuções penais e dos estabelecimentos prisionais e o que falta é apenas a providência.

A prescrição virtual, de forma análoga, pode desafogar vários setores do Poder Judiciário e da Justiça como um todo, por tratar com objetividade de processos que não apresentarão resultado prático.

Em prefácio à obra de Igor Teles Fonseca de Macedo,⁹⁰ Nestor Távora adverte:

Temos assistido infelizmente a propulsão avassaladora da impunidade, afinal, estamos abarrotados de processos fadados ao fracasso, pelo futuro advento da prescrição, o ônus da dedicação aos mesmos é imensurável, não só em razão dos custos, mas também por pulverizar a força motriz ministerial, judicial e da Defensoria Pública, contaminando de ineficiência toda a máquina.

[antecipada-numa-perspectiva.html](#)> acesso em 16 novembro 2016.

⁹⁰ Op. cit.

Acrescente-se ainda o fato de que o Conselho Nacional de Justiça estabelece, a cada ano, as chamadas “Metas Nacionais” e as “Metas Específicas”, dentre as quais vale a pena citar, para a Justiça Estadual no ano de 2016, as seguintes:

METAS NACIONAIS PARA 2016

[...]

META 2 – Julgar processos mais antigos (Todos os segmentos)

Identificar e julgar até 31/12/2016, pelo menos:

[...]

- Na Justiça Estadual, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2012 no 1º grau, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2013 no 2º grau, e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2013 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais.

METAS ESPECÍFICAS PARA 2016

JUSTIÇA ESTADUAL

Diminuir o valor da despesa por processo baixado em relação ao ano anterior, até 31/12/2016.⁹¹

A utilização da prescrição virtual, por propiciar a análise de processos efetivamente úteis, certamente contribuiria com o cumprimento das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Não é difícil, com base nos argumentos ora expostos, convencer-se da vantagem que a aplicação da prescrição antecipada representa para o Poder Judiciário que, ao invés de dividir seus insuficientes recursos com processos úteis e inúteis, dá a estes rápida decisão terminativa, cuidando de analisar, com mais profundidade, o mérito dos processos que ainda podem apresentar resultado prático, qual seja: a aplicação e execução de pena.

4.8.6. Evita-se o desgaste judicial e o desprestígio à Justiça

Contrapondo-se aos que são contra a prescrição virtual por entenderem que ela traz desprestígio à justiça e ao Poder Judiciário por não apresentar uma sentença, há que se indagar também se não seria pior deixar transcorrer longos anos até que uma sentença seja prolatada e, em seguida, tida como ineficaz, ante o reconhecimento da prescrição retroativa.

Se formos pensar em razoável duração do processo, não há como refutar a aplicação da prescrição virtual, haja vista que o resultado que ela apresenta com celeridade é, com elevado grau de certeza, o mesmo que seria apresentado anos depois, com a sentença e o posterior reconhecimento da prescrição retroativa ou

⁹¹ Disponível em: www.cnj.jus.br.

mesmo com o reconhecimento da prescrição virtual com base no máximo da pena *in abstracto*, conforme ocorreu em 1º de março de 2012, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal.⁹²

Não se pode negar que causa grande desgaste judicial uma decisão posterior que rescinde uma sentença condenatória de primeiro grau. Essa sentença, ineficaz, não traz efeito algum ao réu. Isso a prescrição virtual não deixa que aconteça porque antevê essa ineficácia como extremamente provável e extingue o processo.

A antevisão da ocorrência da prescrição retroativa que se faz quando é reconhecida a prescrição virtual evita que os operadores do direito que atuam no processo sintam-se desmotivados ao trabalharem em algo que já têm ciência do insucesso.

A aplicação da prescrição em perspectiva evita ainda a frustração da expectativa daqueles que, desconhecendo como funciona o processo penal, mantém suas esperanças de que o autor de fato criminoso seja efetivamente punido. Acreditam equivocadamente que, ainda que tardia, a justiça será feita, entretanto, a prescrição retroativa elimina todos os efeitos da condenação.

4.8.7. Princípio da eficiência

Dentre os princípios constitucionais afetos ao Direito Administrativo está o da eficiência, que significa obter os melhores resultados com os menores custos para o Poder Público. A eficiência deve ser levada em consideração também como um ponto favorável à utilização da prescrição virtual.

Por ser justamente um princípio tido como de Direito Administrativo, há quem diga que não se presta ao Direito Penal, no entanto, é bastante comum ver juízes atuando em funções chamadas “atípicas” quando se tornam diretores de fóruns, presidentes de tribunais, autorizando e ordenando despesas. Nestes casos, efetivamente se tornam administradores do aparelho judiciário e, como tal, têm a obrigação de zelar pelo princípio da eficiência.

Se a Constituição Federal estatui princípios de maior dimensão que as leis propriamente ditas, evidente que a observância do princípio constitucional da eficiência ganha especial peso, assim como os princípios tácitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁹² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=201515>.

Se o princípio da eficiência deve se dar no âmbito da Administração Pública, o Poder Judiciário, como parte dela, também deve cumpri-lo.

Entendemos que, partindo da conceituação de que a eficiência é obter os melhores resultados com o menor custo, de pronto se observa o descumprimento do princípio em questão, já que está se falando de processos que não terão resultado prático ou útil algum.

O custo de um processo prescrito, nas palavras do juiz Alexandre Moraes da Rosa: “é assimilado pela coletividade e pelos demais usuários na forma de uma externalidade negativa, ou seja, impedem a eficácia e a eficiência do sistema penal”.⁹³ Daí se deduz que a utilização da prescrição virtual é alternativa que se apresenta para evitar esse custo e a infração ao citado princípio constitucional.

4.8.8. Princípio da instrumentalidade processual

Os mais básicos ensinamentos de direito processual ratificam a famosa afirmação de que o processo não pode ser um fim em si mesmo, mas instrumento para a obtenção do direito material.

O formalismo exagerado ou excessivo sempre rondou nosso direito, entretanto, não se deve concordar com a ideia de que os meios superem em importância os fins, o que significa que, quando uma demanda apresentar como nítido resultado que o direito material já está sepultado e que somente sobrevive o direito processual, de nada adianta destinar tempo, dinheiro, servidores, a inteligência e os recursos já conhecidamente escassos do Poder Judiciário para dar continuidade a atos processuais que resultarão em nada.

Prosseguir com o formalismo do processo para se chegar a uma sentença que, desde há muito, já era possível saber que seria inútil, assemelha-se a conquistar a “vitória de Pirro”.⁹⁴

De acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, perfeitamente aplicável ao processo penal, o processo é um meio de se garantir um julgamento justo, e que a finalidade do ato importa mais que o ato em si mesmo. Nesse sentido,

⁹³ ROSA, Alexandre Moraes da. Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora. **ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-26/limite-penal-nao-reconhecer-prescricao-antecipada-crime-jogar-nosso-dinheiro-fora>. Acesso em 26 novembro 2016.

⁹⁴ Neptólemo, ou: Pirro, filho de Aquiles e da princesa Deidamía, foi um general grego que conseguiu, às custas de muito esforço e imensos gastos com o seu exército, composto por muitos mercenários, derrotar os romanos. Mal conseguiu voltar para Épiro, onde era rei e onde encontrou fome e desolação. A expressão “vitória de Pirro” é uma metáfora que descreve uma vitória tão sacrificante, desgastante que chega a ser inútil e que não vale a pena ter sido alcançada.

quando já não se pode mais alcançar a finalidade do processo, o princípio em questão se apresenta também como uma justificativa para a defesa do reconhecimento da prescrição virtual.

Inadequado se pensar que o objetivo visado com a defesa da aplicação da prescrição virtual é a extinção de processos. O princípio da instrumentalidade das formas, noutro passo, também é utilizado pela doutrina e pela jurisprudência para prosseguir com ações penais cuja forma não foi praticada com a exatidão prevista nos códigos, mas alcançou o fim a que visava. Exemplo disso é a decisão da Primeira Turma do STF na qual se consignou:

25/06/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 111.472 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S)	: LUIZ CARLOS VINHAL RODRIGUES
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ADVINDA DA INTIMAÇÃO DO PACIENTE, COM 15 (QUINZE) DIAS DE ANTECEDÊNCIA, EM LUGAR DA CITAÇÃO, PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não encerram fins em si mesmos, mas meios de se garantir um processo justo e equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

[...]

4. Na hipótese vertente, o acolhimento da alegação de nulidade em razão da ausência de citação pessoal traduz apego desmedido à forma, consoante observado pelo órgão do Parquet federal oficiante no STJ, verbis: Só mesmo um apego exagerado às formas legais (num verdadeiro fetichismo das formas) é que poderia conduzir à nulidade da ação penal em apreço, razão pela qual entendemos que a ordem deve ser denegada.” Isto porque, repita-se, o paciente foi preso em flagrante, apresentou defesa prévia e foi intimado com 15 (quinze) dias de antecedência para a audiência de instrução e julgamento, restando incontroverso que tinha plena ciência da acusação que lhe pesava, circunstâncias que autorizam a conclusão, por ora, de que lhe foi garantido o exercício da ampla defesa.

5. Ordem Denegada.⁹⁵

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal e Penal. *Habeas Corpus*. Tráfico de entorpecentes. Alegação de nulidade advinda da intimação do paciente, com 15 (quinze) dias de antecedência, em lugar da citação, para a audiência de instrução e julgamento. Exercício da ampla defesa. Princípio da instrumentalidade das formas. Ausência de prejuízo. Ordem denegada. *Habeas Corpus* nº 111.472 do tribunal de justiça do estado de Minas Gerais. Luiz Carlos Vinhal Rodrigues. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 25 de junho de 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953551/habeas-corpus-hc-111472-mg-stf/inteiro-teor-111846863>. Acesso em 13 novembro 2016.

Mais afeto ao tema do presente trabalho, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com fundamento no princípio da instrumentalidade do processo, de forma favorável ao reconhecimento da prescrição virtual, *in verbis*:

Como regra, não se pode cancelar a decretação da prescrição in concreto com base na pena que futuramente iria ser aplicada ao acusado, já que esta modalidade é estranha ao direito penal pátrio.

No caso concreto, ainda que típica a conduta, tendo em vista as peculiaridades presentes, deve-se reconhecer esta modalidade de prescrição, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo.⁹⁶

Em perfeita ratificação do que fora exposto, o trio Cintra, Pelegrini e Dinamarco, na já citada obra “Teoria Geral do Processo”, também critica a supervalorização do processo:

Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu).⁹⁷

Se a ocorrência futura da prescrição retroativa é dada como certa, não há razão para se estender o processo, já avaliado como tendente a um resultado nulo. Ora, se o processo traz sofrimentos e dissabores aos réus, torna-se desarrazoado mantê-lo, uma vez que, dessa forma, alcança o *status* de um fim em si mesmo, quando se sabe que ele não tem, isoladamente, qualquer função.

4.8.9. Princípio da razoabilidade

O princípio, que neste ponto se coloca em exame, reforça os fundamentos do princípio da instrumentalidade das formas, posto que prosseguir com um processo e seus muitos atos, sabendo de antemão que o direito material, o fim do processo não pode ser atingido, é de todo irrazoável.

Em uma das entrevistas realizadas com magistrados das Varas Criminais da

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma. RSE 199.70.01.008573/5. Rel. Des. Manoel Lauro Volkmer de Castilho. 07 de outubro de 2002.

⁹⁷ Op. cit., p. 41-42.

Comarca de Porto Velho foi ressaltado o valor do resultado prático dos processos como justificativa para a aceitação da tese da prescrição virtual. Obviamente que não se prima pela razoabilidade continuar a movimentação de ações quando se vislumbra com razoável teor de certeza a inexistência de resultados práticos destas.

Jawsnicker entende desatendidos os requisitos do princípio da razoabilidade, quando há a insistência em se prosseguir com os processos fadados à inutilidade da aplicação da sanção penal, ao escrever:

Tal argumento também é rebatido com a invocação aos princípios do Direito, especialmente ao princípio da razoabilidade, porque um processo fadado ao reconhecimento da prescrição retroativa, em advindo a condenação, não atende aos requisitos do princípio em questão, relacionados à existência de uma relação de proporcionalidade entre seus motivos, meios e fins, à onerosidade mínima para o cidadão e à ponderação entre os danos causados pela medida e os resultados a serem obtidos.⁹⁸

O princípio da razoabilidade costuma ter, conforme doutrina majoritária, estreita relação com o da proporcionalidade, isso quando não se confundem.

Serve o referido princípio como uma importante ferramenta para sopesar valores e até mesmo princípios que sustentam teses confrontantes. Nessa linha de raciocínio, argumenta Carlos Eduardo de Souza:

Os que se posicionam contrariamente à aplicação da prescrição virtual aduzem que o instituto não encontra amparo legal e que seu emprego afrontaria os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. No entanto, demonstrou-se que o impasse principiológico aduzido pode ser sanado com a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que se buscará a compatibilização das normas jurídicas em confronto.

[...] os princípios não têm natureza absoluta, de modo que sua aplicação pode ser relativizada em face da existência de outros interesses que, no caso concreto, se mostram de maior relevância. É o que ocorreria alusivamente à prescrição virtual, em homenagem à dignidade da pessoa humana, que restaria ferida de morte, caso fosse admitida a tramitação de processos de cujos efeitos nenhum benefício se poderia auferir, pois, como é cediço, em tais casos, referidas demandas já originariam fadadas à inutilidade.

Medida mais justa seria sopesar os interesses em confronto, de modo a se prestigiar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento dos demais, pois aquele, essencial à digna existência do homem, serve de sustentáculo a outras normas, já que o estabelecimento das regras jurídicas objetiva, entre outros, à tutela dos interesses imprescindíveis à justa e digna existência humana.⁹⁹

Observa-se, como argumento final, que o princípio da razoabilidade é

⁹⁸ JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 129.

⁹⁹ SOUZA, Carlos Eduardo de. O reconhecimento da prescrição virtual pela ausência de interesse de agir. **DireitoNet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8176/O-reconhecimento-da-prescricao-virtual-pela-ausencia-de-interesse-de-agir>>. Acesso em 16 dezembro 2015.

utilizado quando se decide sopesar entre dois princípios, dois valores ou duas normas.

Não é incomum confrontarem-se os princípios processuais da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Enquanto aqueles protegem a forma, este protege o indivíduo, o que implica dizer que, caso se esteja diante da possibilidade de reconhecer a ocorrência da prescrição em perspectiva, coloca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como de observância prioritária, seja pelo que tutela, seja pela avaliação baseada na razoabilidade, seja pela hierarquia de normas, onde a Constituição Federal ocupa uma posição superior às demais, por isso chamadas de infraconstitucionais.

4.8.10. Princípio da razoável duração do processo

O último dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal foi acrescentado com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Diz ele: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁰⁰

Quer-se fazer crer que o resultado de um processo deve ter duração razoável, seja este resultado qual for.

Quando se verifica a possibilidade de reconhecer a prescrição virtual, tem-se projetado, com a maior certeza possível, que o resultado do processo será a prescrição retroativa, que pode ser admitida o quanto antes possível, tornando o processo carente de ação.

Se o resultado é o mesmo, mas o tempo é encurtado, cumpre-se indubitavelmente o princípio da razoável duração do processo.

Há duas formas de se constatar a contribuição da prescrição virtual para a aplicação do princípio da razoável duração do processo, no comentário oportuno de Igor Teles Fonseca de Macedo, *in verbis*:

A uma, de maneira específica, já que aquele processo contemplado pela prescrição em perspectiva alcançará o seu fim com uma rapidez maior do que se desenvolvesse toda a sua tramitação normal; e a duas, de forma genérica, pois com a aplicação do instituto em apreço nos processos inúteis abrir-se-á espaço para uma maior dedicação dos órgãos envolvidos da atividade jurisdicional desprenderem naqueles processos cuja serventia seja incontestável, evitando-se, com isso, que estes se transformem,

¹⁰⁰ Artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

futuramente, naqueles;¹⁰¹

Reunindo alguns dos pontos favoráveis à prescrição virtual, René Ariel Dotti¹⁰² faz uma sensata defesa do instituto nos seguintes termos:

[...] O reconhecimento antecipado da prescrição, longe de ser mera tese doutrinária, é um dado da realidade. Integrantes do Ministério Público têm preferido requerer o reconhecimento antecipado da prescrição a ofertar a denúncia. Juízes de primeira instância, agindo por provocação ou de ofício, têm reconhecido essa espécie de prescrição, no curso da ação penal ou até mesmo antes do recebimento da peça acusatória. Alguns Tribunais do País, no julgamento de recursos ou habeas corpus, vêm admitindo essa modalidade prescricional. [...] Há necessidade dos agentes estatais — Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário — cumprirem os mandamentos do devido processo legal, dignidade da pessoa humana e caráter instrumental do processo. [...] A declaração da razoável duração do processo não é meramente teórica. Ela tem substância material quando o enunciado do princípio se completa com a referência aos 'meios que garantam a celeridade de sua tramitação' — CF, artigo 5º, LXXVIII. É elementar que entre tais meios pode-se incluir a solução judicial da prescrição pela pena presumida. Mas enquanto essa emergente causa extintiva da punibilidade não ingressar no sistema positivo, o movimento liderado por escritores lúcidos e decisões sensatas constitui uma reação adequada aos excessos danosos que se cometem em nome e através da Justiça Criminal. [...] O Estado, que exige dos cidadãos o cumprimento da lei sob ameaça da pena, não pode transgredir a Constituição e as normas do devido processo, mantendo-o aberto, não mais como um meio para a realização da Justiça, porém como um instrumento de opressão desproporcional à gravidade do mal do delito.

No ano de 2007 o Senador Gilvam Borges apresentou o projeto de lei nº 183/2007¹⁰³, que tinha por finalidade regulamentar o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Desejava o citado projeto inserir no Código de Processo Penal os artigos 61-A e 61-B, os quais, em suma, fixavam um prazo de três anos, contados a partir da data do recebimento da denúncia, como duração máxima do processo penal, admitida uma prorrogação de seis meses e estabelecia que, ultrapassado esse prazo,

¹⁰¹ Op. cit., p. 186.

¹⁰² DOTTI, René Ariel, agosto 2006 *apud* MORAES, Renato de. 1º fevereiro 2010. **Prescrição antecipada da pena evita perda de tempo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/prescricao-antecipada-pena-evita-processo-inutil-perda-tempo#_ftnref9_5233>. Acesso em 16 dezembro 2016.

¹⁰³ Art. 1º. O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 61-A e 61-B:

Art. 61-A. A duração máxima do processo penal será de três anos, contados do recebimento da denúncia. Parágrafo único. O prazo previsto no caput poderá ser prorrogado por seis meses, uma única vez, caso haja sentença condenatória, a fim de permitir a tramitação do recurso interposto.

Art. 61-B. Vencido o prazo previsto no artigo anterior, o juiz ou tribunal, de ofício ou a pedido, declarará extinta a ação penal por morosidade judicial. Parágrafo único. Declarada a extinção da ação penal nos termos do caput, a vítima deverá ser indenizada pelos responsáveis e pelo Estado, sem prejuízo das anotações funcionais para efeito de promoção na carreira.

ocorreria a extinção da punibilidade e estabelecia a obrigação de indenização à vítima, sem prejuízo das anotações funcionais dos responsáveis.

O projeto em questão foi rejeitado em comissão do Senado por decisão terminativa em 13 de julho de 2009, nos termos do artigo 91, § 5º do Regimento Interno do Senado Federal.

Entendemos que foi a melhor solução, pois a proposta era por demais simplória, desconsiderando a problemática do funcionamento do Poder Judiciário e as nuances do processo penal, nivelando todas as suas espécies de forma impraticável.

4.9. Quem pode requerer ou suscitar a prescrição virtual e de que forma

Com a entrada em vigor, em 06 de maio de 2010, da Lei nº 12.234/2010, o § 1º do artigo 110 do Código Penal sofreu alteração, não mais sendo permitido que se conte o tempo decorrido entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia para efeito do cálculo da prescrição retroativa.

Como a nova lei foi prejudicial, quem porventura tenha cometido delitos até 05 de maio de 2010 pode ter considerado, para efeitos prescricionais (prescrição retroativa e virtual), o lapso decorrido entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, lembrando que a prescrição retroativa é prevista em lei e a prescrição virtual tem aplicação graças a uma construção doutrinária e jurisprudencial que, como já demonstrado, também se lastreia em dispositivos legais e constitucionais.

Em resposta à indagação do presente ponto, é possível afirmar que a prescrição virtual pode ser requerida ou suscitada por qualquer dos operadores do direito atuantes no processo penal ao constatar a sua ocorrência. O defensor do réu, por patrocinar os interesses deste e pelas já demonstradas vantagens que se tem em ver extinto o processo sem mácula do nome do acusado; o membro do Ministério Público por ser o fiscal da lei e, lembrando o que já foi dito, ser promotor de justiça, e não de acusação; o magistrado, por expressa disposição do artigo 61 do Código de Processo Penal e por ser a prescrição matéria de ordem pública, que deve ser reconhecida em qualquer fase do processo. Ademais, o juiz é o presidente da instrução processual e deve zelar para que ela seja efetiva e tenha resultados práticos.

Observe-se que entre os verbos “requerer” e “suscitar” há diferenças, haja vista que naquele se tem o direito e o requerimento é um pleito simples daquilo que

é, em tese, certo; já neste há o significado de originar, provocar uma análise.

Nem todas as varas judiciais que lidam com o crime e seus magistrados aceitam a prescrição virtual e não é possível sempre saber de antemão o posicionamento do juiz, embora, por ser matéria cujo reconhecimento deva ser feito de ofício, uma simples petição poderia resultar no reconhecimento da prescrição em perspectiva, entretanto, para evitar maiores polêmicas, mais adequado parece ser requerer o reconhecimento da prescrição virtual.

O Professor da Universidade Federal do Mato Grosso, advogado Júlio Medeiros faz uma sugestão bastante interessante quando a prescrição virtual está para ser decretada pelo juiz:

Os argumentos alegados pelo Supremo – contrários ao reconhecimento da prescrição virtual –, são inconsistentes e falaciosos, uma vez que, partindo-se da premissa que deve o processo penal ser entendido como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu, jamais se poderia admitir que argumentos de lógica formal pudessem subjugar o direito à liberdade do acusado – até por força do princípio processual penal do favor libertatis.

Para se evitar impunidades, basta trabalhar com a teoria da “pior das hipóteses” quando existirem causas de aumento ou diminuição de pena. **O problema – se é que existe –, é muito simples de ser contornado: basta que, antes da decretação da prescrição, o investigado ou réu seja intimado para que se informe se concorda com a providência. Caso sua anuência não seja colhida, o processo segue em frente.**¹⁰⁴ (com grifos nossos)

Plausível, ainda, a ideia de que o *habeas corpus* possa causar o reconhecimento da ocorrência da prescrição virtual, pela falta de justa causa constante no artigo 648, I, do Código de Processo Penal.

Em uma interpretação sistemática, abrangente, pode-se fundamentar um pedido de reconhecimento da prescrição virtual com base no artigo 3º do Código de Processo Penal, que estabelece: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Observa-se que o dispositivo acima transcrito exalta o caráter instrumental da lei processual penal, permitindo que sejam usados outros meios nela não presentes para a busca do direito material.

Conjugando-se o artigo 395 do Código de Processo Penal e seus incisos II e

¹⁰⁴ MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal: uma questão de princípios. **Jurídico High-Tech.** Disponível em: <http://www.juridicohightech.com.br/2012/12/prescricao-penal-virtual-no-supremo.html>. Acesso em 27 novembro 2016.

III¹⁰⁵ com o artigo 485, VI e § 3º¹⁰⁶ do novo Código de Processo Civil, aplicado de forma análoga, tem-se que a falta do interesse de agir (condição para o exercício da ação penal) ou da justa causa para o exercício da ação penal, fatores que causam a rejeição da denúncia ou queixa, podem também, após instaurada a ação penal, extinguir o processo sem decidir (resolver) o mérito.

A análise da prescrição em perspectiva deve ser feita, *a priori*, como se uma sentença estivesse sendo elaborada. Analisar-se-ia de forma superficial a culpabilidade, mas a aplicação dos artigos 59 e 68 do Código Penal é fundamental, pois seria uma estimativa do *quantum* da pena, considerando-se todas as circunstâncias judiciais, atenuantes, agravantes, causas de diminuição e aumento de pena.

Após estimar-se o *quantum* de pena hipotética (pois não há condenação), deve-se raciocinar como se fosse aplicar a prescrição retroativa e ver se o lapso decorrido entre a data do recebimento da denúncia e a provável prolação da sentença condenatória recorrível já teria alcançado o prazo prescricional, fixado nos incisos do artigo 109 do Código Penal. Este é o modo de se proceder para constatar a existência da prescrição virtual, que nada mais é que a constatação da inevitável ocorrência da prescrição retroativa, a ser reconhecida no futuro.

4.10. Momento em que se pode reconhecer a prescrição virtual

Lembra-se, mais uma vez, que, para os crimes ocorridos até 05/05/2010, havendo a antevisão da pena, feita a partir de uma análise com base nos artigos 59 e 68 do Código Penal e nos elementos já colhidos na investigação policial ou em outros elementos que o Ministério Público tiver, segundo a maior parte da doutrina pátria, pode a prescrição virtual ser reconhecida antes do oferecimento da denúncia.

Acreditamos, porém, que a melhor solução em tais casos não seja a simples decisão do Ministério Público em deixar de oferecer a denúncia, para evitar

¹⁰⁵ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - [...]

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹⁰⁶ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI – verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual;

[...]

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

questionamentos relativos ao descumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas que seja feito como disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, que traz solução para a situação, mas que passa ainda pelo crivo do juiz, como entendemos que é devido.

Delitos cometidos a partir do dia 06/05/2010 somente podem contar prazo prescricional que tenha como termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa no caso da prescrição da pretensão punitiva em abstrato. Não há, para estes casos, como utilizar-se como termo inicial a data do fato para o reconhecimento da prescrição retroativa ou da prescrição virtual.

Nos demais casos, em delitos cometidos a partir de 06/05/2010 devem ter oferecida a inicial acusatória, sem prejuízo de, a qualquer tempo, após iniciada a ação penal, receberem o pedido de reconhecimento da prescrição virtual feito pelo próprio órgão acusador ou pela defesa, quando qualquer destes, efetuando a projeção da pena em função das circunstâncias judiciais e pessoais do acusado, entender de forma segura e fundamentada que a pena projetada já terá sido alcançada pela prescrição retroativa.

O juiz, por sua vez, também pode e deve reconhecer a prescrição virtual de ofício, utilizando-se dos mesmos critérios para a projeção da pena. Quanto a este personagem do processo penal, há que se distinguirem duas situações possíveis: 1ª) pode não receber a denúncia, entendendo que já é caso de se reconhecer a prescrição virtual para crimes cometidos antes de 06 de maio de 2010 ou a prescrição da pretensão punitiva em abstrato; 2ª) pode receber a denúncia e, ao longo da instrução processual, entender que, diante do lapso transcorrido e da pena em perspectiva, inevitavelmente, quando da prolação da sentença o crime já estará prescrito e, igualmente, reconhecer antecipadamente a prescrição retroativa.

Há quem diga que “O reconhecimento da prescrição antecipada trata-se do poder/dever do magistrado reconhecer a prescrição antes da prolação da sentença com base na pena em abstrato”.¹⁰⁷

Sobre o reconhecimento da prescrição em perspectiva no transcorrer da ação penal, interessantes apontamentos traz o já citado autor Rubens de Paula:¹⁰⁸

De forma que, se de uma antecedente e perfunctória análise das

¹⁰⁷ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Reconhecimento da prescrição penal antecipada à luz do garantismo penal. **Boletim Jurídico.** Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2911>. Acesso em 28 outubro 2015.

¹⁰⁸ Op. cit.

circunstâncias judiciais e legais alcança o Ministério Público a conclusão de que em face da pena a ser concretizada na sentença futura ocorrerá a incidência da prescrição retroativa no art. 110, § 2º,¹⁰⁹ do Código Penal (fato superveniente extintivo decorrente do lapso de tempo), que interesse terá em continuar promovendo a pretensão punitiva estatal? Verifica-se, na hipótese, superveniente carência da ação penal, decorrente do desaparecimento do interesse de agir do Estado, tornando viável, por expressa disposição do art. 3º do Código de Processo Penal, a aplicação analógica do art. 267, VI, do CPC,¹¹⁰ possibilitando-se, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

A carência de ação, quando for reconhecida como extremamente provável vislumbrar a ocorrência da prescrição retroativa, implica em ter o Poder Judiciário que lidar com um processo que já foi originado sem vida, ante a presumível impossibilidade de aplicar a pena ao réu. Nesse sentido, Igor Teles Fonseca de Macedo¹¹¹ afirma:

Assim, na hipótese da admissão da instauração da demanda penal, originar-se-á um processo natimorto, posto que, desde o seu nascedouro já estará fadado ao fracasso, de sorte que a solução que melhor se amolda à adequada aplicação o ordenamento jurídico vigente é o reconhecimento de que o autor – neste caso o Ministério Público – é carecedor de ação, tendo em vista que a impossibilidade fática de se alcançar o desiderato almejado com a instauração da ação penal – aplicação de sanção ao condenado – torna o processo completamente inútil para o fim pelo qual ele foi pensado, inexistindo, portanto, interesse processual no desenrolar da persecução penal.

Desta forma, ao invés de ter sido oferecida a denúncia, deveria o representante do Parquet ter perquirido o arquivamento dos autos do inquérito policial. Não obstante, como a denúncia foi de fato oferecida, caberia ao magistrado rejeitá-la, de pronto.

Rolf Koerner Júnior¹¹² também apresenta um roteiro sobre o momento (pré-processual e processual) e em que situações existe a falta de interesse de agir, entretanto, necessária a ressalva de que, para algumas destas, o autor menciona o revogado artigo 43 do Código de Processo Penal:

Portanto, quando seja impossível a realização da providência intentada pela parte acusadora, a falta de interesse de agir retira a justa causa da ação penal. Não poderia ser oferecida, mas se o foi, a denúncia ou a queixa deverá ser rejeitada (CPP, art. 43); vencida essa fase e se o processo criminal tiver sido desencadeado, antes da sentença de mérito, antecipadamente ouvido o réu, o juiz deverá declarar extinta a punibilidade, quando evidenciar, através de um juízo ex-ante, que, no futuro, para os tipos de crime, de pena e de autor será inevitável o reconhecimento da prescrição. Evidenciada a falta de interesse de agir, porque a providência

¹⁰⁹ Este parágrafo foi revogado pela Lei nº 12.234, de 05/05/2010.

¹¹⁰ No novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), este dispositivo está no art. 485, VI.

¹¹¹ Op. cit., p. 82.

¹¹² KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Prescrição penal [1]**. Disponível em: www.dantaspimentel.adv.br. Acesso em 30 outubro 2016.

deduzida pela parte não poderá ser atendida, outro caminho não haverá para o magistrado percorrer; acaso se omita o juiz, sua inação será atacável pelo *habeas corpus*, na estimativa da regra do art. 648, I, do Código de Processo Penal.

4.11. Efeitos da prescrição virtual

Embora o reconhecimento da prescrição virtual ocorra antes da sentença com trânsito em julgado, seus efeitos não são os mesmos da prescrição da pretensão punitiva.

Como dito exaustivamente ao longo deste trabalho, a prescrição em perspectiva tem a natureza de carência de ação, pondo fim ao processo criminal sem, no entanto, adentrar no mérito. Desta forma, não se lhe atribuem os amplíssimos efeitos explicados no subitem 2.7 retro.

Não se quer afirmar aqui que a prescrição virtual seja instituto estéril, pois ademais de apresentar benefícios jurídicos e sociais, traz para o acusado a vantagem de se ver livre de um processo que, indubitavelmente, traz, ao mesmo tempo, sofrimento, dor e constrangimentos.

4.12. A prescrição virtual nos crimes de competência do Júri

Questão pouco explorada, mas que tem sua relevância, diz respeito à aplicação da prescrição virtual nos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, de apreciação do Tribunal do Júri.

A priori, uma questão que salta aos olhos diz respeito a uma possível violação do princípio da soberania dos veredictos¹¹³ caso seja reconhecida nesse procedimento especial a ocorrência da prescrição virtual.

Foram visitadas a 1ª e a 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Porto Velho na intenção de conhecer sobre a aplicação da prescrição virtual nos crimes da competência do júri e o pensamento dos magistrados titulares daquelas varas.

Verificou-se que, embora mais difícil haver a possibilidade de reconhecer a prescrição virtual nos crimes dolosos contra a vida, em função da pena destes ser mais alta e, conseqüentemente, o prazo prescricional também, já houve casos em que o instituto foi aplicado, vislumbrando-se que não há posicionamento contrário.

O procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri (artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal) possui algumas peculiaridades,

¹¹³ Constituição Federal, artigo 5º, XXXVIII.

dentre as quais a divisão entre o juízo de admissibilidade, sumário da culpa ou juízo de acusação (*judicium accusationis*) e o juízo de mérito (*judicium causae*), que somente ocorre se pronunciado o acusado.

Respondendo à questão formulada no início do presente tópico tem-se que não fere o princípio da soberania dos veredictos o reconhecimento da prescrição virtual porque esse princípio não significa que todos os casos devam ser levados à decisão do conselho de sentença, mas que, quando submetidos a este, o resultado que dele advier deve ser respeitado, por ser soberano.

Casos há em que uma análise do magistrado leva à impronúncia (decisão terminativa) ou à absolvição sumária (decisão de mérito), o que implica dizer que o julgamento não vai ser submetido ao conselho de sentença, sem que isso signifique desrespeito aos princípios constitucionais ou outros ligados à instituição do júri.

Anote-se a pertinente lição de Guilherme Nucci, que afirma ter o legislador estabelecido um correto e eficaz “filtro” para acusações que não correspondam a crimes dolosos contra a vida, e prossegue:

A possibilidade de o magistrado togado evitar que o processo seja remetido ao Tribunal Popular e por este julgado está de acordo com o espírito da Constituição, visto ser a função dos jurados a análise de *crimes* contra a *vida*, significando que a inexistência de delito ou de prova contra o pretense autor, bem como a alteração da tipicidade (passando a infração penal à competência de juiz singular) faz cessar, incontinenti, a competência do júri. Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da inexistência do fato, de não ter sido o réu autor ou partícipe, de não ser o fato infração penal, de estar evidente a licitude da conduta do réu ou a falta de culpabilidade, não há razão para determinar que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. Não fosse assim, a instrução realizada em juízo seria totalmente despicienda. Se existe, é para ser aproveitada, cabendo, pois, ao magistrado togado aplicar o filtro que falta ao juiz leigo, remetendo ao júri apenas o que for, em função de dúvida intransponível, um *crime doloso* contra a *vida*. Aliás, devemos ressaltar que até mesmo a rejeição da denúncia ou queixa pode ocorrer, desde que o juiz verifique não constituir crime o fato narrado, porque, durante o inquérito, ficou demonstrado, com nitidez, a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.¹¹⁴

4.13. Projetos de normas que contemplam a prescrição virtual

A maioria dos projetos de lei que mencionam a prescrição vão no sentido de aumentar seu prazo ou mesmo de extingui-la. Nesse sentido, e aproveitando-se do sucesso da “Operação lava-jato”, o Ministério Público Federal propôs as chamadas “Dez medidas contra a corrupção” (Projeto de Lei nº 4.850/2016), das quais uma delas, a de número 6, trata da prescrição, que propunha originalmente uma reforma

¹¹⁴ Op. cit., p. 698.

no sistema de prescrição penal.

A proposta do Ministério Público Federal, entre outras coisas, prevê o fim da prescrição retroativa, essencial para a sobrevivência da prescrição virtual, uma vez que esta é o reconhecimento antecipado da ocorrência daquela.

Modificado em parte o projeto pela Câmara dos Deputados, a medida n° 6 sofreu alteração (a pretensão executória não recebeu o aumento proposto de 1/3 no seu prazo prescricional), no entanto, permaneceu no projeto substitutivo a extinção da prescrição retroativa.

É, como dito, um projeto que tende a não deixar que crimes sejam alcançados pela prescrição, considerada por aquele órgão como causa de uma sensação de impunidade.

Mais radical ainda, o Projeto de Lei n° 4.580/2009¹¹⁵, de autoria do então Deputado Federal Dr. Talmir, propunha a extinção da prescrição penal, retirando-a do inciso IV do art. 107 do Código Penal.

Embora a tônica dos legisladores não seja prestigiar a prescrição virtual, ainda sem lei expressa, tem-se pelos argumentos aqui apresentados que ela pode ser acolhida, mormente quando se tem um aparelhamento estatal, seja da polícia judiciária, seja do Ministério Público ou do Poder Judiciário insuficientes. É, como lembra Igor Teles Fonseca de Macedo, ao exaltar a aplicação da prescrição em perspectiva:

Somente dessa forma se ajudará a promover a desburocratização do Poder Judiciário, extirpando do âmbito judicial aqueles processos carcomidos pela inutilidade, já que a ideia de aparelhamento satisfatório da justiça nada mais é do que uma utopia.¹¹⁶

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em sentido contrário ao que se tem quase como regra (a defesa do aumento de prazos prescricionais ou até mesmo da extinção da prescrição), chegou a propor um anteprojeto de lei com alterações no Código de Processo Penal, no qual sugeriu hipótese que vai de encontro ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, com uma prévia realização do raciocínio já exposto para se reconhecer a prescrição pela pena hipotética:

Art. 24 –
 § 2°. Pode o Ministério Público deixar de promover a ação penal quando:
 I –
 II – em face dos elementos constantes do inquérito, só for possível prever

¹¹⁵ Referido projeto foi arquivado em 31 de janeiro de 2011, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

¹¹⁶ Op. cit., p. 177.

pena que, aplicada, permitirá a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição.¹¹⁷

Embora não seja contemplado por projeto de norma legislativa, encontramos um interessante *software* que realiza o cálculo do prazo prescricional e foi apresentado pelo Juiz de Direito André Luís de Aguiar Tesheiner ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, permitindo auxiliar o juízo no monitoramento e na prevenção da ocorrência da prescrição.

O sistema encontra-se disponível para consultas por meio do endereço <https://sites.google.com/site/ferramentasjud/home>, no qual o usuário pode inserir dados como a data do fato, o tipo penal, eventual suspensão do processo, pena aplicada, marcos interruptivos, se há incidência do artigo 115 do CP (réu menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença).

O programa acima mencionado faz um cálculo e informa se o crime está prescrito ou a data em que prescreverá. Não consta em suas explicações se contempla a possibilidade de cálculo da prescrição virtual, mas há uma tela em que essa opção aparece. Ainda que haja, todavia, pensamos que, como há a necessidade de um raciocínio que avalia as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e essa tarefa ainda não pode ser delegada a uma Inteligência artificial, não vemos como o programa possa fazer essa projeção, a menos que o próprio magistrado insira dados decorrentes de sua análise prévia.

O único projeto de lei encontrado prevendo a prescrição virtual como norma legal foi o Projeto de Lei nº 3902/2012, apresentado pelo Deputado Pastor Eurico, que incluía no Código Penal o artigo 115-A, com a seguinte redação:

Art. 115-A. Quando se verificar, pelas características do caso, que ocorreu a prescrição virtual do interesse de agir, o julgador pode declará-la desde logo, extinguindo o processo.

Embora tenhamos a opinião de que o dispositivo proposto está um pouco confuso, a justificativa para o projeto apresentou como fundamento um bom arrazoado sobre os requisitos mínimos indispensáveis para o ajuizamento da ação penal, as chamadas condições da ação e elencou alguma jurisprudência favorável à tese da prescrição virtual.

A proposta legislativa foi arquivada em 31 de janeiro de 2011, com base no

¹¹⁷ SÃO PAULO, Ministério Público *apud* MOREIRA, Rômulo Andrade. 06 junho 2010. **Súmula que veta a prescrição virtual é retrocesso.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-06/sumula-stj-proibe-prescricao-virtual-retrocesso>. Acesso em 28 outubro 2016.

artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Há em trâmite um importante projeto que trata da reformulação do Código de Processo Penal. Trata-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009, que foi aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde se encontra atualmente, tramitando com o nº 8045/2010.

Apesar de já ter sido objeto de debates por uma comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, que teve como coordenador o então Ministro do STJ Hamilton Carvalhido e como relator o Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira, os legisladores estão promovendo discussões a respeito da proposta com atores do processo penal¹¹⁸ e professores de direito¹¹⁹.

No projeto nº 8045/2010 em trâmite na Câmara, merecem destaque os seguintes dispositivos que se relacionam com a possibilidade de aplicação da prescrição virtual:

LIVRO I
DA PERSECUÇÃO PENAL
TÍTULO II
DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
CAPÍTULO III
DO INQUÉRITO POLICIAL
[...]
Seção VII
Do arquivamento
Art. 38. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito.
[...]
LIVRO II
DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS
TÍTULO I
DO PROCESSO
CAPÍTULO I
DA FORMAÇÃO DO PROCESSO
Art. 265. A peça acusatória será desde logo indeferida:
I – quando for inepta;
II – quando ausentes, em exame liminar, a justa causa ou quaisquer das demais condições da ação ou pressupostos processuais.
[...]
CAPÍTULO III
DA EXTINÇÃO DO PROCESSO
Art. 267. São causas de extinção do processo, sem resolução do mérito, a qualquer tempo e grau de jurisdição:
I – ...

¹¹⁸ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/519207-COMISSAO-DEBATE-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-EM-SAO-PAULO.html>.

¹¹⁹ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/518828-COMISSAO-DEBATE-COM-PROFESSORES-PROJETO-QUE-MUDA-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL.html>.

II – a ausência de quaisquer das condições da ação ou de justa causa, bem como dos pressupostos processuais;

Observa-se que o artigo 38 dá liberdade ao Ministério Público ao possibilitar o requerimento do arquivamento por “outras razões de direito”, podendo ser incluída aí a prescrição antecipada.

O artigo 265, II, por sua vez, possibilita ao juiz indeferir a inicial, quando ausentes a justa causa ou o interesse de agir, alicerces da prescrição virtual e estes mesmos motivos autorizam, caso o processo seja iniciado, que, a qualquer tempo, o processo seja extinto sem resolução de mérito (artigo 267, II).

Os dispositivos acima transcritos autorizam, portanto, o reconhecimento da prescrição virtual antes da formação do processo e em qualquer momento posterior à sua formação.

5. A visão da magistratura sobre a prescrição virtual

Em 21 de setembro de 2012, as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia julgaram os embargos infringentes e de nulidade nº 0007983-47.2012.8.22.0000 nos quais foi reconhecida a prescrição virtual por quatro dos seis desembargadores votantes, gerando a seguinte ementa:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. DECRETAÇÃO. PREVISÃO LEGAL. INSTRUMENTALIDADE, RAZOABILIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. INTERESSE DE AGIR.

Reconhece-se a prescrição virtual ou em perspectiva, se eventual condenação imposta ao réu não teria eficácia, tornando inútil a prestação jurisdicional e comprometendo o interesse de agir.¹²⁰

O julgado acima transcrito aparenta ter sido um caso isolado, mas interessante de se analisar, pois apresentou fundamentos já expostos no presente trabalho, como o interesse de agir e os princípios da instrumentalidade, razoabilidade e economia processual.

Foram realizadas entrevistas pessoais com os desembargadores que, atualmente, compõem as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Rondônia, que confirmaram o que a jurisprudência atual aponta: a discordância da maioria dos integrantes dos órgãos de segunda instância em relação à aplicação da prescrição virtual.

¹²⁰ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. Prescrição antecipada. Decretação. Embargos Infringentes e de Nulidade 0007983-47.2012.8.22.0000. Rel. Juiz Francisco Borges Ferreira Neto. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalheProcesso.jsp>>. Acesso em 11 novembro 2016.

Aos juízes das três Varas Criminais e das duas Varas do Tribunal do Júri da Comarca de Porto Velho foi apresentado o seguinte questionário:

1 – O Senhor/Senhora concorda com a aplicação da “prescrição virtual” (também chamada de “prescrição em perspectiva” ou “em função da pena hipotética”)?

() SIM () NÃO

2 – Por qual motivo/fundamento concorda/discorda?

3 – Caso concorde com a tese da prescrição virtual, o Senhor/Senhora:

A () Deixa de aplicá-la em razão da Súmula 438/STJ;

B () Deixa de aplicá-la em razão do entendimento do TJ/RO;

C () Aplico, apesar da existência da Súmula 438/STJ e/ou do entendimento do TJ/RO;

D () Aplico, caso o MP proponha o reconhecimento da prescrição virtual ou concorde com ela;

E () Não se aplica, pois não concordo com a tese da prescrição virtual.

4 – O Senhor/Senhora acredita que a admissão da prescrição virtual pelos Tribunais Superiores ajudaria a cumprir as metas estabelecidas pelo CNJ para o número de processos julgados?

() SIM () NÃO

5 – Se a resposta da questão 4 for positiva, qual a sua estimativa percentual do número de processos criminais de sua Vara/Comarca que seriam extintos? _____% () Não tenho estimativa

6 – Como o Senhor/Senhora agiria se o Ministério Público propusesse o reconhecimento da prescrição virtual?

7 – Como o Senhor/Senhora agiria se o Ministério Público propusesse o reconhecimento da prescrição virtual e a defesa fosse contra?

8 – Esteja à vontade para comentar a respeito da prescrição virtual. Suas consequências, dificuldades, vantagens, desvantagens, enfim, qualquer aspecto que queira enfatizar. Sua opinião é muito importante para mim. Obrigado!

As perguntas do questionário acima foram dirigidas aos juízes em entrevistas pessoais, ocasiões em que se viu a aceitação por parte destes magistrados (alguns estavam em substituição aos titulares), com a ressalva de que, no Júri, em razão de as penas serem maiores, é difícil, mas não impossível, ocorrer a prescrição virtual neste procedimento especial.

Na pesquisa apresentada aos magistrados do Estado de Rondônia, contendo oito questões a respeito da prescrição virtual, buscou-se obter um panorama geral

acerca do pensamento do poder judiciário estadual em relação à prescrição virtual.

Como se buscava um número percentual de processos aproximado que seria atingido pela prescrição virtual, caso ela seja aplicada, em nossas pesquisas acabamos por tomar conhecimento de notícia publicada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará¹²¹ em que a juíza da 17ª Vara Criminal da Capital daquele Estado, Marlúcia de Araújo Bezerra, estima reduzir em 20% (vinte por cento) o número de processos, universo bastante considerável. Segundo a magistrada mencionada:

“A implementação dessa recente teoria, embora ainda alvo de muitas críticas, ganha força no meio jurídico nacional em progressão geométrica à constatação de seus vários benefícios, principalmente no que se refere à economia de recursos da máquina judiciária, muitas vezes desperdiçados em processos que há muito já perderam a utilidade”.

Ainda sobre números, a Associação dos Magistrados Mineiros publicou artigo no qual veicula opiniões do Professor Francisco Afonso Jawsnicker, da Universidade Federal de Mato Grosso, para quem a prescrição virtual “pode ser uma saída para limpar o estoque de processos acumulados nas Varas Criminais” e, embora reconhecendo que ela não é a melhor solução para termos uma Justiça mais célere, apontou que “acarretará em uma economia de recursos públicos e uma melhor eficiência no trabalho dos juízes”.¹²²

Falando em termos bastante práticos, segundo o professor Jawsnicker: “a prescrição virtual pode ser aplicada em processos mais antigos, que estão parados no gabinete há muito tempo. Os que forem de pequeno e médio potencial lesivo, terão uma pena baixa e, conseqüentemente, podem prescrever retroativamente. Então o juiz se antecipa e encerra o processo antes mesmo de gerar mais gastos para o judiciário”. É, certamente, um forte golpe nas excessivas e demoradas formalidades do processo que tendem a apresentar resultados inócuos.

Gustavo Henrique Coelho Hahnemann, em sua dissertação de mestrado apresentada em 2011 à Universidade Federal de Pernambuco, chega a afirmar:

A prescrição pela pena projetada resolveria, a um só tempo, o tumulto decorrente dos processos nas varas criminais e traria, a reboque, o prestígio de que tanto carece o Poder Judiciário junto à população no que

¹²¹ CEARÁ. Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/noticias/17a-vara-criminal-inova-com-a-aplicacao-da-prescricao-em-perspectiva/> acesso 24 dezembro 2016.

¹²² GHIRELLO, Mariana. Prescrição virtual pode ajudar a desafogar Judiciário. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/2164062/prescricao-virtual-pode-ajudar-a-desafogar-judiciario>. Acesso em 24 novembro 2016.

toca à suposta leniência no desenvolvimento de sua atividade-fim.¹²³

Em outra análise, com foco nos recursos das sentenças que aplicaram a tese da prescrição virtual, notável o número apresentado por Paulo Martini, juiz de direito do Estado do Mato Grosso:

Francamente, com certeza, com fulcro em tais argumentações, já extingui inúmeros processos na comarca em que trabalho, e **até hoje nenhum dos réus recorreram das sentenças que reconheceram a seu favor a prescrição da pretensão punitiva antecipada**, dando-se, diga-se de passagem, por muito satisfeitos, já que mais de 80% dos casos criminais levados ao conhecimento da justiça geram sentenças condenatórias.¹²⁴ (grifo nosso)

5.1. A última palavra ainda não foi dada

É conhecida a corrente dos Tribunais Superiores (STF e STJ), cujo pensamento tem sido reiterado no sentido de vedar o instituto sob comento, havendo inclusive a edição da Súmula nº 438/STJ.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de forma contrária à prescrição em perspectiva, mas ainda não o fez de forma peremptória ou com súmula vinculante a respeito

No Recurso Extraordinário nº 602527, julgado em 19 de novembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, declarando inadmissível a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, por ausência de previsão legal, nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, à unanimidade.

Em contraponto, cabe ressaltar que há julgados, tanto do STF como do STJ (isolados, é bom que se diga), que reconhecem o instituto alvo deste trabalho.

A maioria dos julgados das Cortes Superiores que aplicaram a prescrição virtual são anteriores a 13 de maio de 2010, data de publicação da Súmula 438. Entretanto, para citar um exemplo relativamente recente, em 1º de março de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a prescrição em perspectiva com base no máximo da pena possível de ser aplicada e considerando a redução do prazo prescricional pela metade por ter o réu completado 70 (setenta) anos antes da

¹²³ HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2011. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3703/arquivo1104_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 11 nov. 2016.

¹²⁴ MARTINI, Paulo. Prescrição em perspectiva – questão de bom senso e necessidade. **Conjur**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/1999-mai-19/prescricao_perspectiva. Acesso em 11 novembro 2016.

sentença final. Eis a ementa do julgamento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM INQUÉRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. SUPERVENIÊNCIA DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA, CONSIDERADA A PENA MÁXIMA PREVISTA ABSTRATAMENTE. INÉRCIA DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO QUANTO A EVENTUAL ADITAMENTO DA DENÚNCIA. EMBARGOS REJEITADOS, MAS RECONHECIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PRIMEIRO DENUNCIADO.¹²⁵

Já havia, no Supremo Tribunal Federal, um precedente no mesmo sentido, julgado em 03 de maio de 2006. Tratava-se de uma questão de ordem na ação penal 379, cuja relatoria coube ao Ministro Sepúlveda Pertence. Naquela ocasião, foi admitida uma exceção à regra que inadmitia o reconhecimento antecipado da prescrição. Eis a ementa daquele julgamento:

Prescrição retroativa: possibilidade do seu reconhecimento antes da prolação da sentença, quando, como no caso, impossível a majoração da pena, pois se está considerando a pena máxima cominada em abstrato ao fato descrito na denúncia. II. Situação diversa do reconhecimento da tese já repelida pelo Tribunal da prescrição antecipada da pena em perspectiva, que, quando da condenação, poderá ser maior do que se conjecturava: precedentes. III. Crime continuado de omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: declaração da extinção da punibilidade do fato objeto da denúncia pela prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena máxima cominada, com a redução decorrente de já ter o acusado, hoje, mais de setenta anos, tendo em vista que transcorridos mais de 6 anos entre a data em que cessou a continuidade criminosa (setembro de 1995) e o recebimento da denúncia (5 de agosto de 2004) (C. Penal, arts. 107, IV; 109, III; 110; e 115; L. 8.212/91, art. 95, § 1º).¹²⁶

Como é possível ver, a única diferença entre o julgamento de 2006 e o ocorrido em 1º de maio de 2012 está no fato de que, no primeiro, ainda não havia entrado em vigor a Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, portanto, foi possível considerar o lapso transcorrido entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia.

O juiz de direito Fábio Wellington Ataíde Alves, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. nos Emb. Decl. no inquérito 2.584 São Paulo. Edmar Moreira. Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3386874>. Acesso em 30 outubro 2016.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Questão de Ordem. Ação Penal nº 379-PB. Enivaldo Ribeiro e outros. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 03 de maio de 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760837/questao-de-ordem-na-acao-penal-ap-qo-379-pb?ref=juris-tabs#!>. Acesso em 24 dezembro 2015.

Ciências Criminais, elenca importantes vantagens reais da prescrição virtual, com base em sua experiência judicial e em números, resumindo, com maestria, nossa opinião a respeito do tema. Diz o magistrado:

Milhares dos processos criminais que demandados no Judiciário até 2005 já estão fadados à prescrição retroativa, a tomar como referência a possível pena a ser aplicada no caso concreto. Por isso, muitos magistrados reconhecem antecipadamente a prescrição retroativa [...] Neste particular, ao contrário da tendência do processo penal moderno, **tanto o STF (cf. HC 94.757-3/08), como também o STJ (cf. HC 111.330, DJ e 09.02.09), parecem seguir em um campo meramente burocrático, sem identificar as razões práticas que levam os juízes a encontrar na prescrição antecipada uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo.** [...] Dessa forma, muitos processos continuam tramitando sem que seja possível tirar deles qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São ações que, quando resultam em condenação, acabam atingidas pela prescrição retroativa, perdendo o Estado o poder de aplicar qualquer sanção. Reforça o aspecto alegórico da lei penal a crença num Judiciário preso à lei e incapaz de inovar, principalmente no campo penal. [...] não é necessário abrir aspas para dizer que a rejeição da prescrição antecipada somente vem a reforçar o fenômeno da lei penal simbólica, assegurando uma pseudoproteção aos bens jurídico-penais. Como se já não bastasse as cifras negras, temos, dentre os casos que finalmente chegam à Justiça, uma quantidade significativa de processos que continuam a ocupar a atenção da Justiça sem que sejam capazes de produzir efeito prático. Juízes criminais não precisam continuar fazendo de conta que estão julgando. A forma como vem sendo tratado esse tema nos tribunais revela a elevada importância que se dá às normas simbólicas, inapta às finalidades para as quais são concebidas. O simbolismo penal acontece de maneira generalizada no sistema punitivo, desde institutos como a fiança até o momento da ressocialização do sentenciado. Fazendo uma análise do instituto em estudo à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, cabe esclarecer que a questão da prescrição antecipada não é meramente formal, mas abrange aspectos para a real proteção dos direitos fundamentais. Não é tempo de repreender juízes que reconhecem a prescrição antecipadamente; essa técnica trata-se de um meio capaz de justificar os fins aos quais prestam o Direito Penal protetor de bens jurídicos em última instância. À vista disso, não será difícil inferir que a proteção da liberdade poderia muito bem fundar a opção de deixar para um plano secundário as ações penais incapazes de proteger ditos bens. Para que assim fosse, no exame do caso concreto, o valor dos processos velhos precisa ser ponderado com o dos novos, provavelmente mais sujeitos a produzir resultados práticos efetivos na proteção de direitos fundamentais. Se queremos estabelecer novos parâmetros para uma justiça do futuro, é chegado o momento de sacrificar o sangue de velhas ideias. Em tempo de crise social e econômica, ainda não encontramos meios de racionalizar o sistema penal para poupá-lo de gastos desnecessários. Como se não bastasse a precipitação da impunidade, inclusive nas instâncias superiores, resta entender que diversas outras crises estão bombardeando o Direito Penal, cuja resistência depende de meios que deem maior eficácia estratégica às escolhas punitivas, o que passa pela aceitação da prescrição antecipada. **A prescrição pode ser até virtual, mas os ganhos com a sua decretação são reais.** Não há dúvida de que a tramitação de processo fadado à prescrição apenas consome o tempo jurisdicional que estaria disponível para outras hipóteses cuja proteção de bens jurídicos poderia ser mais eficaz. **A experiência jurisdicional do caso concreto mostra ser relativamente fácil aos operadores antever a pena aplicável ao acusado.** [...] Contudo, muitos tribunais ainda não perceberam os efeitos colaterais que o processamento de ações penais sem nenhuma utilidade

causa sobre outros processos que poderiam dar algum resultado. Ocupar um juiz com o trâmite de um caso sem utilidade, muitas vezes amparando a busca de testemunhas que nem ao menos lembram dos fatos, é o mesmo que impedi-lo de dar andamento aos outros casos com real consequência para a proteção de bens jurídicos fundamentais.¹²⁷ (grifos nossos)

Utilizando-se de um raciocínio semelhante ao que se faz quando se reconhece a prescrição em perspectiva, em um caso muito recente (27 de setembro de 2016), o juiz da 2ª Vara Federal de Guarulhos concedeu a liberdade provisória a um réu que estava preso preventivamente por afirmar ser improvável a fixação de regime fechado em caso de condenação.

O juiz que analisou o caso fez um prognóstico da pena, considerando a hipótese de condenação futura do réu e concluiu que seria um claro exagero supor que o acusado seria condenado por ambos os delitos por que fora denunciado a penas máximas e então decidiu:

Não é desprezível, assim, o prognóstico de que, mesmo condenado, o acusado poderá fazer jus ao cumprimento de sua pena em regime diverso do fechado.

Diante dessa possibilidade real – de que mesmo após sentença penal condenatória, o acusado dificilmente terá de cumprir pena de prisão em regime fechado – **nada justifica deva ele permanecer encarcerado** enquanto aguarda a conclusão do inquérito policial e o curso de eventual ação penal, hipótese em que **sua prisão cautelar revelar-se-ia muito mais gravosa que o posterior cumprimento de sua pena.**¹²⁸ (grifo conforme o original)

Tem-se, portanto, o seguinte cenário: o Supremo Tribunal Federal tem reiterado o seu posicionamento no sentido de proibir o reconhecimento da prescrição virtual, considerando o *quantum* de pena prognosticado (projetado, antevisto), todavia, não proibiu a sua aplicação quando o prazo prescricional é projetado com base no máximo da pena cominada ao delito.

No caso recente, do Inquérito 2.584, acima transcrito, o que ocorreu foi uma mescla de procedimentos. Usou-se parte da regra geral da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, que é a consideração do máximo da pena cominada, com parte do procedimento utilizado na prescrição virtual, que é admitir a ocorrência da prescrição antes da prolação de uma sentença condenatória, incluindo-se aí a

¹²⁷ ALVES, Fábio Wellington Ataíde. A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 17, n. 202, p. 14-15, set. 2009.

¹²⁸ ROVER, Tadeu. Considerando improvável pena máxima, juiz concede liberdade a francês. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-01/pena-maxima-improvavel-juiz-concede-liberdade-frances>. Sentença disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-conjur1.pdf> Acesso em 05 outubro 2016.

consideração da redução do prazo prescricional, regra estabelecida no artigo 115 do Código Penal.

Uma questão interessante surgiu a partir do julgamento de duas medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade N^{os} 43 e 44, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria (6 x 5), acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin que indeferiu as cautelares e admitiu a execução da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância, fazendo-o nos seguintes termos:

[...] declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

A decisão acima transcrita permite que seja executada uma pena antes da decisão transitar em julgado. Assim, pergunta-se: a prescrição intercorrente e a retroativa passam a ser subespécies da prescrição da pretensão executória, considerando que o Supremo entende que não é necessário o trânsito em julgado para que se possa executar a pena?

A resposta deve ser negativa, pois se um eventual sucesso do recurso da defesa pode alterar a pena principal, isso afeta também os efeitos secundários da pena. Basta que se imagine um réu, por ter sido recolhido à prisão (efeito principal da pena), não poder ter em outro processo o benefício de uma transação penal porque lhe foram também atribuídos os efeitos secundários desta, como a reincidência, por exemplo.

5. CONCLUSÃO

É importante relembrar que a Constituição Federal de 1988 trouxe importantes dispositivos relacionados com o Direito Penal, Direito Processual Penal e a pena em si.

Conforme expresso no *caput* do artigo 59 do Código Penal, a pena possui finalidade retributiva e função preventiva, além do caráter educativo ou ressocializador.

A pena tem a ver com o Estado e seus Poderes regularmente constituídos, haja vista que o Legislativo estabelece suas regras, o Judiciário analisa as pretensões deduzidas em juízo e as julga e o Executivo se encarrega de dar cumprimento às penas aplicadas.

Diante de tais considerações, aplicar a prescrição virtual passa a ser medida de aprimoramento da Justiça, objetivando uma política criminal racional por parte do Estado, posto que possui, conforme exposto no presente trabalho, importância social.

A prescrição virtual, a prevalência dos argumentos favoráveis ao instituto sobre os contrários, conforme exposto no presente estudo, é uma realidade no Brasil e no Estado de Rondônia, segundo apontou a pesquisa realizada.

No cenário atual, embora a doutrina e a jurisprudência de primeira instância venham aceitando cada vez mais a ideia do instituto objeto deste trabalho, os Tribunais Superiores e propostas legislativas diversas remam em sentido contrário.

A ideia perfeitamente adotável de carência de ação quando se caracteriza a prescrição virtual tem suporte na teoria geral do processo, que busca conjugar, no que lhe é comum, todas as regras aplicáveis nos diversos ramos do direito processual.

Visando a evitar confusões terminológicas, seria bastante apropriado unificar a nomenclatura do instituto, dando-lhe um aspecto mais adequado à sua natureza jurídica de carência de ação. Duas boas sugestões seriam “inutilidade da tutela jurisdicional pela prescrição penal retroativa antevista ou: carência de ação pela prescrição retroativa antevista”,¹²⁹ termos que contemplam todos os elementos

¹²⁹ SATUDI, Hector Keiti. In: op. cit.

necessários, quais sejam: a carência de ação e a antevisão da ocorrência da prescrição retroativa.

Em relação à ideia de se tornar todos os crimes imprescritíveis com a finalidade de se eliminar a impunidade ou a sensação desta, há que se esclarecer que também a justiça tardia, ora é confundida com injustiça, ora com a impunidade.

No cenário da imprescritibilidade de todos os crimes, se imaginarmos que um indivíduo pratique um crime e passe a vida toda sem ver reprimido esse fato pela aplicação e execução de uma pena, a sociedade, que deseja ver a função retributiva da pena devidamente exercida, seria obrigada a assistir, calada, a este espetáculo deprimente e, certamente, o caos nas varas criminais seria muito maior e mais devastador para o objetivo de uma justiça célere que tanto se busca, pois os processos se acumulariam sem solução.

A prescrição atende ao direito fundamental relativo à dignidade humana, valor consentâneo com o pensamento jurídico moderno e com a nossa Constituição Federal. Não se pode valorizar a sanha de se punir a qualquer preço e de qualquer forma.

A prescrição virtual é fruto do conhecimento jurídico usado por juízes, promotores, advogados e demais operadores do direito com criatividade e uma finalidade: dar celeridade, praticidade e eficiência ao processo penal.

Tanto na advocacia, como no Ministério Público, na magistratura, na doutrina, há muitos que defendem a prescrição virtual e, tal qual ocorreu com a prescrição retroativa, que de tese e jurisprudência se transformou em súmula do STF (nº 146) e, posteriormente, em norma posta, também a prescrição virtual deveria passar por esse processo de transformação, para o bem do andamento dos processos e a celeridade que a Justiça brasileira merece.

Embora seja esta a nossa esperança, que o instituto seja positivado, o não reconhecimento da prescrição virtual por falta de lei expressa representa injustificável apego à forma legal, já que o instituto traz inúmeros benefícios ao réu. Prestigiar a letra fria da lei, neste caso, é preterir a magnitude da justiça e olvidar-se que a própria prescrição retroativa foi uma criação jurisprudencial que acabou se tornando lei, caminho que pode ocorrer com a prescrição em perspectiva.

Pode-se argumentar com bastante tranquilidade aos que se posicionam contrários à prescrição virtual e ainda àqueles que têm dúvidas a respeito do instituto, em especial quanto a sua pretensa colaboração com a impunidade, que a

aplicação do instituto deve ser encarada como aquela dosagem de remédio cuja posologia vai diminuindo após a obtenção de resultados positivos.

É preciso que se entenda que, com a aceitação da prescrição em perspectiva, chegar-se-á a um momento em que, atuando o Poder Judiciário com processos mais novos, tender-se-á a aplicá-la cada vez menos.

Nas pesquisas feitas para a realização deste trabalho, foi constatado que algumas varas criminais estão trabalhando com processos que cuidam de fatos recentemente ocorridos, o que se afigura ideal, mas que não é a realidade de muitas varas pelo Brasil.

Vale ainda dizer que, quando a justiça é célere, quase não há oportunidade de se invocar a ocorrência da prescrição virtual, pois a finalidade do processo (a aplicação de pena) é alcançada.

Finalmente, tem-se que a prescrição virtual, como aplicada na atualidade, é instituto que, seguramente, traz vantagens ao réu, por não representar decreto condenatório; e à sociedade, pois permite a repropositura da ação caso sejam encontrados outros elementos que venham a suprir a constatada ausência do interesse de agir, em aplicação analógica (permitida pelo artigo 3º do Código de Processo Penal) dos artigos 485, VI, combinado com 486, § 1º do novo Código de Processual Civil.¹³⁰

O que de melhor poderia se fazer, atualmente, para ampliar a aceitação da prescrição virtual seria deixar de enquadrá-la como hipótese de extinção de punibilidade, para transferi-la para um caso legalmente previsto de carência de ação por falta do interesse de agir, uma vez que a grande crítica relativa à falta de previsão legislativa cairia por terra e este argumento estaria, conforme exposto no presente trabalho, exaustivamente demonstrado.

Da mesma forma não subsiste o argumento de que a Súmula nº 438 impede a aplicação da prescrição em perspectiva porque, segundo o próprio teor da súmula,

¹³⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

[...]

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1º. No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

o que não se admite é a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva e o que se aventa neste trabalho é a extinção do processo pela carência de ação.

Cabe fazer uma indagação: qual dos operadores do direito não gostaria de ver os processos sendo decididos com agilidade? A resposta provável é que nem o Ministério Público, nem o juiz e tampouco os advogados querem ver a justiça sendo entregue com atraso. Até porque, nas palavras de Rui Barbosa: “Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”.

Guiar-se cegamente por códigos inaptos a representar as rápidas e intensas alterações das relações entre pessoas é estagnar-se ante um positivismo e um formalismo exacerbados.

O legislador raramente consegue acompanhar a dinâmica social e os avanços da prática judiciária. Esta sim está um pouco à frente porque as demandas chegam ao Poder Judiciário que não pode se furtar a decidir, ainda que não haja legislação regendo o assunto discutido.

O presente trabalho, sem ter a pretensão de esgotar o assunto e convencer quem milita contra a possibilidade de reconhecimento da prescrição virtual, tem, contudo, o intuito de fomentar o debate e contribuir com a aceitação do referido instituto, por se tratar de algo efetivamente vantajoso.

Continuar a praticar atos processuais e aguardar o decurso do período prescricional com um processo natimorto, quando se tem elevado teor de certeza de que a pena a ser aplicada, considerando as condições jurídicas do réu e as demais circunstâncias e consequências do delito praticado, é juridicamente inócuo e ilógico, mormente quando se sabe que agindo assim o problema da sobrecarga de processos só aumenta. Um verdadeiro “trabalho de Sísifo”.¹³¹

As novas relações humanas e sociais exigem um novo direito, mais atento à necessidade de realmente atender a população, portanto, o apego excessivo ao direito formal, positivado é injustificável, especialmente quando se atenta contra a dignidade da pessoa humana.

A prescrição virtual não se apresenta como solução para o problema da falta

¹³¹ A mitologia grega nos apresenta a história de Sísifo que, por sua astúcia e esperteza, enganou a morte e Zeus, mas sua alma foi condenada por este a, por toda a eternidade, rolar uma grande pedra de mármore até o cume de uma montanha até que, toda vez que estava próximo do topo, o cansaço o vencia e a pedra rolava de volta montanha abaixo, obrigando-o a repetir todo o trabalho realizado antes, tornando o processo inválido e inútil. É sinônimo de trabalho infrutífero.

de celeridade da justiça, mas certamente contribuirá de forma efetiva sem desbordar da lei, haja vista a previsão da extinção de processos inúteis em que se verifique a falta de interesse de agir.

O caminho para uma prestação jurisdicional rápida é longo e ainda não está totalmente delineado. O exagerado número de processos com que os magistrados lidam em sua rotina comprova que o instituto demonstrado no presente trabalho é um auxílio para o reforço da agilidade e credibilidade do Poder Judiciário.

Um bom alento para os defensores da tese da prescrição virtual é que, com as intensas discussões a seu respeito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência parecem estar chegando a um consenso de abandonar a ideia de extinção de punibilidade como a conhecemos e defender a prescrição virtual como caso de carência de ação, gerando a extinção do processo. É nessa ideia que acreditamos e que esperamos ter apresentado com clareza neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e periódicos

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 17, n. 202, p. 14-15, set. 2009.

AZEVEDO, M. A. de; SALIM A. **Direito penal: parte geral**. Coordenação Leonardo de Medeiros Garcia, 5ª ed., vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 541. – (Coleção sinopses para concursos).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 16ª ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DELMANTO, C. et. al. **Código penal comentado**. 6ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 2002.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; FILHO, A. M. G. **As nulidades do processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; FILHO, A. M. G. **Teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 12ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACEDO, Igor Teles Fonseca de. **Prescrição virtual ou em perspectiva**.____Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 3.

MACHADO, Hugo de Brito. Julgamento antecipado em matéria penal. **Revista jurídica: doutr., legisl., jurispr.** Porto Alegre, v. 43, n. 208, p. 33-34, fev. 1995.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**, 1. 9ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI R. N. **Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 25ª ed., rev. e atual. até 11 de março de 2009. São Paulo: Atlas, 2009, p. 403.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, H. A.; MOSSIN J. C. de O. G.. **Prescrição em matéria criminal**.____Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 36.

NETTO, Frederico Blasi. **Prescrição penal: manual prático para entendê-la e calculá-la**. 4ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Ricardo Pieri. Considerações em abono ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, SP, ano X, n. 119, p. 10, outubro/2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 4ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REGO, Cláudio Henrique Portela do. O direito de o réu ser julgado pelo mérito, em segundo grau e a supressão da instância. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDF**, Brasília, n. 64 p. 13-22, set./dez. 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. 3ª ed. Curitiba. Lumen Juris, 2008.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal v. 1: parte geral**.

7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Dissertações e teses

HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2011. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3703/arquivo1104_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 11 nov. 2016.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Prescrição virtual: uma realidade no direito brasileiro (estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio). 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112608.pdf>. Acesso em 11 nov. 2016.

Material extraído da internet

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. Prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional. Disponível em: <http://marcosbandeirablog.blogspot.com.br/2009/09/prescricao-antecipada-numa-perspectiva.html> acesso em 16 novembro 2016.

CORRERA, Marcelo Carita. Da prescrição virtual no Direito Penal. **Conteúdo jurídico**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_da-prescricao-virtual-no-direito-penal,50547.html. Acesso em 16 dezembro 2015.

DOTTI, René Ariel, agosto 2006 *apud* MORAES, Renato de. 1º fevereiro 2010. **Prescrição antecipada da pena evita perda de tempo**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-fev-01/prescricao-antecipada-pena-evita-processo-inutil-perda-tempo#_ftnref9_5233. Acesso em 16 dezembro 2016.

FERREIRA, Marcelo Zago Gomes. Prescrição em perspectiva: justificante da falta de interesse na persecução penal. **Jusnavigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14665/prescricao-em-perspectiva-justificante-da-falta-de-interesse-na-persecucao-penal/2>. Acesso em 26 novembro 2016.

GHIRELLO, Mariana. Prescrição virtual pode ajudar a desafogar Judiciário. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/2164062/prescricao-virtual-pode-ajudar-a-desafogar-judiciario>. Acesso em 24 novembro 2016.

Gomes, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 novembro 2016.

JÚNIOR, Rolf Koerner. **Prescrição penal [1]**. Disponível em:

www.dantaspimentel.adv.br. Acesso em 30 outubro 2016.

LAMY, Marcelo. **Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle**. Disponível em: http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_cji.htm. Acesso em 11 dezembro 2016.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Reconhecimento da prescrição penal antecipada à luz do garantismo penal. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2911>. Acesso em 28 outubro 2015.

MARTINI, Paulo. Prescrição em perspectiva – questão de bom senso e necessidade. **Conjur**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/1999-mai-19/prescricao_perspectiva. Acesso em 11 novembro 2016.

MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal: uma questão de princípios. **Jurídico High-Tech**. Disponível em: <http://www.juridicohightech.com.br/2012/12/prescricao-penal-virtual-no-supremo.html>. Acesso em 27 novembro 2016.

PACHECO, Cláudia Ferreira. **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no processo penal)**. Disponível em: www.direitopenal.com.br. Acesso em 02 dezembro 2016.

PAULA, Rubens de. Da prescrição antecipada. **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, Mato Grosso. Disponível em: <http://www.mp.mt.gov.br/noticias.php?IDCanal=MzQ=&IDSubCanal=Mjk=&view=ODQ=>>. Acesso em 28 novembro 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Finalmente o STF vai decidir a respeito da contagem do prazo para a prescrição executória. **Jusbrasil**. Disponível em: http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/159444765/finalmente-o-stf-vai-decidir-a-respeito-da-contagem-do-prazo-para-a-prescricao-executoria?ref=topic_feed. Acesso em 28 outubro 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Súmula que veta a prescrição virtual é retrocesso. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-06/sumula-stj-proibe-prescricao-virtual-retrocesso>. Acesso em 28 outubro 2016.

NETO, Marcos Gomes da Fonseca. O não reconhecimento da prescrição virtual pelo STF fere o princípio da dignidade humana? **Jusbrasil**. Disponível em: <http://lfq.jusbrasil.com.br/noticias/1161877/o-nao-reconhecimento-da-prescricao-virtual-pelo-stf-fere-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-marcos-gomes-da-fonseca-neto?ref=amp>. Acesso em 11 novembro 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora. **ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-26/limite-penal-nao-reconhecer-prescricao-antecipada-crime-jogar-nosso-dinheiro-fora>. Acesso em 26 novembro 2016.

ROVER, Tadeu. Considerando improvável pena máxima, juiz concede liberdade a francês. **Conjur.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-01/pena-maxima-improvavel-juiz-concede-liberdade-frances>. Sentença disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-conjur1.pdf> Acesso em 05 outubro 2016.

SÃO PAULO, Ministério Público *apud* MOREIRA, Rômulo Andrade. 06 junho 2010. **Súmula que veta a prescrição virtual é retrocesso.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-06/sumula-stj-proibe-prescricao-virtual-retrocesso>. Acesso em 28 outubro 2016.

SATUDI, Hector Keiti. Prescrição penal antecipada: impropriedade terminológica e possibilidade de aplicação. Revista eletrônica. Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, v. 2, 2009. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/1728>. Acesso em 11 novembro 2016.

SILVA, Edemilson Mendes da. **Lei nº 12.234/2010: alterações ao § 1º e revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14890/lei-n-12-234-2010-alteracoes-ao-1-e-revogacao-do-2-do-art-110-do-codigo-penal>. Acesso em 11 novembro 2016.

SOUZA, Carlos Eduardo de. O reconhecimento da prescrição virtual pela ausência de interesse de agir. **DireitoNet.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8176/O-reconhecimento-da-prescricao-virtual-pela-ausencia-de-interesse-de-agir>. Acesso em 16 dezembro 2015.

SOUZA, Renee do Ó. Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação. **Promotor de Justiça na defesa da sociedade.** Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com.br/2007/04/prescrio-virtual-ou-antecipada.html>. Acesso em 10 dezembro 2016.

Normas legais

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 julho 2015.

_____. Código Penal (1940). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 03 de julho de 2015.

_____. Código de Processo Penal (1941). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 03 de julho de 2015.

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 09 set. 1942. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 03 de julho de 2015.

_____. LEI 12.234 (2010). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 06 mai. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm. Acesso em 03 de julho de 2015.

_____. LEI 12.376 (2010). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 31 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm. Acesso em 03 de julho de 2015.

_____. LEI 12.403 (2011). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 03 de julho de 2015.