

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

VALÉRIA ALINE SZYDLOSKI

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

VALÉRIA ALINE SZYDLOSKI

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para avaliação da Disciplina de Orientação à Monografia II, do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior CESUL.

Orientadora: Me. Suyane Priscila Jansen Costa Siqueira.

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

TERMO DE APROVAÇÃO

VALÉRIA ALINE SZYDLOSKI

**DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A SUA APLICABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito do CESUL – Centro de Ensino Superior.**

Orientadora: Profª Meª. Suyane Priscila Jansen Costa Siqueira

Professora Meª. Isabelle Calliari Monteiro de Lima

Professor Gabriel Ilkiu dos Santos

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

AGRADECIMENTOS

Elaborar esta monografia exigiu um grande esforço, e foi, por muitas vezes, um caminho difícil. Apesar disso, foi uma boa experiência e de grande aprendizado. Primeiramente, agradeço à Deus pela dádiva da vida e principalmente por me permitir cursar a faculdade que desde criança sonhei.

Agradeço aos meus pais, Elizangela e Moacir, por serem meu porto seguro e minha maior inspiração, por sempre me incentivarem a estudar, por acreditarem no meu potencial quando eu mesma não visualizava minha capacidade de alcançar meus objetivos. Se sou o que sou hoje é por eles, por me permitirem a crescer observando a minha força e perseverança. Amo vocês e muito obrigada por tudo que fazem e continuam fazendo por mim e pelas minhas amadas irmãs!

Às minhas irmãs Érica e Júlia, por caminharem sempre juntas a mim, me apoiando e me dando o suporte que preciso. Amo vocês!

Ao Daniel, agradeço por sempre me incentivar a buscar meus sonhos, por todo suporte e companheirismo.

Registro o meu muito obrigada a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento profissional e humano. Portanto, aos meus professores e ao Gabinete da Vara Criminal de Francisco Beltrão/PR, em especial à minha chefe, Dra. Janaína Monique Zanellato Albino, a qual me permitiu expandir meus conhecimentos no âmbito penal. Muito obrigada!

Durante os cinco anos de graduação, foram criados laços de amizade que fizeram com que as experiências diariamente compartilhadas se tornassem mais leves. Assim, agradeço especialmente à Suelen e a Gabriela, amigas que fizeram os últimos anos da faculdade mais divertidos.

À Diulya e Mayssa, amigas de infância, por sempre me apoiarem e caminharem ao meu lado neste longo período da faculdade. Muito obrigada!

Por fim, agradeço à minha orientadora, Prof^a Suyane, que não mediu esforços para me auxiliar na redação desse trabalho, e também pelos ensinamentos passados ao longo da graduação.

RESUMO

A presente monografia buscou tratar sobre a temática da prescrição virtual, também conhecida como antecipada no âmbito do direito penal brasileiro. A escolha desse tema justifica-se em um aspecto social, que encontra seu mérito ao buscar entender a eficiência da aplicação do instituto da prescrição virtual/antecipada no direito penal e qual o benefício que trará à sociedade, principalmente àqueles que respondem ação penal, vez que, atingida a prescrição, será decretada a extinção da punibilidade do acusado. A pertinência acadêmica encontra-se na contribuição que a pesquisa poderá trazer ao campo de estudo da prescrição antecipada no direito penal, ao estabelecer uma relação entre o assunto em discussão e o campo de estudo do direito, uma vez que a temática em tela possui divergência de entendimento quanto a sua aplicação entre os juízes de primeira instância e os tribunais superiores de justiça. Por fim, a importância jurídica da presente pesquisa relaciona-se com a efetividade processual, tendo em vista que, se aplicado tal instituto, este poderá auxiliar o sistema judiciário, principalmente no que tange a celeridade dos processos penais. Assim, objetivando-se compreender a prescrição virtual, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, através da utilização do método histórico. Ao final do trabalho, será demonstrado os argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto a aplicação do instituto da prescrição virtual, bem como qual o posicionamento predominante dos tribunais de justiça.

Palavras-chave: Direito penal; Extinção da punibilidade; Prescrição penal; Prescrição virtual ou antecipada;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O PODER PUNITIVO DO ESTADO	9
1.1 PUNIBILIDADE	9
1.1.1 Finalidades da punição	12
1.1.2 Condições de punibilidade.....	13
1.2 AÇÃO PENAL E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS	14
1.2.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	15
1.2.2 Interesse de agir	16
1.2.3 Legitimidade da parte.....	17
1.2.4 Justa causa	18
1.3 FORMAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	18
1.3.1 Morte do agente.....	20
1.3.2 Anistia	20
1.3.3 Graça ou indulto.....	21
1.3.4 <i>Abolitio criminis</i>	22
1.3.5 Perempção.....	23
1.3.6 Decadência	23
1.3.7 Prescrição	23
2 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO	25
2.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS	25
2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	26
2.2.1 Imprescritibilidade	28
2.3 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO.....	29
2.3.1 O decurso do tempo leva ao esquecimento do fato.....	30
2.3.2 O decurso do tempo leva à recuperação do criminoso.....	31
2.3.3 O Estado deve arcar com sua inércia	31
2.4 ESPÉCIES DA PRESCRIÇÃO.....	32
2.4.1 Prescrição da pretensão punitiva.....	32
2.4.2 Prescrição da pretensão executória.....	35
3 A PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	38
3.1 CONCEITO	38
3.2 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....	41
3.2.1 Argumentos favoráveis.....	41
3.2.2 Argumentos desfavoráveis.....	44
3.2.3 Posicionamento predominante dos tribunais de justiça	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	54
ANEXOS	57

INTRODUÇÃO

O Direito Penal Brasileiro traz ao âmbito jurídico um conjunto de normas e princípios reguladores que tendem a combater a criminalidade e dar liberdade ao Estado para aplicar punições às condutas que vão contra a legalidade e a paz social.

Diante disso, quando cometido um fato que está previsto em lei que é considerado um crime, o Estado tem a possibilidade de aplicar sanção penal a partir do momento em que existir a violação da norma, ou seja, cometido um delito e nascendo a punibilidade, será aplicado a pretensão punitiva por meio do poder estatal.

A punibilidade, em termos gerais, é a consequência jurídica da prática do delito e é considerada um dos requisitos da ação penal, sendo necessário que haja uma conduta típica, antijurídica e culpável. Entretanto, existem quatro condições necessárias que regulam o exercício do direito da ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade da parte e justa causa, que serão analisadas e conceituadas individualmente.

Insta salientar que a punibilidade pode ser extinta, ocasionando ao Estado a perda do direito de punir, cessando o interesse jurídico em prosseguir com a persecução penal. Existem várias causas de extinção da punibilidade, dentre elas estão a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

Frisa-se que o instituto da prescrição é entendido como a perda do direito de punir do Estado, ante ao não exercício de sua pretensão dentro de um prazo estabelecido em lei e tem previsão legal nos artigos 107 e 109 a 118 do Código Penal.

À vista disso, a prescrição constitui a perda do poder-dever de punir por parte do Estado em razão do decurso do tempo, contudo, no ordenamento jurídico brasileiro alguns crimes são considerados imprescritíveis, que são aqueles que podem ser julgados a qualquer tempo, independentemente da data em que foram cometidos.

Destaca-se que a Constituição Federal determina as duas hipóteses em que não ocorrerá a prescrição, que são os crimes de racismo (art. 5º, XLII e também na

Lei n. 7.716/89), bem como os referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Ocorre que, com o passar dos anos cada vez mais crimes passaram a ficar acumulados no judiciário e, de forma alternativa, visando a celeridade e a economia processual, surgiu o instituto da prescrição virtual, também conhecida como antecipada, projetada ou em perspectiva, a qual foi criada pela doutrina e pela jurisprudência, sem amparo legal.

Diante disso, por não existir previsão legal, o tema tem sido alvo de longas discussões quanto a sua aplicabilidade e, por este motivo, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 438, que rechaçou a aplicação do referido instituto, sob o argumento de ausência de previsão legal, bem como por violar princípios constitucionais.

Contudo, embora existam diversos argumentos contra, é possível verificar que há posicionamentos favoráveis quanto a sua aplicação, inclusive que alguns juízes de primeiro grau utilizam a prescrição antecipada para extinguir a punibilidade de acordo com a pena projetada, sem a necessidade de prosseguir com o processo até a decisão final com trânsito em julgado, uma vez que, de forma antecipada, será possível analisar a ineficácia de uma prescrição retroativa, pois esta seria reconhecida de qualquer forma quando do trânsito em julgado da sentença.

Em suma, como objetivo geral, o manifesto trabalho buscará compreender o instituto da prescrição virtual e a sua aplicabilidade ou não no direito penal. Para tal efeito, será realizada uma análise conceitual e histórica acerca da prescrição antecipada, abordando princípios e posicionamentos quanto a sua aplicação pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais de justiça.

Para a desenvoltura da pesquisa, utilizar-se-á o tipo de pesquisa bibliográfica, em que serão trazidas ao texto informações pesquisadas por diversos autores sobre a temática, bem como súmula e jurisprudências. Ademais, é importante mencionar que será empregado o método histórico-dialético, ao passo em que será realizada uma leitura histórica acerca do poder punitivo do Estado e a punibilidade.

Em seguida, será feita uma investigação a fim de compreender aspectos gerais sobre o instituto da prescrição e, principalmente, a aplicação da prescrição antecipada no âmbito penal.

O capítulo inicial tratará da parte histórica relacionada ao direito punitivo do Estado, seguindo, posteriormente, uma abordagem acerca da ação penal e suas circunstâncias, bem como as formas de extinção da punibilidade.

O segundo capítulo, por sua vez, versará a respeito dos aspectos do instituto da prescrição, analisando, inicialmente alguns apontamentos históricos, bem como o conceito da prescrição e a sua natureza jurídica. Após, buscar-se-á expor seus fundamentos e espécies.

Pretende-se, ainda, em última análise, apresentar o conceito da prescrição na modalidade antecipada, a partir de seus fundamentos doutrinários, e em seguida, analisar os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis quanto a sua aplicabilidade, bem como qual o entendimento dos tribunais de justiça.

1 O PODER PUNITIVO DO ESTADO

Este capítulo será dividido em três seções e, para tanto, iniciará com a parte histórica relacionada ao direito punitivo do Estado, seguindo, posteriormente, uma abordagem acerca da ação penal e suas circunstâncias, bem como as formas de extinção da punibilidade.

1.1 PUNIBILIDADE

O Direito Romano, atualmente, é tido como uma síntese da sociedade antiga, o qual representa um elo entre o mundo antigo e o moderno, ou seja, oferece uma fonte originária de inúmeros institutos jurídicos (BITENCOURT, 2009).

No início da história romana, não havia limites para a represália quando um indivíduo cometia um crime, uma vez que a vingança era de livre vontade da vítima, pois os romanos não tinham a distinção entre a punição e o ressarcimento. Todavia, com a evolução da civilização, foi criado inúmeros institutos penais e principalmente descobriram o nexos causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição (CASTRO, 2010).

No direito penal brasileiro, especificadamente no início da civilização, conhecido como período colonial, adotava-se a vingança privada, sem qualquer reação penal. Quando descoberto o Brasil, no ano de 1500, o direito lusitano passou a vigorar, entretanto, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da história da humanidade (BITENCOURT, 2009).

Na concepção de Bitencourt (2009), a lei penal aplicada no Brasil estava contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, a qual orientava severas punições a criminalização, como pena de morte, utilização de açoites e amputação de membros. A legislação regeu por mais de dois séculos e, durante sua vigência, o princípio da legalidade não era adotado, ficando ao arbítrio do legislador a escolha da sanção a ser aplicada.

No ano de 1824, a Constituição brasileira determinou a necessidade de elaboração de um Código Criminal, fundado em bases sólidas de justiça e equidade. Com efeito, foi criado o Código Criminal do Império, influenciado pelo Código Penal espanhol e português (BITENCOURT, 2009).

Anos após, com o advento da República, foi elaborado e aprovado um código penal, publicado em 1890, entretanto, foi considerado o pior da história, vez que apresentava graves defeitos.

Nesse período de vigência de um péssimo código (1890-1932), não faltaram projetos para substituí-los. Durante o Estado Novo, em 1937, foi apresentado um código criminal brasileiro que acabou sendo sancionado por decreto no ano de 1940, o qual ficou conhecido como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais (BITENCOURT, 2009).

O doutrinador Bitencourt (2009), pontua, ainda, que desde 1940, algumas leis modificaram o Código Penal, mas duas delas merecem destaque, quais sejam, a Lei nº 6.416/1977, que procurou atualizar as sanções penais, e a Lei nº 7.209/1984, que instituiu uma nova parte geral.

Faz-se importante destacar que a Lei nº 7.209/1984 humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir o sistema de dias-multa, diferentemente do que era nos séculos passados, onde a punição era feita rigorosamente, principalmente por meio de vingança, sem legislação e o mínimo de direitos humanos.

Neste ponto, Foucault (2014, p. 89), em relação ao direito de punir, destaca que:

[...] O direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. [...] E com necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder de castigo.

Vê-se que a punição tem como objetivo as consequências do crime, contudo, deve existir uma proporção entre a pena e a qualidade do delito, o qual deve ser determinado pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social (FOUCAULT, 2014).

A finalidade do direito de punir não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado. Pelo contrário, as penalidades têm por finalidade única obstar o culpado de se tornar, futuramente, prejudicial à sociedade (BECCARIA, 2003).

Do ponto de vista de Beccaria (2003, p. 49), para a aplicação das penalidades, deve haver uma proporção aos delitos:

[...] Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.

No que tange a punibilidade, segundo a visão de Jesus (1999, p. 3), “A punibilidade é consequência jurídica da prática do delito. Por tratar-se de efeito jurídico e não de elemento ou requisito do crime, sua ausência [...] não apaga a infração penal”.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Greco (2017, p. 865):

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

Observa Jesus (1999) e Greco (2017) que, cometido o delito e nascendo a punibilidade, o Estado pode aplicar a pretensão punitiva, isto é, a possibilidade de exercer a coerção penal, nos limites impostos pelas leis e normas.

A condição objetiva de punibilidade, como regra, está fora do tipo penal, tornando-se um pressuposto para punir, ou seja, sua existência, no ordenamento jurídico brasileiro, é pautada por razões de utilidade em relação ao bem jurídico tutelado que, em outras palavras, é causa extrínseca ao fato delituoso, não englobando o dolo do agente (NUCCI, 2022).

É fato que quando alguém pratica alguma infração penal, o Estado sofre indiretamente com esse comportamento, o qual deve punir o infrator para que este não volte a delinquir, bem como para que os demais cidadãos não o tomem como exemplo e venham também a praticar crimes em virtude da sensação de impunidade que gera quando alguém não sofre qualquer reprimenda (GRECO, 2017).

Por outro lado, ainda na concepção de Greco (2017), é certo que o Estado, em determinadas situações previstas expressamente em seus diplomas legais, pode abrir mão ou mesmo perder esse direito de punir, ou seja, se entender em não fazer valer o seu *ius puniendi*, poderá extinguir a punibilidade do indivíduo investigado.

Portanto, faz-se importante pontuar que, o poder de punir apresenta-se como uma realidade inafastável, isto é, quando os interesses da coletividade são atingidos, deve ser reconhecida a necessidade de uma proteção promovida para a sociedade, organizada pelo Estado.

Por fim, é de extrema importância salientar que o Estado toma para si a função de proteger a comunidade, mas também, ao próprio acusado, aplicando-lhe sanções com dignidade à pessoa humana.

1.1.1 Finalidades da punição

Do ponto de vista histórico, não existia poderes específicos para a aplicação de normas, a punição sempre foi utilizada como meio de conter e reprimir as ações que lesionavam a sociedade. No início da civilização, a punição era aplicada pelas vítimas, ou seja, possuíam as próprias leis, utilizando-se de vingança (ROMÃO, 2009).

Com essas punições, os sujeitos ativos que praticavam delitos sofriam diversas agressões e eram banidos do convívio daquele grupo, mas frequentemente eram mortos. Diante das formas de punir, fez-se necessária a criação de leis a serem aplicadas pelo Estado, a fim de garantir a justiça e a proporcionalidade da punição.

O Direito Penal brasileiro traz ao âmbito jurídico um conjunto de normas e princípios reguladores que tendem a combater a criminalidade e dar liberdade ao Estado para aplicar punições às condutas que vão contra a legalidade e a paz social.

Atualmente, o Estado exerce o direito punitivo por meio de três poderes, quais sejam, o Poder Legislativo que desempenha a função de elaborar as leis; o Poder Judiciário que atua no cumprimento das leis; e o Poder Executivo que leva a efeito as penas aplicadas.

Diante do controle da justiça, a norma incriminadora cria para o Estado, seu único titular, o direito de punir abstrato, o qual passou a editar normas para regular a convivência pacífica entre os homens, ou seja, possui o pleno direito de exigir que os cidadãos não cometam o fato descrito na norma (JESUS, 1999).

Cometida a infração penal, o direito de punir que era abstrato, passa a ser concreto. O jurista Jesus corrobora com esse entendimento, ao indicar que:

[...] Antes o Estado tinha o direito de exigir a abstenção da prática criminosa. Realizado o fato delituoso, a relação entre o Estado e o delinquente, que antes era de simples obediência penal, consubstanciada no preceito primário da lei incriminadora, tem seu suporte legal no preceito secundário, que comina a sanção, denominando-se a relação jurídico-punitiva (JESUS, 1999, p. 1).

Em via de regra, a prática de um crime deve, conseqüentemente, sofrer com a norma jurídica. Quando infringida a lei, dirige-se à pretensão punitiva do Estado para que seja aplicada a respectiva sanção ao sujeito que descumpriu tais normas, ou seja, utiliza-se de um instrumento que tutela o bem jurídico, como também garante a obediência as demais pessoas contidas no preceito primário da norma.

A atual sociedade, de acordo com o entendimento de Reale Junior (2014), exige a punição como forma de uma necessidade imposta pelo organismo social por força do seu próprio desenvolvimento, devendo o infrator ter os seus direitos sacrificados, em benefício da comunhão social, visando a serenar o conjunto da sociedade.

1.1.2 Condições de punibilidade na atualidade

Conforme apontado anteriormente, em favor da justiça e também da coletividade, o Estado passou a editar normas para regular a convivência pacífica entre as pessoas em sociedade, dentre elas, a norma penal incriminadora, a qual permite que exista uma punição para infrações.

No entendimento de Callegari (2014), para que um fato seja considerado criminoso, faz-se necessário que haja uma conduta típica, antijurídica e culpável, isto é, são os requisitos do fato punível.

A conduta é considerada o primeiro requisito exigido para que seja possível considerar um fato como criminoso, uma vez que, sem uma conduta humana não há crime. Além disso, é de suma importância destacar que essa conduta deve ser voluntária, devendo o agente manifestar sua vontade para que se configure a conduta para fins penais (CALLEGARI, 2014).

Por sua vez, a tipicidade, a qual se encontra ao lado da conduta, é a adequação do fato da vida real ao modelo descrito abstratamente em lei, isto é, constitui elemento necessário ao fato típico de qualquer infração penal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2022).

Para mais, ainda se tem a conduta antijurídica que, no entendimento de Estefam e Gonçalves (2022), a antijuridicidade ou ilicitude cuida da contrariedade do fato com o ordenamento jurídico, por meio da exposição a perigo de dano ou da lesão a um bem jurídico tutelado.

Percebe-se que a antijuridicidade da conduta deve ser apreciada objetivamente, sem se questionar se o sujeito tinha consciência de que agia de forma contrária ao Direito (ESTEFAM; GONÇALVES, 2022).

No Direito Penal brasileiro, a regra é a de que todo fato típico é também antijurídico, salvo nos casos em que se encontra presente uma causa de justificação, como por exemplo, alegar alguma excludente de ilicitude, quais sejam, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade e exercício regular de direito.

Por fim, no entendimento de NUCCI (2022), a culpabilidade, último requisito do fato punível, se trata de um juízo de reprovação social, o qual incide sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo.

1.2 AÇÃO PENAL E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS

Diante da evolução da sociedade, o conceito de ação passou a se transformar, sendo tratado como um direito autônomo e abstrato. Ocorre que, nessa evolução, principalmente no que se diz respeito a justiça, o Estado, com o seu poder-dever de resolver conflitos sociais e aplicar punições, por meio da jurisdição, passou a realizar

o devido processo penal iniciando-se, em regra, pelo Ministério Público e encerrado pelo Poder Judiciário (AZEVEDO, 2017).

Em termos específicos, a ação penal, para o doutrinador Nucci (2022, p. 487) “[...] é o direito de pleitear ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal”.

Para corroborar com este entendimento, Lima (2023, p. 187), considera a ação penal como: “[...] é o direito público subjetivo de se pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto [...]”.

Além disso, seu início, em regra, se dá pelo oferecimento da denúncia ou da queixa, independentemente do recebimento feito pelo juiz.

Nesse sentido, há espécies relevantes da ação penal, a primeira sendo considerada como ação penal pública incondicionada, a qual ocorre quando o Ministério Público, na oportunidade em que tiver prova da materialidade e indícios de autoria delitiva (justa causa), pode ajuizar a ação penal independentemente da autorização de quem quer que seja.

Por outro lado, há a ação penal condicionada, ou seja, ela depende da representação do ofendido, seu representante legal ou, ainda, de requisição do Ministro da Justiça, para que seu exercício se inicie. E, por fim, tem-se a ação penal privada que tem como principal titular o ofendido.

Levando em consideração o conceito e as espécies da ação penal, faz-se importante frisar que existem quatro condições necessárias que regulam o exercício do direito da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade da parte e justa causa, que serão analisadas e conceituadas individualmente.

1.2.1 Possibilidade jurídica do pedido

Para existir a ação penal, é fundamental ter, de acordo com uma demonstração prévia e provisória, uma infração penal, isto é, uma conduta praticada pelo agente tipificada pela legislação como ilícita, imbuída de culpabilidade e antijuridicidade.

No processo penal brasileiro, o conceito da possibilidade jurídica do pedido é aferido positivamente, ou seja, a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável se o ordenamento expressamente a admitir (CAPEZ, 2022).

A possibilidade jurídica do pedido, dentro da ação penal, é a condição pela qual se exige que o direito reclamado seja admitido e previsto no ordenamento jurídico. Significa dizer que o Estado tem a possibilidade, em tese, de obter a condenação do sujeito ativo, motivo pelo qual é indispensável que a imputação diga respeito a um fato considerado criminoso (NUCCI, 2023).

Entretanto, é de suma importância salientar que, a imputação do fato criminoso deve dizer a respeito de um fato típico, antijurídico e culpável, para que assim seja possível no processo penal o Ministério Público imputar uma denúncia. Caso contrário, se o agente ministerial denunciar alguém por fato atípico, haverá impossibilidade jurídica do pedido (ESTEFAM, 2022).

Essa condição está ligada à viabilidade de ajuizamento da ação penal para que, por fim, seja produzido um juízo de mérito pelo magistrado, entretanto, não significa que não possa haver, se possível, a antecipação da avaliação de mérito, encerrando-se de vez a questão quando as provas permitirem (NUCCI, 2023).

Portanto, para que exista a possibilidade jurídica do pedido na esfera penal, deverá ter a prática de um ato ilícito, pois a partir deste, o poder estatal poderá dar início à ação penal.

1.2.2 Interesse de agir

Frequentemente, a condição do interesse de agir se fará presente sempre que o ajuizamento da ação for necessário para a satisfação do direito material e, além disso, quando for proposta a ação adequada (ESTEFAM, 2023).

No entendimento de Capez (2022), dentro da condição do interesse de agir desdobra-se um trinômio, onde se encaixa a necessidade, utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e adequação à causa, do procedimento e do provimento.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Nucci (2023), o qual considera que o interesse de agir do órgão acusatório é detectado quando houver necessidade,

adequação e utilidade para a ação penal. Além disso, o doutrinador conceitua cada uma das condições:

[...] A necessidade de existência do devido processo legal para haver condenação e conseqüente submissão de alguém à sanção penal é condição inerente a toda ação penal. Logo, pode-se dizer que é presumido esse aspecto do interesse de agir. Quanto à adequação, o órgão acusatório precisa promover a ação penal nos moldes procedimentais eleitos pelo Código de Processo Penal, bem como com supedâneo em prova pré-constituída. [...]. Quanto ao interesse-utilidade, significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado [...] (NUCCI, 2023, p. 115).

Nesses termos, entende-se que a necessidade é inerente ao processo penal, tendo em vista a impossibilidade de se impor pena sem o devido processo legal. Por sua vez, a utilidade traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor e, por fim, a adequação reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação de sanção penal.

1.2.3 Legitimidade da parte

A legitimidade da parte, ou também, legitimidade para agir, impõe um vínculo jurídico entre os sujeitos da demanda processual e a situação jurídica estabelecida. Esta legitimidade *ad causam* (para a causa) trata-se da pertinência subjetiva da ação, ou seja, deve ser analisada tanto no polo ativo quanto no passivo, devendo o juiz certificar-se da legitimidade das partes nos dois polos.

A legitimidade ativa refere-se a quem pode ajuizar a ação penal. Segundo Estefam (2022, p. 667), “[...] No processo penal, é parte legítima o Ministério Público, nos delitos de ação penal pública, e o ofendido, nos crimes de ação penal de iniciativa privada”.

Logo, no polo passivo, deve estar a pessoa contra a qual pesa a imputação, aqueles que são os suspeitos da prática da infração, contra os quais o Estado movimenta a persecução acusatória visando a imposição de alguma pena (CAPEZ, 2022).

No processo penal, as partes legítimas, ativa e passiva, são os titulares dos interesses materiais em conflito, que são o direito de punir, o conteúdo da pretensão punitiva e o direito de liberdade.

1.2.4 Justa causa

Além das três condições genéricas abordadas, faz-se presente ainda a justa causa para o ajuizamento da ação penal, que, no entendimento de Bonfim (2019, p. 235), é conceituada como:

[...] A justa causa – identificada por parte da doutrina como uma condição da ação autônoma – consiste na obrigatoriedade de que existam, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.

Levando em consideração a definição exposta, a justa causa é, portanto, a exigência para que a ação penal esteja acompanhada de um conjunto probatório suficiente, que apontem os indícios de autoria e materialidade do crime cometido, os quais devem ser capazes de legitimar a instauração do processo penal.

Além disso, cumpre salientar que, se faltar justa causa estará demonstrado que não haverá a presença de alguma das condições já expostas anteriormente para o exercício da ação penal. Logo, inexistindo qualquer das condições para o exercício da ação penal, não há justa causa.

1.3 FORMAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Em resposta ao ato, como já explicado anteriormente, nasce a pretensão punitiva do Estado obrigando-o a dar início à persecução penal, de modo a impor a sanção prevista em lei para o fato, cujas finalidades são: retribuir, corrigir e prevenir que o agente pratique novas infrações penais.

Entretanto, durante o processo penal poderão surgir algumas circunstâncias passíveis de modificação em relação a pretensão estatal, quais sejam, as causas extintivas de punibilidade que tem o condão de fulminar a pretensão punitiva. Uma vez operada a extinção da punibilidade, por qualquer causa, o interesse jurídico é cessado imediatamente em prosseguir com a persecução do crime (ESTEFAM, 2022).

Atualmente, o artigo 107 do Código Penal traz as hipóteses de extinção da punibilidade:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
I - pela morte do agente;
II - pela anistia, graça ou indulto;
III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
[...]
IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Nesse sentido, considerando as hipóteses expostas, percebe-se que é inviável, portanto, a imposição de qualquer pena quando ocorrer a extinção da punibilidade do agente. Por isso, uma vez extinta, esta nunca mais renascerá, pois, o Estado já terá perdido definitivamente o direito de punir o autor do fato (CAPEZ, 2022).

Além disso, vale ressaltar que, seguindo o raciocínio de Estefam (2022, p. 690), as causas extintivas da punibilidade possuem efeitos diferentes se extintas as penas antes ou depois do trânsito em julgado:

[...] Caso operem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impedirão quaisquer efeitos decorrentes de uma condenação criminal, pois fazem extinguir a pretensão punitiva estatal. Por outro lado, se ocorrerem depois do trânsito em julgado, de regra, somente têm o condão de apagar o efeito principal da condenação, que é a imposição da pena (ou medida de segurança) [...]. As exceções são a anistia e a abolitio criminis, as quais, mesmo sendo posteriores ao trânsito em julgado, atingem todos os efeitos penais da sentença condenatória, principais e secundários, permanecendo intocáveis, somente, os efeitos civis [...].

Cumprido salientar que as causas extintivas de punibilidade não podem ser confundidas com as escusas absolutórias, as quais são causas impeditivas do direito de punir do Estado, criadas por razões de política criminal, muito embora

tenham o mesmo efeito, qual seja, o de obstar a satisfação do direito de punir estatal (ESTEFAM, 2022).

Levando isso em consideração, na sequência será exposto e analisado algumas das hipóteses da extinção da punibilidade, previstos pelo artigo 107 do Código Penal e, para tanto, será examinado os efeitos das causas extintivas.

1.3.1 Morte do agente

A Constituição Federal de 1988 incluiu no art. 5º, inciso XLV, que a pena não passará da pessoa do condenado, por isso, morrendo o réu, extingue-se a punibilidade.

Dispõe o artigo 62 do Código de Processo Penal que a morte deve ser comprovada, inequivocamente, por meio de certidão de óbito, devendo o Ministério Público e o Poder Judiciário velar pela veracidade dos fatos nela contidos, encetando diligências, em caso de dúvida, para verificar a autenticidade do documento público (ANDREUCCI, 2021).

No entanto, caso a extinção da punibilidade pela morte do agente se baseie em certidão de óbito falsa, é possível que haja a revisão da decisão, uma vez que inexistente em nosso sistema a revisão *pro societate* (ANDREUCCI, 2021).

1.3.2 Anistia

A anistia, considerada uma causa extintiva da punibilidade, é aquela em que o Estado renuncia ao seu *ius puniendi*, perdoando a prática de infrações penais que, normalmente, têm cunho político, entretanto, pode também, ser concedida a crimes comuns, vez que não há nada previsto na legislação que impeça a aplicação (GRECO, 2021).

Extrai-se do artigo 21, inciso XVII, da Constituição Federal de 1988 que a concessão da anistia compete exclusivamente à União, ou seja, cabe ao Congresso

Nacional, com a sanção do Presidente da República para que haja a concessão do benefício aos condenados, conforme artigo 48, inciso VIII, da Constituição Federal.

Para Andreucci (2021, p. 243), quando concedida a anistia, os efeitos penais da sentença condenatória são extintos:

[...] A anistia pode alcançar várias pessoas, pois se refere a fatos, extinguindo a punibilidade do crime, que deixa de existir, assim como os demais efeitos de natureza penal. Assim, a anistia opera efeitos *ex tunc*, ou seja, para o passado, extinguindo todos os efeitos penais da sentença condenatória. Não extingue, entretanto, os efeitos civis da sentença penal, tais como a obrigação de indenizar, de reparar o dano etc.

Portanto, anistiado o crime, se o sujeito cometer um novo delito, não será considerado reincidente, pois a anistia elimina totalmente a ocorrência do fato delituoso, como se não tivesse havido. Contudo, a responsabilidade civil pelos danos causados, a se ver as ações de responsabilidade promovidas por familiares de mortos pela repressão contra o Estado por atos de seus agentes não são abolidos (JÚNIOR, 2020).

Frisa, no entanto, que o benefício da anistia não se aplica a crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, a Constituição Federal.

1.3.3 Graça ou indulto

Por sua vez, a graça ou o indulto, na concepção de Estefam (2022, p. 695), “[...] São hipóteses de clemência soberana que se referem a pessoas e só incidem após o trânsito em julgado da condenação [...]”.

No julgamento de Greco (2021), a graça é concedida individualmente a uma pessoa específica, logo, o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo chefe do Poder Executivo.

A graça é a concessão de clemência, de perdão ao criminoso pelo Presidente da República, nos termos do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, por meio de decreto e sempre será individual, ou seja, concedida a um sujeito determinado, e deve, nos termos do artigo 188 da Lei de Execução Penal, ser solicitada por petição

do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (ANDREUCCI, 2021).

O instituto do indulto (ou indulto coletivo), também representa uma clemência, um perdão concedido pelo Presidente da República por meio de decreto, entretanto, tem caráter de generalidade, pois abrange várias pessoas, referindo-se a fatos, e pode ser concedido sem qualquer requerimento (ANDREUCCI, 2021).

Destaca-se, ainda, que a graça e o indulto extinguem somente as sanções mencionadas nos respectivos decretos, permanecendo os demais efeitos da sentença condenatória, sejam penais ou extrapenais. Assim, diferentemente da anistia, vindo o sujeito agraciado ou indultado a cometer novo crime, será considerado reincidente (ANDREUCCI, 2021).

Vale ressaltar que, assim como na anistia, os benefícios da graça ou indulto não se aplicam a crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, a Constituição Federal.

1.3.4 *Abolitio criminis*

A *abolitio criminis* é visto como a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, o qual é previsto no artigo 2º do Código Penal, onde é disposto que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória [...]”.

O instituto da *abolitio criminis* pode ocorrer em qualquer momento da persecução penal, ou seja, se anterior ao trânsito em julgado, apaga todos os efeitos de uma possível condenação penal, mas, quando posterior, extingue todos os efeitos penais da condenação (ESTEFAM, 2022).

É de suma importância ressaltar que a competência para reconhecer a *abolitio criminis* antes do trânsito em julgado é do juiz que preside o processo, sendo que, após, compete ao juízo das execuções penais.

Portanto, deixando a lei nova de considerar como ilícito penal o fato praticado pelo agente, por revogação expressa ou tácita, extingue-se o próprio crime, e nenhum efeito penal subsiste (ANDREUCCI, 2021).

1.3.5 Perempção

O instituto da perempção é uma causa extintiva da punibilidade, privativa da ação penal exclusivamente privada e da ação penal privada personalíssima, que ocorre nos casos de desídia ou desinteresse do querelante expressamente previstos em lei. Além disso, só pode ocorrer depois de recebida a queixa e até antes do trânsito em julgado do processo (ESTEFAM, 2022).

Em corroboração, Andreucci (2021) entende que a perempção é a perda do direito de prosseguir na ação penal privada, ou seja, a sanção jurídica cominada ao querelante, em decorrência de sua inércia.

1.3.6 Decadência

Para Andreucci (2021), a decadência é a perda do direito de ação penal privada ou de representação, em decorrência de não ter sido exercido no prazo previsto em lei, isto é, atinge a decadência o próprio direito de punir do Estado (*jus puniendi*), seja pela perda do direito de queixa, seja pela impossibilidade de o Ministério Público oferecer denúncia no caso de ausência de representação do ofendido.

De acordo com o artigo 38 do Código de Processo Penal e artigo 103 do Código Penal, o prazo para a decadência é de seis meses, contados do dia em que o titular do direito de queixa ou representação tiver conhecimento da autoria delitiva.

1.3.7 Prescrição

Dentre as causas extintivas da punibilidade, a que merece maior destaque para o presente estudo é a prescrição que, para Jesus (1999, p. 17), “Prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo”.

Portanto, o instituto da prescrição será analisado com maior profundidade nos próximos capítulos, com a finalidade de compreender seu conceito, natureza, fundamentos e espécies.

2 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

A fim de atingir o objetivo do presente trabalho, é fundamental abordar os aspectos do instituto da prescrição, o que será realizado no presente capítulo. Em um primeiro momento, será analisado alguns apontamentos históricos, bem como o conceito da prescrição e a sua natureza jurídica. Em seguida, serão expostos seus fundamentos e espécies.

2.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

Para melhor compreender o instituto da prescrição, faz-se necessário analisar alguns apontamentos históricos, bem como a sua evolução e surgimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Na concepção do doutrinador Ferrari (1998), a prescrição surgiu pela primeira vez na legislação dos antigos juristas romanos, os quais descobriram o texto legal mais antigo relativo à prescrição conhecido como *Lex Julia de Adulteriis*, datado no século XVII a. C.

À vista disso, o autor Bitencourt (2022) também afirma que o primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C. para determinados crimes, entendendo-se posteriormente, à generalidade dos demais delitos. Além disso, destaca o autor que o desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos.

Em termos gerais, este diploma legal tratava da possibilidade da ocorrência da prescrição, que, após cinco anos, o indivíduo que praticasse um adultério não poderia mais ser acusado. Importa dizer que a referida lei foi posteriormente aceita para a generalidade dos crimes (FERRARI, 1998).

Com o passar dos anos, surgiu a prescrição da pretensão punitiva, tendo fundamento na inércia por parte do Estado, que significava o desinteresse quanto à

punição, não podendo o criminoso ficar ao arbítrio da vontade das autoridades (FERRARI, 1998).

Bitencourt (2022) aduz que a prescrição da condenação surgiu na França, enquanto que no Brasil somente veio a prevalecer este instituto no ano de 1890, afirmando, inclusive, que a prescrição da pretensão punitiva foi adotada no Código Criminal de 1830.

No Brasil, a regulamentação da prescrição do procedimento penal ocorreu com o Código de Processo Criminal de 1832 e, posteriormente com a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que, naquela época, regulava-se atentando seu decurso temporal à maior ou menor gravidade do crime, a voltar sua visão à presença ou não do acusado no país. Além disso, importante destacar que foram fixados prazos para a aplicação do instituto, os quais variavam entre um, três, seis e dez anos (FERRARI, 1998).

Logo, em relação a prescrição da condenação, esta foi estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890 e, posteriormente, codificada pelo Código Penal de 1890 (FERRARI, 1998).

Considera Ferrari (1998), que no ano de 1940, com a vigência do Código Penal que continua vigente até hoje, as espécies de extinção da punibilidade, especialmente da prescrição, foram expressamente previstas nos artigos 109 a 118 do respectivo código, em que foi acolhida a prescrição antes de transitar em julgado a sentença, e depois de transitar em julgado a sentença final condenatória.

Diante disso, é evidente que desde a sua regulamentação até os dias atuais o instituto da prescrição evoluiu, trazendo ao ordenamento jurídico um amparo legal que assegura o direito dos acusados, tendo em vista que o Estado não exerce em tempo hábil o seu poder de punir, levando-se em consideração os fundamentos da prescrição, os quais serão abordados na sequência.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O Estado detém, exclusivamente, o direito de punir, sendo este indelegável mesmo que exista uma ação penal privada, ou seja, o *ius puniendi* permanece. Na

oportunidade em que se é cometido um delito, o direito abstrato se concretiza e se volta contra a pessoa criminosa (CAPEZ, 2023).

Para Capez (2023), neste mesmo momento, o direito passa a pretensão, que é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio, ou seja, o seu direito de punição, surgindo, por consequência, uma relação jurídico-punitiva, saindo do plano abstrato e se concretizando, voltando-se contra o autor do crime. Com isso, surge a punibilidade e a possibilidade de efetivação concreta da pretensão punitiva do Estado.

Ocorre que, para efetivação da infração penal, o Estado deve agir dentro de prazos determinados, para que não perca seu direito de punir.

A prescrição é uma das formas de extinção da punibilidade e tem previsão legal nos artigos 107 e 109 a 118 do Código Penal. No direito penal brasileiro, na concepção de Jesus (1999, p. 21), “[...] prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo”.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Bitencourt (2022, p. 989):

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.

Vale dizer que o Código Penal prevê um lapso temporal para que o Estado exerça o seu direito, vez que instrui o processo do qual posteriormente sobrevirá a sentença trazendo em seu bojo uma sanção ou não ao acusado. Contudo, não exercendo seu direito de punir no período previamente fixado em lei, ocorrerá a prescrição (JESUS, 1999).

Para mais, Jesus (1999) ainda menciona que, incidindo a prescrição da pretensão punitiva, o Estado estará impedido de apreciar o mérito da imputação, pois perdeu o seu poder de punir e em consequência ocorrerá a extinção do direito de ação.

Corroborando com a ideia, ensina Prado (2008), portanto, que o não exercício do poder estatal conduz à sua perda em face do lapso temporal transcorrido, ou seja, diante de sua inércia, ocorre a prescrição.

No que concerne à natureza jurídica do instituto da prescrição, percebe-se que existem diversos posicionamentos, todavia, a doutrina majoritária considera que a prescrição constitui matéria de direito penal e não de direito processual penal (JESUS, 1999).

Ora, por mais que existam entendimentos diversos, é evidente que este é o sistema aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, como já citado, o instituto da prescrição está incluído entre as causas extintivas da punibilidade.

Neste ponto, como bem salienta o autor Capez (2023, p. 260):

A prescrição é um instituto de Direito Penal, estando elencada pelo Código Penal como causa de extinção da punibilidade (art. 107, IV). Embora leve também à extinção do processo, é mera consequência da perda do direito de punir, em razão do qual se instaurou a relação processual.

Por sua vez, Bitencourt (2022) também considera que, apesar de existirem controvérsias, a natureza da prescrição é tida como de direito material no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, pontua o autor que a prescrição é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, ou seja, ocorrida a prescrição, o magistrado tem o dever de não enfrentar o mérito, declarando a prescrição, em qualquer fase do processo.

Sendo assim, em que pese existam posicionamentos que assegurem que a natureza jurídica da prescrição é mista, tem-se que a doutrina majoritária entende que a natureza da prescrição é de direito material e a incidência no processo apenas é considerada uma consequência.

2.2.1 Imprescritibilidade

Conforme apontado anteriormente, a prescrição constitui a perda do poder-dever de punir por parte do Estado, seu titular, em razão do decurso do tempo, ou seja, a regra é que os crimes prescrevem. Contudo, existem no ordenamento jurídico brasileiro crimes considerados imprescritíveis, que são aqueles que podem ser julgados a qualquer tempo, independentemente da data em que foram cometidos.

A maioria dos crimes são prescritíveis e quem tem autonomia para determinar quais são os que não prescrevem, fora da regra geral, é a própria Constituição Federal, viabilizando, portanto, o exercício da pretensão punitiva e executória a qualquer tempo (NIDAL, 2022).

A Constituição Federal determina duas hipóteses em que não ocorrerá a prescrição, que são os crimes de racismo (art. 5º, XLII e também na Lei n. 7.716/89), bem como os referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Pontua o doutrinador Capez (2023), que no ano de 2019 o Supremo Tribunal Federal equiparou as condutas transfóbicas e homofóbicas ao crime de racismo, (conforme julgamento: STF, Plenário, ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13-6-2019, Info 944).

Frisa-se que, ainda em relação aos crimes de racismo, o Supremo Tribunal Federal, em decisão no ano de 2021, quando julgou o *habeas corpus* 154.248, considerou também o crime de injúria racial como espécie de gênero racismo, passando a ser considerado imprescritível, conforme o artigo 5º, XLII, da Constituição (RITT, 2023).

Portanto, entende-se que existem crimes, os quais são considerados extremamente graves que não seguem a regra geral da prescrição, sendo considerados imprescritíveis, podendo o Estado exercer seu direito de punir a qualquer tempo.

2.3 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

Os fundamentos do instituto da prescrição constituem razões que justificam a subsistência ao longo dos anos, os quais indicam, por sua vez, o porquê do Estado perder o seu direito de punir em razão do transcurso de tempo.

A respeito deste tópico, percebe-se que a doutrina diverge no que tange a classificação da prescrição, vez que consideram diversas teorias. Entretanto, serão analisados de forma sucinta, com base nos ensinamentos de alguns doutrinadores penais, quais são os principais fundamentos a serem aplicados que, politicamente, embasariam a legitimidade do instituto da prescrição.

2.3.1 O decurso do tempo leva ao esquecimento do fato

Com o decorrer do tempo, o crime cometido é esquecido pela sociedade, desaparecendo-se o alarme social e, em consequência, o interesse em punir do Estado não existirá, ou seja, considera-se a inexistência do interesse estatal em apurar um fato ocorrido há anos ou de punir o autor do delito (PORTO, 1998).

Nessa mesma direção, os esclarecimentos do doutrinador Ferrari (1998, p. 26):

[...] Sua consequência é a extinção ou a atenuação da intranquilidade, do alarme social e do desejo de insatisfação do ofendido. [...] O tempo faz a sociedade esquecer o alarme social e duvidar da necessidade e do interesse de punir do Estado. Tal necessidade de punir enquadra-se em um contexto de carência da punibilidade do ilícito típico [...].

Para Bitencourt (2022), quando decorre determinado período de tempo da prática de um delito sem que o poder estatal tenha reprimido, o alarme social desaparece aos poucos e acaba apagando-se, provocando, portanto, a ausência do interesse que faz valer a pretensão punitiva.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Mirabete e Fabbrini (2013, p. 395):

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso de tempo. Justifica-se o instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarme social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde a sua finalidade quando o infrator não reincide e se adapta à vida social.

Frisa-se, que a pretensão punitiva do Estado tem o dever de cumprir o lapso temporal para que haja efetividade, tendo em vista que, a demora para alcançar o *jus puniend* faz com que a finalidade da punição não seja mais pertinente, ao passo que a grande delonga gera um esquecimento da lesão jurídica e os reflexos que causam na sociedade (MIRABETTE; FABRINI, 2013).

Sendo assim, para aos adeptos dessa teoria, o Estado não exige a punição após anos de cometido o delito, com a justificativa de que a sociedade já está tranquilizada com o fato que passou.

2.3.2 O decurso do tempo leva à recuperação do criminoso

Para alguns juristas, essa teoria trata-se da expiação do criminoso, o qual, após muitos anos, já sofreu suficientemente pela sua culpa, proveniente de angústias e ansiedade sentidas durante o processo (FERRARI, 1998).

Neste norte, leciona Bitencourt (2022, p. 991) que “[...] com o decurso do tempo e a inércia do Estado, a pena perde seu fundamento, esgotando-se os motivos do Estado para desencadear a punição”.

Com o lapso de tempo decorrido, sem que o agente haja praticado um novo crime, indica-se que ele foi capaz de alcançar a finalidade que a pena tem, que é da readaptação ou reajustamento social. Todavia, voltando a delinquir, o decurso do tempo não terá sido capaz de regenerá-lo (BITENCOURT, 2022).

Portanto, tal teoria diz respeito ao que é alcançado ao longo dos anos, isto é, com a inércia do Estado supõe-se que houve uma readaptação social em relação ao criminoso, cumprindo o fim que a pena prevê.

2.3.3 O Estado deve arcar com sua inércia

Nos dizeres de Bitencourt (2022, p. 991), “[...] é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva [...]”.

Considerando que existem prazos processuais a serem cumpridos, é evidente que a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu, ou seja, a prestação jurisdicional tardia, não atinge o fim da jurisdição, qual seja a realização da justiça (BITENCOURT, 2022).

Ainda, há de se considerar que o decurso do tempo enfraquece todo o suporte probatório, vez que o lapso temporal dificulta a colheita de provas para que seja possível realizar uma apreciação justa e condizente com os fatos, tendo em vista que a apuração do fato delituoso se torna incerta e a defesa do acusado mais precária e difícil (BITENCOURT, 2022).

Diante disso, é evidente que o Estado deve se responsabilizar por sua inércia, vez que os crimes cometidos deixam de serem punidos por negligência estatal, ou seja, os prazos processuais devem ser cumpridos, conforme é previsto pelas leis brasileiras, possuindo o Estado o ônus de sua não observância.

2.4 ESPÉCIES DA PRESCRIÇÃO

Com o fim de aprofundar o conhecimento acerca do instituto da prescrição penal, é de extrema importância destacar suas espécies. A primeira a ser comentada é conhecida por prescrição da pretensão punitiva, também denominada como prescrição da ação penal, que se verifica antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e a segunda, trata-se da prescrição da pretensão executória, conhecida por prescrição da condenação e por ocorrer após o trânsito em julgado da decisão (PRADO, 2008).

2.4.1 Prescrição da pretensão punitiva

Prado (2008) expõe que a prescrição da pretensão punitiva se produz antes da sentença penal condenatória e, com o seu reconhecimento, tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime.

Frisa-se, por oportuno, que a prescrição da pretensão punitiva se divide em prescrição abstrata, intercorrente e retroativa, entretanto, ainda dentro dessa espécie, está à prescrição penal antecipada, que é o objeto da presente pesquisa.

O doutrinador Greco (2017) aduz que, por meio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado não formará o seu título executivo de natureza judicial. Diante disso, ainda que em algumas situações o Estado chegue até a proferir um decreto condenatório, tem-se que esta decisão não terá a força de título executivo, diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Inicialmente, no que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva em abstrato, deve-se considerar, para efeitos de contagem do prazo prescricional, o

limite máximo previsto para a pena privativa de liberdade, seguindo o que dispõe o artigo 109 do Código Penal, *in verbis*:

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

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Observa-se que os prazos previstos nesse artigo servem para realizar o cálculo da prescrição da pretensão punitiva e da executória. Além disso, extrai-se do referido artigo que o legislador optou por regular a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima cominada para a infração penal.

Dito isso, pontua-se que, da data da consumação do crime, passando pelos marcos interruptivos (art. 117 do CP), ou seja, pelo recebimento da denúncia ou pela decisão de pronunciar se o crime for doloso contra a vida, até que a sentença transite em julgado, a prescrição será regulada pela pena máxima cominada em abstrato.

Levando o exposto em consideração, é importante destacar, ainda, que existe a possibilidade de os prazos serem reduzidos à metade, quando o agente, à época do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos, conforme dispõe o artigo 115 do Código Penal.

O autor Bitencourt (2022) considera que, além de observar o máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração penal e verificar os prazos prescricionais previstos pelo art. 109 do CP, deve-se analisar se há alguma das causas modificadoras do prazo, que são as majorantes ou minorantes obrigatórias:

[...] Deve-se considerar a eventual existência de causas modificadoras da pena, quais sejam, as majorantes ou minorantes, excluindo-se, evidentemente, as agravantes e atenuantes. Como em matéria de prescrição deve-se priorizar o interesse público, em se tratando de majorante deve-se considerar o fator que mais aumente, e, em se tratando de minorante, o fator que menos diminua a pena (BITENCOURT, 2022, pág. 994).

O termo inicial da prescrição abstrata é redigido pelo exposto no artigo 111 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
I - do dia em que o crime se consumou;
II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.
V - nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam violência contra a criança e o adolescente, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

À vista disso, ressalta-se que os prazos prescricionais são contados em dia, segundo o calendário comum, nos termos do artigo 10 do CP (PRADO, 2008).

Por sua vez, no que tange a prescrição retroativa, esta é conceituada nos termos de Nucci (2023, p. 537), como “[...] a perda do direito de punir do Estado, considerando-se a pena concreta estabelecida pelo juiz, com trânsito em julgado para a acusação, bem como se levando em conta prazo anterior à própria sentença [...]”.

Ou seja, a prescrição retroativa dá importância ao prazo entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da sentença, como regra.

Na concepção de Bitencourt (2022), na prescrição retroativa é levada em consideração a pena em concreto aplicada na sentença condenatória.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Prado (2008, p. 663), o qual considera que:

Assim, se entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou se entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença condenatória excede-se o lapso prescricional – aferido com base na pena *in concreto* -, aplica-se a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa”.

Dito isso, entende-se que nesse caso, o prazo é contado de forma regressiva, encontrando-se justificativa na inércia estatal que não aplica os prazos legais expressamente previstos no processo penal (PRADO, 2008).

É de se observar, portanto, que a prescrição retroativa encontra o amparo legal no artigo 110, § 1º do Código Penal, e é analisada após o trânsito em julgado da

sentença condenatória, ao contrário do que ocorre na prescrição em abstrato que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito.

Ademais, outra espécie dentro da prescrição da pretensão punitiva é a intercorrente, que, para o doutrinador Nucci (2023, p. 507), “[...] é a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena concreta, com trânsito em julgado para a acusação, ou improvido seu recurso”.

A prescrição intercorrente ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, ou seja, anteriormente a pena efetivamente aplicada. O autor Ferreira (2006), considera que há duas possíveis hipóteses para esta espécie, sendo que no primeiro caso ocorrerá quando houver trânsito em julgado da sentença só para a acusação, a qual não interpõe recurso. Contudo, se o acusado recorre à decisão não é definitiva e, independentemente do resultado do recurso, a pena não poderá ser majorada, logo, a pena aplicada, embora não definitiva, será a pena máxima que poderá ser cominada ao réu.

Por sua vez, a segunda hipótese será somente depois do não provimento do recurso da acusação, onde a parte acusadora recorreu buscando a majoração da pena, mas sem alcançar sucesso. Nesta circunstância, o que valerá para o cálculo da prescrição é a pena aplicada em primeira instância, sendo necessário observar se o prazo entre a sentença de primeiro grau e o acórdão superior não extrapola o limite prescricional (FERREIRA, 2006).

Conclui-se, diante disso, que a prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e, quando reconhecida, extingue a punibilidade do acusado.

2.4.2 Prescrição da pretensão executória

Diferentemente do que ocorre na espécie da prescrição da pretensão punitiva, o prazo da prescrição da pretensão executória é determinado pela pena imposta na sentença condenatória.

Após o trânsito em julgado da sentença, o Estado tem o dever de executá-la, com o fim de cumprir a reprimenda imposta ao condenado. Ocorre que, caso o

poder estatal não exerça a execução no prazo estabelecido, perderá o direito de aplicar efetivamente a pena (NUCCI, 2023).

Sendo assim, Nucci (2023, p. 537) conceitua esta espécie da seguinte forma:

A prescrição da pretensão executória é a perda do direito de aplicar efetivamente a pena, tendo em vista a pena em concreto, com trânsito em julgado para as partes, mas com o lapso percorrido entre a data do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação e o início do cumprimento da pena ou a ocorrência de reincidência.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Bitencourt (2022, p. 1012):

A prescrição da pretensão executória só poderá ocorrer depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regulando-se pela pena concretizada (art. 110) e verificando-se nos mesmos prazos fixados no art. 109. O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa prescrição limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais.

Em termos gerais, a prescrição da pretensão executória surtirá efeito apenas na execução da pena, subsistindo os demais efeitos da sentença condenatória. Portanto, transitada em julgado a sentença para a acusação, será levada em consideração a pena aplicada e esta regulará a prescrição executória.

Diante disso, o decurso do tempo sem o exercício do poder de punir estatal faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta pela sentença condenatória.

Alguns autores ainda consideram que quando se tratar de um condenado reincidente, o prazo da prescrição da pretensão executória deve ser aumentado de um terço e a reincidência ser reconhecida no bojo da sentença condenatória (ANDREUCCI, 2021).

Para mais, o doutrinador Andreucci (2021) considera que, nesta modalidade, quando há concurso de crimes, a extinção da pena incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. Ainda, se ocorrer redução da pena por graça ou indulto parciais, o restante da pena deverá ser retomado para o cálculo da prescrição da pretensão executória, não se utilizando da pena total imposta em sentença condenatória.

Portanto, é possível concluir que a prescrição da pretensão executória ocorre somente após o trânsito em julgado da sentença, levando em consideração a pena aplicada na sentença condenatória e produz efeitos apenas na execução da pena.

Diante de todo exposto, percebe-se que ao longo da criação do ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de prescrição penal passou por diversas evoluções e, atualmente, entende-se como a perda do direito de punir, decorrente do decurso do tempo.

Com o fim de dar continuidade à temática proposta no presente trabalho, será abordada no próximo capítulo outra modalidade de prescrição, dentro da pretensão punitiva, a qual é conhecida como virtual ou antecipada. No âmbito do direito penal brasileiro, há uma extensa discussão quanto a aplicação deste instituto nesta espécie, pois não está tipificada em nenhuma norma do ordenamento jurídico e é reconhecida como uma obra da doutrina e da jurisprudência.

3 A PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Prestados esclarecimentos acerca do instituto da prescrição, bem como demonstrado quais são os casos em que incide, no presente capítulo verificar-se-á a existência da aplicação da prescrição virtual, também conhecida como antecipada, projetada ou em perspectiva no ordenamento jurídico.

Primeiramente, será exposto o conceito da prescrição na modalidade antecipada e em seguida, depois de demonstrados seus fundamentos doutrinários, buscar-se-á analisar os posicionamentos diversificados existentes no que tange a esta possibilidade.

3.1 CONCEITO

Atualmente, no âmbito do direito penal brasileiro, há uma extensa discussão quanto a aplicação da prescrição virtual, a qual não é tipificada em nenhuma norma do ordenamento jurídico e é conhecida como uma obra da doutrina e da jurisprudência.

O ilustre autor Andreucci (2010, p. 198), conceitua a prescrição em perspectiva como “A prescrição antecipada, também chamada de virtual, baseia-se na falta de interesse de agir do Estado e tem por escopo evitar que eventual condenação não tenha função alguma, desprestigiando a justiça pública”.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Nucci (2017, p. 969), o qual afirma que “Trata-se da 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”.

Observa-se que este instituto se refere a uma construção doutrinária e jurisprudencial recente, que surgiu com o intuito de fazer uma justiça capaz de resolver ações penais em prazos razoáveis. Pode-se dizer que a prescrição virtual surgiu a partir da preocupação de membros dos poderes judiciários de primeira instância, pois ao estar diante da excessiva quantidade de processos e

consequentemente a demora em julgá-los, criaram a possibilidade de aplicar o instituto prescricional, com o fim de buscar maior celeridade e economia processual (SOUZA, 2015).

Lado outro, em razão das divergências acerca de sua aplicabilidade, a matéria foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da edição da Súmula nº 438, a qual aduz que “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Entretanto, no âmbito do direito penal ainda surgem embates acerca de sua aplicação, vez que muitos operadores do direito se utilizam e defendem a prescrição virtual.

Nessa perspectiva, a prescrição antecipada, também conhecida como virtual, é aquela em que o magistrado, antes de proferir uma sentença, calcula uma pena hipotética em que o réu provavelmente teria na decisão, levando-se em conta as suas características pessoais, de acordo com as circunstâncias entabuladas no artigo 59 do Código Penal.

Para melhor entender a aplicação do instituto prescricional, o doutrinador Dotti (2013, p. 830), explica:

[...] Por exemplo: se a acusação é pela prática de um delito cuja sanção mínima seja a reclusão de 2 (dois) anos, e se entre a data do fato e o recebimento da denúncia houver decorrido 4 (quatro) anos, o Juiz decreta a extinção da punibilidade por presumir que a pena que porventura fosse aplicada não excederia o mínimo, o que é mais frequente quando o acusado é primário e tem bons antecedentes [...].

Extrai-se do exposto que a prescrição é alcançada não mais pela pena cominada para o crime ou aquela aplicada na sentença, mas sim pela pena que, em tese, seria imposta em caso de haver uma prolação de sentença condenatória.

Diante disso, é determinada a prescrição virtual de acordo com a pena projetada, sem a necessidade de prosseguir com o processo até a decisão final com trânsito em julgado, uma vez que, de forma antecipada, é possível analisar a ineficácia de uma prescrição retroativa, pois esta seria reconhecida de qualquer forma quando do trânsito em julgado da sentença.

É importante destacar que a prescrição antecipada pode ser reconhecida basicamente em qualquer fase do processo, com a ressalva da proibição antes do

recebimento da denúncia, diante da mudança do Código Penal em 2010, especificadamente em seu artigo 110, § 1º, *in verbis*:

Art. 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, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Importante destacar, portanto, que diante do consoante aludido, atualmente não é mais possível à aplicação da prescrição antecipada antes do recebimento da denúncia ou queixa.

Diferentemente do que ocorre na prescrição da pretensão punitiva que se baseia na pena em abstrato, a prescrição antecipada ocorrerá na pena máxima cominada ao delito, pela pena em concreto advinda de eventual sentença condenatória.

Convém mencionar que por diversas vezes, o magistrado é obrigado a proferir uma sentença condenatória, onde fixa uma pena, mas que logo na sequência é necessário que reconheça a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, fazendo com que a elaboração da referida sentença seja considerada “tempo perdido” no curso do processo (ROMÃO, 2009).

No entendimento de Lima (2011, p. 251):

A nosso ver, com a quantidade avassaladora de processos criminais que lotam os fóruns criminais, não faz sentido dar início a um processo penal fadado à prescrição. Em outras palavras, qual seria a utilidade de um processo penal, com grandes desperdícios de atos processuais, de tempo, de trabalho humano, etc., se antecipadamente, já se pode antever que não haverá resultado algum?

Nesse sentido, buscando a efetiva aplicação da sanção penal é que a utilização da prescrição antecipada se mostra importante, pois afasta do poder judiciário, processos sem qualquer resultado prático, que conseqüentemente contribuem gerando lentidão no trâmite processual (ROMÃO, 2009).

À vista disso, é mister ressaltar que, não obstante a prescrição virtual esteja sendo rechaçada pelos tribunais de justiça, tem-se verificado por doutrinadores e magistrados do primeiro grau de jurisdição, a aplicabilidade da prescrição antecipada.

3.2 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Como citado nos capítulos anteriores, existem condições essenciais do direito de ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade da parte e justa causa. Nesta concepção, tem-se que a prescrição antecipada encontra seu principal argumento na falta de interesse processual ou interesse de agir, que acarreta na carência da ação por ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

No âmbito do direito penal brasileiro, existem diversos argumentos que justificam a prescrição virtual, com teses sustentando a sua necessidade para fins de economia processual, ou seja, fundamenta-se em tornar a justiça mais célere, com a finalidade de evitar processos acumulados.

Por outro lado, em que pese os argumentos favoráveis, verifica-se que há controvérsias quanto a sua aplicação no direito penal, com a justificativa de que ocorre a violação dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

Diante disso, analisar-se-á os argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto a aplicação da prescrição antecipada, bem como qual o entendimento dos tribunais superiores de justiça.

3.2.1 Argumentos favoráveis

Inicialmente, em que pese à prescrição em perspectiva seja considerada uma corrente minoritária, a qual não é aceita pela maioria dos tribunais superiores e que inclusive foi rechaçada pela Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), verifica-se que quem invoca tal instituto argumenta a carência de ação por falta de interesse de agir, pois ao final do processo este já não teria nenhuma utilidade.

Analisando a prescrição em perspectiva, pode-se constatar que existem inúmeras vantagens que podem ser apontadas para o acolhimento e reconhecimento desse instituto, como os princípios da economia e a celeridade

processual, da instrumentalidade do processo, da falta de interesse de agir e da violação ao princípio da dignidade da pessoa (ROMÃO, 2009).

Para mais, levam-se em consideração os princípios constitucionais da pessoa acusada, a qual tem o direito de ter seu processo julgado em tempo razoável, sem que haja uma extensa demora da resposta do poder judiciário, acarretando, conseqüentemente, prejuízo à sua vida e à sua dignidade humana (VALIM, 2017).

É valiosa a lição de Greco (2023, p. 785):

[...] Por que levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? Aqui, segundo nosso raciocínio, o julgador deverá extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), uma vez que, naquele exato instante, pode constatar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, vale dizer, o chamado interesse-utilidade da medida.

Souza (2015) considera que o maior argumento para a aplicação da prescrição antecipada é o interesse de agir e a justa causa, tendo em vista que esses dois elementos fazem parte das condições essenciais para a propositura da ação penal e, se ausentes, a prestação jurídica estatal seria descabida.

Em corroboração com esse entendimento, Mirabete (2008, p. 847) também leciona no sentido de que a prescrição virtual retira o interesse de agir:

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.

Além disso, Souza (2015) reconhece que a prescrição em perspectiva tem amparo também no princípio da instrumentalidade do processo:

Além da falta do interesse de agir, a prescrição antecipada encontra amparo no princípio da economia processual e na efetividade da tutela jurisdicional, pois, além de dispendioso para o Estado, seria um desperdício temporal submeter alguém a um processo criminal que, ao final, será absolvido pelo advento da prescrição ou, ainda, dar prosseguimento ao feito, em prejuízo de outros processos, gerando esforços inúteis que serão confrontados com a prescrição retroativa [...] (SOUZA, 2015, p. 152).

O autor Romão (2009) defende que a prescrição penal antecipada também encontra respaldo no princípio da economia processual, pois é questionável a movimentação sem necessidade do Estado com um processo onde já se sabe de antemão que, após a prolação de uma sentença condenatória, será impossível a imposição da reprimenda penal, ante o reconhecimento da prescrição.

Isto posto, o reconhecimento da prescrição antecipada atende ao princípio da economia processual, visto que desnecessário o ajuizamento e a continuidade de uma ação penal em que ao final não terá nenhum resultado.

É importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado ao argumento da aplicação da prescrição antecipada, uma vez que um longo processo penal, que inclusive já é evidente que será insignificante ao final, cria para o acusado sofrimento e angústia, sendo este penalizado pela morosidade da justiça (SOUZA, 2015).

Nesse sentido é o entendimento de Nucci (2015, p. 81):

Fundamental é o básico, o essencial, o alicerce de algo. Os direitos individuais, considerando-se o ser humano frente ao Estado e à sociedade, são absolutamente indispensáveis, pois constituem escudos protetores contra abusos, excessos e medidas autoritárias ou padronizadoras.

Portanto, observa-se que ao expor uma pessoa, não obstante ela seja acusada em processo criminal, a delonga de tempo não razoável para o processamento da ação penal fere-se um dos maiores princípios constitucionais, qual seja o da dignidade da pessoa humana, o qual é um direito fundamental, tendo em vista que causa constrangimento ilegal ao réu que terá que aguardar um tempo significativo para um julgamento que não terá uma sanção prática.

Destaca-se que muitos doutrinadores utilizam a prescrição virtual como uma alternativa para desafogar o judiciário, tendo em vista que, sabendo que o prosseguimento do processo até o final não terá nenhuma eficácia, deve-se encerrar o poder de punir do Estado para se obter um resultado efetivo.

Assim, essas são as posições favoráveis à aplicação do instituto prescricional de forma antecipada, as quais estão sob o amparo dos princípios constitucionais e processuais penais.

3.2.2 Argumentos desfavoráveis

Diante da forma em que a prescrição em perspectiva ocorre, analisa-se que há muita resistência doutrinária e jurisprudencial quanto a sua aplicabilidade, sendo que àqueles contrários à utilização do instituto se posicionam no sentido de que há a violação dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

Em primeiro momento, os opositores sustentam que não existe previsão legal para esta modalidade de extinção da punibilidade, o que por consequência atingiria o princípio da legalidade (ROMÃO, 2009).

O princípio da legalidade, para Nucci (2015, p. 530), é considerado um princípio central que serve de base para outros princípios, e o conceitua como:

É o princípio central do sistema de direito codificado, guarnecendo a indispensável segurança jurídica no âmbito das figuras típicas incriminadoras, bem como no contexto dos instrumentos processuais de persecução penal. Inspira e serve de base aos princípios da anterioridade, personalidade, individualização da pena, taxatividade, proporcionalidade e vedação à dupla punição pelo mesmo fato [...].

Por isso, é argumentado que não havendo nenhum dispositivo que ampare o instituto prescricional, é descabida sua aplicação, haja vista que o que está expressamente previsto em lei é que o momento da verificação da prescrição retroativa é após a sentença com trânsito em julgado.

Insta destacar o que Bitencourt (2019, p. 352), diz, que não há lastro jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, com base numa pena hipotética:

[...] o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em hipotética pena concretizada, encerra uma *presunção de condenação*, conseqüentemente de *culpa*, violando os princípios constitucionais da *presunção de inocência* e do *devido processo legal* (artigo 5.º, LVII, da CF).

Contudo, em que pese os respeitáveis argumentos, observa-se que não há ofensa ao princípio da legalidade, pois, há outros elementos a serem analisados, especialmente no que diz respeito à ausência de interesse de agir, ou seja, o que se

extrai de tal sustentação é um excesso de formalismo e apego ao texto da lei (ROMÃO, 2009).

Ainda, Vaz (2008) entende que não se vislumbra relevância na alegação de ausência de previsão legal, pois em qualquer momento do processo se pode, em um juízo antecipado de condenação, prever que ocorrerá a prescrição, haja vista que parece claro que a ação penal padece da ausência de justa causa para o seu prosseguimento, devendo ser extinta sem exame de mérito.

Nessa mesma linha de raciocínio caminham aqueles que dizem estar sendo desrespeitado o devido processo legal, pois ao aplicar a prescrição antecipada abortaria de forma prematura o regular andamento do feito, fazendo-se com que o processo tomasse um rumo diverso daquele que prevê o princípio aludido (NUCCI, 2015).

Ocorre que, de acordo com os doutrinadores que entendem pela não aplicação do instituto prescricional aqui debatido, é que este geraria um dano inestimável ao acusado, haja vista que feriria sua garantia constitucional ao devido processo legal e reconhecera sua culpa ou dolo, condenando-o previamente sem análise do mérito da causa (SOUZA, 2015).

Nesse sentido, insta esclarecer que não assiste razão a este argumento, tendo em vista que em caso de extinção da punibilidade pela prescrição antecipada, não haverá no que se falar em violação do devido processo legal, considerando que o acusado sequer será considerado culpado ou condenado, inexistindo qualquer prejuízo ao autor do delito.

No que tange ao princípio do contraditório, este estabelece que deva ser oportunizando ao acusado uma reação da defesa para cada informação apresentada pela acusação no curso da ação penal, entretanto, as controvérsias quanto ao instituto prescricional são no sentido de que o princípio estaria sendo violado, haja vista que se estará presumindo a condenação do acusado (SOUZA, 2015).

Por sua vez, a autora Souza (2015) aduz que o princípio da ampla defesa possibilita a efetiva participação do acusado no processo penal, com a elaboração de defesa técnica feita por pessoa regularmente habilitada nos autos (advogado ou defensor público) e proporciona também ao acusado a oportunidade de apresentar autodefesa. Porém, os opositores sustentam que se aplicada a prescrição projetada ocorrerá ofensa ao princípio supramencionado.

Nesse sentido, Almeida (2009, online) afirma que estes princípios estariam sendo violados, visto que não haveria como os juízes preverem se a sentença será ou não condenatória. Observe-se:

[...] A adoção dessa tese prescricional resultaria em uma prévia condenação do agente, com o prejulgamento de um fato do qual não foi feita prova em juízo. Além de se prever uma sentença condenatória, a pena, hipoteticamente considerada, é fundada em dado aleatório, não condizente com o Direito.

Entretanto, embora estes sejam os fundamentos contrários à prescrição virtual, Souza (2015, p. 146) considera que:

Contudo, em contraposição a este entendimento os defensores do instituto afirmam não existir ofensa ao direito da ampla defesa e ao contraditório, posto que tais princípios nascem a partir do exercício do direito de ação e no caso da prescrição antecipada tal direito não poderia ser exercido em razão da ausência de interesse de agir.

Outro argumento utilizado em oposição à prescrição em perspectiva é a violação do princípio da presunção de inocência, o qual Nucci (2015, p. 536) conceitua como “[...] O estado natural de inocência é direito indisponível e irrenunciável, corolário da dignidade da pessoa humana. A imediata consequência dessa presunção é a atribuição do ônus da prova, nos casos de imputação criminal, ao órgão acusatório”.

Levando isso em consideração, pontua-se que para o reconhecimento da prescrição antecipada, é indispensável um raciocínio hipotético sobre a possível pena a ser aplicada ao réu, ou seja, por isso as controvérsias quanto a aplicação do instituto diz respeito a ser prematura a decisão que realize uma projeção de uma pena hipotética antes de finalizada a instrução do processo, vez que é prejudicial à pessoa acusada (ROMÃO, 2009).

Lado outro, em que pese à relevância dos fundamentos, tais argumentos não merecem prosperar, tendo em vista que a aplicação da prescrição virtual não traz nenhum prejuízo ou consequência ao réu, pois haverá a extinção da punibilidade.

Diante disso, é de se analisar que, ainda que existam essas controvérsias, não há motivos plausíveis para investir em um processo cujo resultado é previsível e negativo, onde a instrumentalidade do processo está afetada, isso porque eventual julgamento estará prescrito, sendo totalmente fadado ao fracasso.

3.2.3 Posicionamento predominante dos tribunais de justiça

Como já exposto, existem controvérsias no que tange a prescrição virtual, tendo em vista que aos adeptos a este instituto defendem se tratar de uma alternativa para desafogar o judiciário, pois o prosseguimento do processo até o final não terá nenhuma eficácia, uma vez que há falta de interesse de agir. Logo, quanto aos opositores, estes argumentam que há ausência de fundamento legal e que viola outros princípios constitucionais.

A título de exemplificação, importante citar decisões negativas de tribunais de justiça sobre o tema:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PUNIBILIDADE DO AGENTE EXTINTA EM PRIMEIRO GRAU EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INSURGÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. ACOLHIMENTO. INADMISSIBILIDADE DO REFERIDO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA ANULADA. DETERMINAÇÃO DE REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO (TJPR. Recurso em Sentido Estrito nº 0005648-21.2019.8.16.0083. Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal. Relator: Nelson Mizuta. Data do julgamento: 25 fev. 2022).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. INADMISSIBILIDADE. Nos termos do artigo 109 do Código Penal, “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...”. Ao contrário do que entendeu o d. Juízo, não é possível o reconhecimento da chamada prescrição virtual com fulcro em pena hipoteticamente calculada, hipótese inexistente no nosso ordenamento jurídico penal. Aliás, a matéria foi sumulada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (Súmula nº 438 do STJ). Recurso ministerial provido, para afastar a extinção da punibilidade pela prescrição virtual, devendo o processo prosseguir nos seus ulteriores termos (TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 0003559-33.2014.8.26.0047. Órgão julgador: 15ª Câmara Criminal. Relatora: Gilda Alves Barbosa Diodatti. Data do julgamento: 14 set. 2021).

Extrai-se das referidas decisões que as sentenças que extinguiram a extinção da punibilidade em razão da prescrição antecipada foram anuladas em resposta ao recurso de sentido estrito, com o fundamento de que violaram os princípios da

legalidade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, bem como levando em consideração a matéria contida na Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça.

Insta salientar que a Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça foi de grande relevância, contudo, ainda existem decisões favoráveis que defendem a aplicabilidade da prescrição virtual, as quais sustentam pela ausência do interesse de agir e a justa causa.

Nesse sentido, argumentam que a deflagração da ação penal requer justa causa e um resultado útil, não se podendo conceber a instauração ou continuidade de uma ação penal que certamente estará fadada ao insucesso, pois quando se faz a análise do caso em concreto, é possível constatar, de forma antecipada, a inviabilidade tempestiva da prestação jurisdicional, vez que de qualquer forma haverá a extinção da punibilidade pela ausência da pretensão punitiva.

Diante disso, para melhor compreender, observar-se-á decisões favoráveis:

E M E N T A: HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ESTELIONATO E SUPRESSÃO DE DOCUMENTO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS – PRESCRIÇÃO VIRTUAL AFERÍVEL DE PLANO – AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR – FALTA DE JUSTA CAUSA – ARTIGO 395, III, DO CPP – HIPÓTESE EXCEPCIONAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. I - O trancamento do inquérito policial ou da ação penal por ausência de justa causa é fato excepcional, somente possível diante de prova inequívoca de atipicidade do fato, de sua autoria ou da presença de causa extintiva da punibilidade. II - A falta do interesse de agir, decorrente da verificação inconteste da ocorrência da prescrição virtual, deságua na ausência de justa causa para a propositura da ação penal, nos termos do inciso III do artigo 395, do Código de Processo Penal, impondo-se o trancamento da ação penal. III – Ordem concedida, contra o parecer (TJMS. *Habeas Corpus* nº 408852-28.2017.8.12.0000. Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Claudio Bonassini da Silva. Data do julgamento: 31 ago. 2017).

EMENTA: RESE. DIREITO PROCESSUAL. ART. 155 DO CP. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELO MAGISTRADO A QUO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DA TESE DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I- A prescrição virtual, como o próprio nome já sugere, leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao réu por ocasião da futura sentença. A referida prescrição permite ao magistrado vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima, possibilitando ao operador do direito antever que, ao final, eventual pena imposta seria alcançada pela prescrição, não podendo tal cálculo ser feito com base na pena máxima em abstrato.

II. O magistrado, com a experiência e conhecimento que possui, saberá, desde logo, que pena a ser aplicada naquele caso concreto não poderia ser

estabelecida muito acima do mínimo, levando-se em conta, as circunstâncias judiciais preconizadas no art. 59 do CP.

III. Como parâmetro inicial na dosimetria da pena, o Juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, em estrita obediência ao sistema trifásico de individualização da pena estabelecido no art. 68 do Código Penal.

IV. No caso vertente, conclui-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, inexistindo no caderno processual provas que permitam aplicação de pena superior a 02 anos (o dobro da pena mínima [1 ano]), inciso V, do art. 109 do Código Penal, havendo de se concluir pelo acerto da decisão hostilizada. Ressalte-se que, até a data da sentença (09.11.2018), já haviam se passado quase 05 (cinco) anos da data do fato, sem haver o recebimento da denúncia.

V. Sem dúvida, o caso concreto é *sui generis*, pois, até então, passados quase oito anos do fato criminoso, sequer foi recebida a denúncia.

VI. Frise-se que consta no caderno processual certidão comprovando que o acusado não responde a qualquer outra ação penal (fls. 46).

VII. Diante do quanto esgrimido, vota-se no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO (TJBA. Recurso em Sentido Estrito nº 0302003-37.2014.8.05.0004. Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal. Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto. Data do julgamento: 14 set. 2021).

À vista disso, vê-se claramente que existe muita discussão acerca do tema, todavia, é de se analisar que mesmo havendo a edição da súmula pelo STJ, alguns tribunais de justiça, após os magistrados de primeira instância decidirem pela aplicação da prescrição virtual, ainda mantêm a decisão, visando a celeridade processual e principalmente por não trazer nenhum prejuízo à pessoa acusada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da sociedade, é possível observar que desde os tempos primitivos vigorava a vingança privada, a qual passou a ter mudanças ao surgir a figura do Estado que é considerado até os dias atuais o detentor da jurisdição e do poder-dever de tutelar os bens jurídicos importantes para a sociedade, em busca da paz social.

Levando em consideração o *ius puniendi*, tem-se que, cometido um delito e nascendo a punibilidade, o Estado pode aplicar a pretensão punitiva, exercendo a coerção penal nos limites impostos pelas leis e normas.

Em busca da satisfação do direito de punir, podem surgir circunstâncias capazes de modificar a pretensão punitiva estatal e a prescrição está dentro dessas hipóteses, a qual é uma causa extintiva de punibilidade e é a que mais merece destaque para o presente trabalho.

A prescrição penal ocorre quando o Estado perde o seu poder-dever de punir e aplicar sanções pelo seu não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória em tempo hábil.

Muitos são os fundamentos que justificam a existência da prescrição penal. Em primeiro lugar, tem-se que o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato, pois desaparece o alarme social e por consequência o interesse em punir do Estado não existirá, além de que, há a justificativa de que o decurso do tempo leva também à recuperação do criminoso, pois se refere à expiação da pessoa acusada, a qual sofre suficientemente pela culpa, com angústias e ansiedade sentidas durante o trâmite do processo.

Para mais, há de se considerar que o Estado deve arcar com sua inércia, uma vez que o decurso do tempo enfraquece todo o suporte probatório, ou seja, os crimes cometidos deixam de receber a sanção que merece por negligência estatal, pois não cumprem os prazos processuais conforme prevê a legislação.

É importante destacar que são duas as espécies de prescrição, a saber: a prescrição da pretensão punitiva, que ocorre quando antes da sentença penal condenatória e, com o seu reconhecimento, tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime, e a segunda refere-se à prescrição da pretensão

executória, em que o prazo é determinado pela pena imposta na sentença condenatória.

No âmbito da teoria geral do processo, as condições necessárias que regulam o exercício do direito da ação dizem respeito à possibilidade jurídica do pedido, ao interesse de agir, a legitimidade da parte e a justa causa. Se ausentes quaisquer dos requisitos, haverá a carência de uma ação penal.

Para existir a ação penal, é fundamental existir uma infração penal, imbuída de culpabilidade e antijuridicidade para que exista a possibilidade jurídica do pedido. Logo, dentro da condição do interesse de agir desdobra-se um trinômio, onde se encaixa a necessidade, utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e adequação à causa, do procedimento e do provimento.

Por sua vez, a legitimidade da parte impõe um vínculo jurídico entre os sujeitos da demanda processual e a situação jurídica estabelecida que se trata da pertinência subjetiva da ação, isto é, quem tem legitimidade para ajuizar a ação penal.

Por fim, além dessas três condições, há a justa causa, que exige que a ação penal esteja acompanhada de um conjunto probatório suficiente, que apontem os indícios de autoria e materialidade do crime cometido, ou seja, indispensável sua presença.

Insta destacar que a ação penal e suas condições levam a compreender o objetivo da presente pesquisa, uma vez que, a prescrição virtual justifica-se especialmente pela ausência de interesse de agir.

À vista disso, a elaboração da monografia deu ensejo à pesquisa da prescrição antecipada, virtual, projetada ou em perspectiva, tema este considerado relevante e de valor processual, pois sua aplicação visa à economia e celeridade processual.

Frisa-se que este instituto prescricional se refere à constatação da prescrição de forma projetada, levando em conta a pena que seria, em tese, aplicada a pessoa que cometeu algum delito na sentença e extingue sua punibilidade, sem a necessidade de prosseguir com o processo até a decisão final com o trânsito em julgado, pois, de forma antecipada, analisa-se a ineficácia de uma prescrição retroativa.

A finalidade da prescrição virtual é o afastamento de processos que ao final não apresentará nenhuma utilidade, ou seja, de todos aqueles em que já se sabe

antecipadamente, pelas circunstâncias e condições pessoais do acusado, qual será a pena a ser imposta ao acusado em caso de condenação, podendo, portanto, aferir o prazo da prescrição.

Destaca-se, por oportuno, que a prescrição virtual se refere a um raciocínio utilizado para encontrar a utilidade do processo e em caso de ser negativo, por consequência o interesse de agir, que é uma condição da ação penal, não se fará presente.

Mostra-se claro que o assunto debatido é instigante e controverso, pois ao mesmo tempo em que existem argumentos para a não aplicabilidade do instituto prescricional projetado, há também inúmeros fundamentos que justificam a eficiência de sua aplicação.

Ao longo deste trabalho, constatou-se que o principal argumento daqueles que apresentam posições desfavoráveis quanto a prescrição virtual, até mesmo a letra da Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça, está fundamentado na ausência de amparo legal, bem como na ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

Ocorre que, este posicionamento mostra-se como um equívoco e apego a letra da lei, pois por muitas vezes o judiciário é movimentado sem necessidade, ou seja, se existe a possibilidade da pena que será aplicada na sentença condenatória já estar prescrita, verifica-se que isto não chegará a qualquer utilidade ao processo.

Por outro lado, os adeptos ao instituto da prescrição virtual sustentam que a aplicação do instituto se justifica pela economia processual, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, e principalmente da falta de interesse de agir estatal. Afinal, como citado anteriormente, se for evidente que de nada adianta prosseguir com a ação penal, não há motivos para prosseguir com um processo criminal que ao final estará fadado ao fracasso.

Frisa-se que movimentar o judiciário traz custos elevados e partem dos cofres públicos, ou seja, a prescrição antecipada preservará a economia processual, bem como irá tramitar de forma eficiente, visando à celeridade do processo.

Diante disso, os argumentos daqueles que sustentam a aplicação do instituto prescricional é no sentido de que a deflagração da ação penal requer justa causa e um resultado útil, não se podendo conceber a instauração ou continuidade de uma ação penal que certamente não terá qualquer sucesso e que inclusive não trará à

pessoa denunciada qualquer prejuízo, tendo em vista que sua punibilidade estará extinta.

Desta feita, restou claro que, embora haja controvérsias e principalmente a existência da edição da Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça que coibiu a prática da aplicação da prescrição antecipada, ante a ausência de previsão legal, este instituto ainda é utilizado como uma alternativa para alguns juízes de primeiras instâncias e tribunais de justiça, visando a celeridade e economia processual.

Portanto, embora combatida por alguns tribunais superiores, a prescrição virtual está se transformando em uma realidade no direito penal brasileiro, justificando-se na resposta estatal eficiente, além de a justiça ser mais célere e diminuir gastos públicos com sua tramitação que pode durar anos, cujo resultado final não terá qualquer eficácia para as partes.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Nidal. Manual de Direito Penal: Parte Geral. In: _____. **Extinção da punibilidade**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 912-913.

ALMEIDA, Tiago Bockie de. **Quais os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da prescrição retroativa antecipada?** Disponível em: <<https://docplayer.com.br/16182093-Quais-os-argumentos-contrarios-e-favoraveis-a-aplicacao-da-prescricao-retroativa-antecipada.html>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. In: _____. **Extinção da punibilidade**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 241-255.

AZEVEDO, Ruy Zaidan. **A prescrição em perspectiva e a utilidade do processo penal**. Juiz de Fora, 2017. 29 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. In: _____. **Da moderação das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 49-51.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte geral. In: _____. **História do direito penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-49.

_____. Código penal comentado. In: _____. **Da extinção da punibilidade**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 341-376.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. In: _____. **Ação penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 227-252.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun.2022.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2356/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 05 jun. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Acórdão. **Recurso em Sentido Estrito nº 0302003-37.2014.8.05.0004**. Ministério Público do Estado da Bahia e Paola Roberta de Souza Estefam. Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto. 14 set. 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ba/1538398074>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Habeas Corpus nº 408852-28.2017.8.12.0000**. Relator: Luiz Claudio Bonassini da Silva. 31 ago. 2017. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/503400259>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão. **Recurso em Sentido Estrito nº 0005648-21.2019.8.16.0083**. Ministério Público do Estado do Paraná e Jaderson Estunpf Godoi. Relator: Nilson Mizuta. 25 fev. 2022. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000019814231/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0005648-21.2019.8.16.0083>>. Acesso em 08 jun. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Recurso em Sentido Estrito nº 0003559-33.2014.8.26.0047**. Ministério Público do Estado de São Paulo e Luis Antonio Alves. Relatora: Gilda Alves Barbosa Diodatti. 14 set. 2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1280986451>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. In: _____. **Os requisitos do fato punível**. 3ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 35-39.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. In: _____. **Ação penal**. 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2022. p. 67-79.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. In: _____. *Causas de extinção da punibilidade*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 250-269.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito - Geral e Brasil*. In: _____. **Roma e o direito romano**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 83-123.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. In: _____. **Especificação das causas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 822-846.

ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. In: _____. **Ação penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 662-686.

_____. *Direito Penal – Parte Geral*. In: _____. **Extinção da punibilidade**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 687-706.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal - Parte Geral*. In: _____. **Antijuridicidade**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 455-483.

FERREIRA, Alexandre Soares. **Prescrição penal antecipada**. Disponível em: <<http://www.revistaintellectus.com.br/artigos/24.258.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2023.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. In: _____. **Punição**. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 73-130.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. In: _____. **Extinção da punibilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 865-886.

_____. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. In: _____.
Prescrição. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 759-786.

JESUS, Damásio E. de. Prescrição Penal. In: _____. **Da punibilidade**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-6.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. In: _____. **Ação penal e ação civil *Ex Delicto***. 12. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 263-370.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. In: _____. **Extinção da punibilidade**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 375-416.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. In: _____. **Extinção da punibilidade**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 491-524.

_____. *Manual de Processo Penal*. In: _____. **Ação penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 109-145.

_____. Manual de Direito Penal. In: _____. **Ação penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 487-490.

_____. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. In: _____.
Direitos e garantias humanas fundamentais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 81-88.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. In: _____. **Causas de extinção da punibilidade**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1. p. 656-662.

REALE JUNIOR, Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. In: _____. **Extinção da punibilidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 379-394.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual**: uma realidade no direito penal brasileiro. São Paulo, 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SOUZA, Inayara Cabral de. Punibilidade concreta e política judiciária: a prescrição da pretensão punitiva antecipada e a gestão da justiça. **Revista da Esmesc**, v. 22, n. 28, p. 135-162, 2015. Disponível em:
 <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/125>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

VALIM, Cássia Ricardo. **Prescrição em perspectiva e sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Capão da Canoa, 2017. 89 f. Monografia. (Graduação em Direito) - Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual**: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008. Disponível em:
 <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/paulo_vaz.html> Acesso em: 18 out. 2022.

ANEXOS



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
1ª CÂMARA CRIMINAL

Autos nº. 0005648-21.2019.8.16.0083

Apelação Criminal nº 0005648-21.2019.8.16.0083

Vara Criminal de Francisco Beltrão

Apelante(s): Ministério Público do Estado do Paraná

Apelado(s): JADERSON ESTUNPF GODOI

Relator: Desembargador Nilson Mizuta

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PUNIBILIDADE DO AGENTE EXTINTA EM PRIMEIRO GRAU EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INSURGÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. ACOLHIMENTO. INADMISSIBILIDADE DO REFERIDO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA ANULADA. DETERMINAÇÃO DE REGULAR PROSEGUIMENTO DO FEITO.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0005648-21.2019.8.0083, do Foro da Comarca de Francisco Beltrão – Vara Criminal, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ e recorrido JADERSON ESTUNPF GODOI.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Paraná, em 13 de maio de 2019, ofereceu denúncia em face de Jaderson Estunpf Godoi pela prática, em tese, dos seguintes fatos delituosos:

“1º FATO

No dia 02 de maio de 2019, por volta das 13h40min, em frente ao estabelecimento comercial Dayomar Supermercado, localizado na Rua Terezópolis, Bairro Jardim Virgínia, nesta Cidade e Comarca de Francisco Beltrão/PR, o denunciado JADERSON ESTUNPF GODOI, ciente da ilicitude de sua conduta e com vontade de realizá-la, descumpriu a decisão judicial proferida no evento 6.1 dos autos n.



0004027-86.2019.8.16.0083, por meio da qual o Juízo Criminal desta Comarca de Francisco Beltrão/PR, em 26.03.2019, deferiu as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, inciso III, alíneas “a” e “b” da Lei 11.340/2006, determinando, além da proibição de contato com a sua excompanheira Tatiane Cordeiro, a proibição de ele aproximar-se dela, observada a distância mínima de 500 (quinhentos) metros (cf. a termo de declaração e a representação de eventos 1.4, 1.5, 1.6 e 1.7).

2º FATO

No mesmo dia e local, logo depois do delito descrito no ‘1º Fato’ desta exordial acusatória, o denunciado JADERSON ESTUNPF GODOI, ciente da ilicitude de seu comportamento e com vontade de ofender a integridade física da vítima Moacir Antônio dos Santos, desferiu um gole de soco contra ela, que a atingiu na região da boca e, além de provocar a sua queda no chão, resultou nas lesões corporais assim descritas no Laudo Pericial n. 43.004/2019, que segue anexo a esta denúncia: “Duas feridas contusas, recobertas por fibrina, em fase final de cicatrização, na face interna do lábio inferior; duas escoriações recobertas por crosta, medindo 1,4 x 1,3 cm e 1,3 cm 0,9 cm, no cotovelo esquerdo; escoriação discreta medindo 0,6 cm, na região cervical direita”.

3º FATO

No mesmo dia e local, logo depois do delito descrito no ‘2º Fato’ desta exordial acusatória, o denunciado JADERSON ESTUNPF GODOI, ciente da ilicitude de seu comportamento e com vontade de provocar medo nas vítimas Tatiane Cordeiro, sua ex-companheira, e Moacir Antônio dos Santos, atual namorado de Tatiane, prometeu, por meio de palavras, causar-lhes mal injusto e grave, dizendo que iria pegar uma arma para matá-los (cf. os termos de declaração de eventos 1.6 e 1.7, bem como o B.O. de evento 1.12).

4º FATO

No mesmo dia e local, logo depois do delito descrito no ‘3º Fato’ desta exordial acusatória, o denunciado JADERSON ESTUNPF GODOI, ciente da ilicitude de seu comportamento e com vontade de realizá-lo, constrangeu, mediante violência física (empurrões), a vítima Tatiane Cordeiro, sua ex-companheira, a entrar no veículo automotor dele (Renaut Clio), somente não conseguindo consumir o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, já que a ofendida foi auxiliada por pessoas que trabalham no estabelecimento comercial denominado Dayomar Supermercado, as quais a seguraram para não entrar no veículo (cf. o termo de declaração de eventos 1.6 e o B.O. de evento 1.12)” (mov. 31.2).

Aduziu que, ao assim proceder, o acusado incorreu nas penas do art. 24-A, caput, da Lei n. 11.340/06, bem como nos arts. 147, caput, 146, caput, c/c art. 14, II, todos do CP, em relação à primeira vítima. Em relação à segunda vítima, nas penas do art. 129, caput, do Código Penal, e 147, caput, do CP, em concurso material (art. 69, caput, do CP).

Após a prática de alguns atos processuais, sobreveio a r. sentença, em que a MMª Juíza, Dra. Janaina Monique Zanellato Albino, julgou “EXTINTA A PUNIBILIDADE de Jaderson Estunpf Godoi, ante a falta de interesse de agir” (mov. 105.1).

Insatisfeito, o Ministério Público do Estado do Paraná interpõe recurso em sentido estrito (mov. 122.1). Afirma que a d. magistrada incorreu em *error in iudicando*, pois o ordenamento jurídico brasileiro não comporta a chamada prescrição antecipada ou virtual, pois o próprio acusado tem interesse e direito a um julgamento que pode absolvê-lo da imputação.

Aduz ser impossível saber de antemão qual será o *quantum* de eventual pena e que, não raras vezes, a instrução revela a necessidade de aditamento da denúncia, o que pode deslocar o marco temporal do art. 109 do Código Penal. Destaca que a persecução criminal deve ser, sempre que possível, normalmente desencadeada, devendo aplicar-se ao caso a Súmula nº 438 do STJ.

Alega que também não está configurada, no caso, a prescrição em abstrato e que se forem adotadas



providências a fim de aplicar celeridade ao feito, ela pode ser evitada. Requer a nulidade da r. sentença, com a determinação de regular prosseguimento do feito.

Foram apresentadas contrarrazões (mov. 130.1).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de lavra da Ilustre Procurador, Dr. Ivonei Sfoggia, opinou pelo provimento do recurso (mov. 13.1).

VOTO

O juízo de admissibilidade do recurso é positivo, uma vez que estão presentes os pressupostos objetivos (previsão legal, adequação, observância das formalidades legais e tempestividade) e subjetivos (legitimidade e interesse para recorrer).

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto em face da decisão que declarou a extinção da punibilidade do agente, por falta de interesse de agir.

Inicialmente, cumpre registrar que não se ignora a existência de doutrina que entende pela possibilidade de reconhecimento da prescrição em casos semelhantes ao do presente, justamente com base no aventado interesse de agir.

De acordo Rogério Sanches Cunha, o fundamento da prescrição virtual “*reside na falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento da ação penal cuja sentença, dadas as circunstâncias do crime e condições do próprio réu, será fixada em patamares mínimos, conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa*”[1].

Contudo, atualmente é indiscutível que o ordenamento jurídico processual penal brasileiro não admite a prescrição antecipada, virtual ou pela pena em perspectiva, que toma como marco referencial hipotética condenação do réu, com imaginada pena privativa de liberdade.

Logo, não há como admitir que o magistrado reconheça modalidade de prescrição não estabelecida pelo legislador, sob pena de intolerável violação não só ao princípio da legalidade, como também ao princípio constitucional da separação dos poderes, diante de flagrante usurpação, pelo Poder Judiciário, de função legiferante.

Cleber Masson, ao discorrer sobre as espécies de prescrição, esclarece que “*a prescrição virtual, projetada, antecipada, prognostical ou retroativa em perspectiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial. Decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa*”[2].

Com efeito, muito embora o esforço doutrinário e, para além da inexistência de previsão legal, os tribunais superiores também não têm reconhecido essa espécie de prescrição, o que foi, inclusive, sumulado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula nº 438: “*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*”.



Esse também é o entendimento reiteradamente adotado por esta c. Corte de Justiça:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA – ART. 129, §9º, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL (ÂMBITO DOMÉSTICO) – GRATUIDADE DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – NÃO CONHECIMENTO – PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO – CRIME PRATICADO NA MODALIDADE QUALIFICADA – PENA DIVERSA DO CAPUT – PRESCRIÇÃO VIRTUAL – IMPOSSIBILIDADE – INADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – SÚMULA 438 STJ – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NEGA PROVIMENTO”. (TJPR - 1ª C.Criminal - 0000590-19.2018.8.16.0165 - Telêmaco Borba - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU SERGIO LUIZ PATITUCCI - J. 25.10.2021).

“AGRAVO INTERNO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. HABEAS CORPUS OBJETIVANDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ANTE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DE FORMA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DADA A ABSOLUTA AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO PROFERIDA PELO DOUTO JUIZ SINGULAR ADEQUADAMENTE MOTIVADA, NÃO OSTENTANDO A MAIS MÍNIMA ILEGALIDADE SANÁVEL PELA VIA ELEITA. PRECEDENTES DA CÂMARA E DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO”. (TJPR - 1ª C.Criminal - 0048719-60.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR MIGUEL KFOURI NETO - J. 21.10.2021).

O posicionamento pela inaplicabilidade da prescrição na modalidade antecipada, além de outras justificativas, tem como fundamento a impossibilidade de violação do princípio da presunção da inocência, pois, como bem exposto pelo ora recorrente, ao final do processo, o acusado pode ser absolvido. Assim, presumir-se que seria condenado, ainda que a uma pena mínima, seria conduta absolutamente contrária a este princípio tão caro e, por vezes, desvalorizado.

Nas palavras da d. Procuradoria Geral de Justiça, *“aludida modalidade prescricional ofende o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado, pois o próprio acusado tem direito a julgamento, o qual pode, inclusive, absolvê-lo das imputações iniciais”* (mov. 13.1).

Admitir-se a prescrição pela pena em perspectiva conduziria à análise de questões concernentes à aplicação da pena – notadamente as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e eventual incidência de agravantes e causas de aumento de pena –, que reclamam regular instrução probatória.

Nesse cenário, a prescrição virtual caracteriza inversão ilógica dos atos processuais, com prévio juízo de culpa, sem observância ao devido processo legal e em nítido malferimento aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, o que não se pode admitir.

Por tudo isso, considerando a inexistência de previsão legal tratando do referido instituto, bem como o reiterado posicionamento dos Tribunais Superiores rechaçando sua aplicação, a r. sentença deve ser anulada, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Por fim, registre-se que, por ser matéria de ordem pública, a presente decisão não prejudica eventual reconhecimento da prescrição em momento posterior, se for o caso.



Do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, para declarar a nulidade da r. sentença que julgou extinta a punibilidade do réu e determinar o regular prosseguimento do feito.

Ante o exposto, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO O RECURSO DE PARTE E PROVIDO o recurso de Ministério Público do Estado do Paraná, para declarar a nulidade da r. sentença que julgou extinta a punibilidade do réu e determinar o regular prosseguimento do feito.

O julgamento foi presidido pelo (a) Desembargador Nilson Mizuta (relator), com voto, e dele participaram Desembargador Miguel Kfoury Neto e Desembargador Paulo Edison De Macedo Pacheco.

25 de fevereiro de 2022

Desembargador Nilson Mizuta

Juiz (a) relator (a)

[1] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. Pg. 333

[2] (Direito Penal Esquematizado – parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 1077 a 1079).





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000745719

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0003559-33.2014.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é recorrente M. P. DO E. DE S. P., é recorrido L. A. A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, para afastar a extinção da punibilidade pela prescrição virtual, devendo o processo prosseguir nos seus ulteriores termos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente), POÇAS LEITÃO E WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO: 010871
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: 0003559-33.2014.8.26.0047
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDO: LUIS ANTONIO ALVES
COMARCA: ASSIS – 2ª VARA CRIMINAL

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. INADMISSIBILIDADE. Nos termos do artigo 109 do Código Penal, “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...”. Ao contrário do que entendeu o d. Juízo, não é possível o reconhecimento da chamada prescrição virtual com fulcro em pena hipoteticamente calculada, hipótese inexistente no nosso ordenamento jurídico penal. Aliás, a matéria foi sumulada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (Súmula nº 438 do STJ).
Recurso ministerial provido, para afastar a extinção da punibilidade pela prescrição virtual, devendo o processo prosseguir nos seus ulteriores termos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a respeitável decisão de fls. 230/231, que declarou extinta a punibilidade de **LUIS ANTONIO ALVES**, pela prescrição da pretensão punitiva virtual, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Busca a reforma do aludido *decisum*, para que seja afastado o reconhecimento da prescrição virtual e prolatada sentença de mérito (fls. 234/237).

Contraminutado o recurso (fls. 244/262), houve manutenção da respeitável decisão recorrida (fls. 263/264).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinou pelo provimento do recurso ministerial (fls. 277/280).

É o relatório.

Razão assiste ao Ministério Público.

É que, nos termos do artigo 109 do Código Penal, “*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...*”.

In casu, o máximo, em abstrato, da pena privativa de liberdade cominada ao crime ora analisado (embriaguez ao volante) é de 3 (três) anos, com prescrição em 8 (oito) anos (artigo 109, inciso IV, do Código Penal), prazo não transcorrido entre a data do fato (18.11.2013 – fl. 7) e a do recebimento da denúncia (12.08.2014 – fl. 29), nem entre esta e a presente data.

Ao contrário do que entendeu o MM. Juiz

a quo, não é possível o reconhecimento da chamada prescrição virtual com fulcro em pena hipoteticamente calculada, hipótese inexistente no nosso ordenamento jurídico penal.

Cumprе ressaltar que nossos tribunais têm entendido que o reconhecimento da prescrição antecipada cerceia ao réu a ampla defesa e o contraditório, porquanto implica renúncia ao direito de buscar a absolvição.

Aliás, a matéria foi sumulada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: **“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”** (Súmula nº 438 do STJ).

O Excelso Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, assentou:

“Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva 'em perspectiva, projetada ou antecipada'. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal” (Tribunal Pleno, RE nº 602527 QO-RG, Rel. Min.

Cezar Peluso, DJe 17.12.2009).

Esse também é o entendimento dessa

Colenda Câmara:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Insurgência contra decisão que declarou extinta a punibilidade em razão da ocorrência da prescrição declarada em eventual pena que poderia vir a ser aplicada ao caso concreto (prescrição virtual ou hipotética) Impossibilidade Inteligência da Súmula 438 do STJ - Recurso provido. (TJSP – 15ª Câmara de Direito Criminal; Recurso em Sentido Estrito nº 0001632-61.2007.8.26.0634, Relator Des. Cláudio Marques, j. 09.05.2019, p. 15.05.2019).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PRELIMINAR Prescrição. Inocorrência Prescrição virtual. Impossibilidade. Falta de previsão legal. Súmula nº 438 do STJ Rejeição. MÉRITO Violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP) Rejeição da denúncia com fundamento no inciso II do artigo 395 do CPP Ausência de vícios na exordial Incabível a proposta de suspensão condicional do processo. Pena mínima superior a um ano (Lei nº 9.099/95, art. 89) Constitucionalidade da alteração legislativa trazida pela Lei nº 10.695/03 Recurso ministerial provido para determinar o regular processamento da inicial. (TJSP – 15ª Câmara de Direito Criminal; Recurso em Sentido Estrito nº 0001632-61.2007.8.26.0634, Relator Des. Gilberto Ferreira da Cruz, j. 21.02.2019, p. 26.02.2019).

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, para afastar a extinção da punibilidade pela prescrição virtual, devendo o processo prosseguir nos seus ulteriores termos.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relatora



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

Classe : **Recurso em Sentido Estrito n.º 0302003-37.2014.8.05.0004**
Foro de Origem : Foro de comarca Alagoinhas
Órgão : Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma
Relator : **Des. Abelardo Paulo da Matta Neto**
Recorrente : Ministério Público do Estado da Bahia
Promotor : Paola Roberta de Souza Estefam
Apelado : Marcos Antonio Evangelista dos Santos
Procurador : Cleusa Boyda de Andrade

Assunto : Extinção da Punibilidade

RESE. DIREITO PROCESSUAL. ART. 155 DO CP. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELO MAGISTRADO A QUO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DA TESE DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I- A prescrição virtual, como o próprio nome já sugere, leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao réu por ocasião da futura sentença. A referida prescrição permite ao magistrado vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima, possibilitando ao operador do direito antever que, ao final, eventual pena imposta seria alcançada pela prescrição, não podendo tal cálculo ser feito com base na pena máxima em abstrato.

II. O magistrado, com a experiência e conhecimento que possui, saberá, desde logo, que pena a ser aplicada naquele caso concreto não poderia ser estabelecida muito acima do mínimo, levando-se em conta, as circunstâncias judiciais preconizadas no art. 59 do CP.

III. Como parâmetro inicial na dosimetria da pena, o Juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, em estrita obediência ao sistema trifásico de individualização da pena estabelecido no art. 68 do Código Penal.

IV. No caso vertente, conclui-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, inexistindo no caderno processual provas que permitam aplicação de pena superior a 02 anos (o dobro da pena mínima [1 ano]).



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

cuja prescrição opera-se em 04 (quatro), a teor do inciso V, do art. 109 do Código Penal, havendo de se concluir pelo acerto da decisão hostilizada. Ressalte-se que, até a data da sentença (09.11.2018), já haviam se passado quase 05 (cinco) anos da data do fato, sem haver o recebimento da denúncia.

V. Sem dúvida, o caso concreto é *sui generis*, pois, até então, passados quase oito anos do fato criminoso, sequer foi recebida a denúncia.

VI. Frise-se que consta no caderno processual certidão comprovando que o acusado não responde a qualquer outra ação penal (fls. 46).

VII. Diante do quanto esgrimido, vota-se no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. **0302003-37.2014.8.05.0004**, da Vara Criminal da Comarca de Nova Fátima, em que são partes **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, como apelante, e o **MARCOS ANTONIO EVANGELISTA DOS SANTOS**, como apelado.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **por maioria**, em **CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO**. Na análise meritória, acordam os nobres Desembargadores em **NEGAR PROVIMENTO ao recurso**, e o fazem pelas razões a seguir.

Sala das Sessões, 14 de setembro de 2021.

DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO

RELATOR

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA



RELATÓRIO

O **Ministério Público do Estado da Bahia** interpôs Recurso em Sentido Estrito em face de sentença proferida pelo Juízo da **1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas**, sem resolução do mérito do mérito, com declaração da extinção punibilidade pelo reconhecimento da prescrição na modalidade antecipada ou em perspectiva ou virtual, pela prática do delito inserto no art. 155, *caput*, do Código Penal, em favor de **MARCOS ANTONIO EVANGELISTA DOS SANTOS**.

De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, **adota-se o relatório da sentença acostada às folhas 61/63**, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Juízo primevo, após análise das condições pessoais do Réu e das circunstâncias do fato, assim como sopesando a pena prevista para o delito (de 01 a 04 anos de reclusão) secundado ao fato de ter transcorrido mais de 05 (cinco) anos entre o fato sem o devido recebimento da denúncia, reconheceu a prescrição da pena em perspectiva, no tocante ao delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs o presente recurso (fls. 69/75), pugnando pela reforma da sentença, para tanto sustentando a tese de que a prescrição virtual não é aceita pelos Tribunais Superiores, nos moldes da Súmula 438 do STJ, devendo, *in casu*, ser afastado o reconhecimento da prescrição, a qual, considerando a pena máxima de 04



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

(quatro) anos, prevista para o delito inculcado no art. 155, caput, do Código Penal, somente ocorrerá em 2022, caso não haja outra causa interruptiva.

O Julgador de origem manteve a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos (fls. 76/77).

A Defensoria Pública apresentou contrarrazões, pela integral manutenção do *decisum* (fls. 89/96).

Recebidos os autos nesta segunda instância, foram prontamente remetidos à Procuradoria de Justiça, que ofertou parecer pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 11/13 – dos autos digitais).

Retornando-me o recurso à conclusão, lancei nos fólios a presente sinopse, voltada à sua apresentação a julgamento, na forma do art. 167, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

É o suficiente a relatar.

VOTO

Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se Recurso em Sentido Estrito manifestado contra sentença que decretou a prescrição, hipótese expressamente versada no art. 581, VIII, do Código de Processo Penal, revelando, assim, a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada.

O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

conhecimento.

Às fls. 61/63, o magistrado *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, com declaração da extinção punibilidade pelo reconhecimento da prescrição na modalidade antecipada ou em perspectiva ou virtual, pela prática do delito inserto no art. 155, *caput*, do Código Penal, em favor de MARCOS ANTONIO EVANGELISTA DOS SANTOS, sob os seguintes fundamentos:

[...] Destaco que nos casos de ocorrência da prescrição virtual ou antecipada inicialmente a justa causa existia quando da propositura da ação penal, caso contrário a denúncia não teria sido recebida. Ocorre que durante o trâmite processual, melhor seria dizer: pela demora no trâmite processual, ou por ineficiência do Estado, o resultado prático foi aniquilado pela probabilidade de ocorrência da prescrição retroativa ou intercorrente. Daí porque ter nominado de “ausência superveniente de justa causa” em tópico acima.

Com efeito, se nestes autos não existe a possibilidade de um resultado útil, por que manter o constrangimento ao acusado?

Destaco que ao acolher a prescrição antecipada ocorre o julgamento do mérito da causa, pois trata-se de decisão terminativa o que importa em impossibilidade de renovação da demanda.

No caso em tela, considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao Réu e inexistem agravantes ou causas de aumento aplicáveis, a possível pena do acusado será



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

estabelecida no mínimo legal, qual seja: 02 (dois) anos. Com base nessa provável condenação, o Estado teria o prazo de 04 (quatro) anos para fazer valer a sua pretensão de punir, conforme art. 109 e incisos, do CP. Ocorre que, desde a data do crime já se passaram mais de 05 (cinco) anos. Logo, vê-se que estes autos espelham exemplo cristalino de processo que não alcançará resultado útil, sendo necessária a declaração da prescrição antecipada ou virtual para que o judiciário utilize sua energia para julgar causas que venham a alcançar o resultado útil já mencionado anteriormente [...]

Inicialmente não se desconhece os termos da Súmula nº. 438, do Superior Tribunal de Justiça, contudo, este Relator e a Turma que compõe neste Tribunal de Justiça da Bahia têm reconhecido a possibilidade de incidência da prescrição virtual ou em perspectiva, quando na análise do caso em concreto, se constata a inviabilidade tempestiva da prestação jurisdicional.

Súmula nº 438, do STJ - É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Ocorrendo o delito, surge para o Estado a pretensão de punir o agente do fato criminoso. Essa pretensão deve, no entanto, ser exercida dentro de determinado lapso de tempo que varia de acordo com o crime praticado e a pena a ele reservada. Transcorrido esse prazo, que é



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

submetido a interrupções ou suspensões, ocorre a prescrição da pretensão punitiva. Nessa hipótese, todos os efeitos da sentença penal condenatória são extintos (Entre aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano I, nº 1 (abril de 2011) – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, volume 5, ano 2011, Artigo Jurídico: Vetores que Fundamentam a Plena Aplicabilidade da Prescrição Virtual no Direito Penal Brasileiro, Autor: Abelardo Paulo da Matta Neto, pág.11/37).

Assim, com a prescrição, a pena acaba por perder o seu fundamento, esvaindo-se as razões ensejadoras do poder punitivo do Estado.

Ela se divide em duas modalidades, a partir dos vetores legais, consubstanciados nos art. 109 e 110 do CPB, a depender da oportunidade em que for declarada, e são: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, salientando-se, ainda, que a prescrição é matéria de ordem pública, devendo ser declarada *ex officio* pelo magistrado ou por provocação das partes, consoante dicção do art. 61 do Código de Processo Penal (*idem*).

A prescrição virtual surge nesse contexto, registrada pela forte intenção de responder a esse estágio crônico de letargia do Estado no exercício do direito de punir.

A deflagração da ação penal requer justa causa, bem como um resultado útil, não se podendo conceber a instauração ou continuidade de uma ação penal que certamente estará fadada ao insucesso, já que se é possível saber, de forma antecipada, que haverá a extinção da punibilidade pela ausência da pretensão punitiva.

Na análise do caso *sub oculis*, extrai-se dos autos que o Réu,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

em 14.02.2014, por volta das 12:30h, subtraiu da loja Econis Calçados, situada na praça Padre Alfredo, Alagoinhas, duas bolsas avaliadas em quatrocentos reais, cada uma delas. Nesse contexto, o Ministério Público ofertou denúncia contra Marcos Antônio Evangelista dos Santos, como incurso nas penas do artigo 155 do Código Penal, o qual assim é previsto:

“ **Furto**

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico” (Grifamos)

[Destaque acrescido]

Assim, a prescrição virtual, como o próprio nome já sugere, leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao réu por ocasião da futura sentença.

A referida prescrição permite ao magistrado vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima, possibilitando ao operador do direito antever que, ao final, eventual pena imposta seria alcançada pela prescrição, não podendo tal cálculo ser feito com base na pena máxima em abstrato.

O magistrado, com a experiência e conhecimento que possui,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

saberá, desde logo, que pena a ser aplicada naquele caso concreto não poderia ser estabelecida muito acima do mínimo, levando-se em conta as circunstâncias judiciais preconizadas no art. 59 do CP.

Como parâmetro inicial na dosimetria da pena, o Juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, em estrita obediência ao sistema trifásico de individualização da pena estabelecido no art. 68 do Código Penal.

No caso vertente, conclui-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, inexistindo no caderno processual provas que permitam aplicação de pena superior a 02 anos (o dobro da pena mínima [1 ano]), (cuja prescrição opera-se em 04 (quatro), a teor do inciso V, do art. 109 do Código Penal), havendo de se concluir pelo acerto da decisão hostilizada. Ressalte-se que, até a data da sentença (09.11.2018), já haviam se passado quase 05 (cinco) anos da data do fato, sem haver o recebimento da denúncia.

Sem dúvida, o caso concreto é *sui generis*, pois, até então, passados quase oito anos do fato criminoso, sequer foi recebida a denúncia.

Frise-se que consta no caderno processual certidão comprovando que o acusado não responde a qualquer outra ação penal (fls. 46).

Ora, parte da jurisprudência, com a qual me filio, entende da mesma maneira: *“De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão “ex officio” de “habeas corpus” para trancar a ação penal”.*



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

Do mesmo modo Guilherme de Souza Nucci, na sua obra “Código Penal comentado”. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 501).

Também alguns tribunais, tais como: TACRIMSP, RSE 589413-0 e HC 204272-1 e nas Revistas dos Tribunais – RT: 668/289, 669/315 e 734/742.

Sobre o tema, destaca-se posicionamento da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

*RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELA FRAUDE – MUTATIO LIBELLI – POSSIBILIDADE – NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA CONSIDERADA – **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, EM SUA MODALIDADE VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA – RECONHECIMENTO, EX OFFICIO** – DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A 11 (ONZE) ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E O JULGAMENTO DO RECURSO – RECURSO PROVIDO, COM DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS ACUSADOS.*

[...]

3 - Inobstante o provimento do Recurso em Sentido Estrito, importante frisar que, muito embora a jurisprudência dos Tribunais Superiores aponte para o desacolhimento da tese da prescrição em perspectiva, **esta Turma Julgadora tem reconhecido que a incidência do referido instituto sempre ocorre de maneira casuística, quando verificada a inviabilidade da tempestiva prestação jurisdicional.** Como se sabe, a prescrição retroativa antecipada, também chamada de prescrição virtual ou em perspectiva, consiste, assim, no reconhecimento da extinção da punibilidade, anteriormente à prolação da sentença, sob o argumento de que a eventual pena a ser aplicada em caso de condenação ensejaria, inevitavelmente, ou com grande margem de probabilidade, a prescrição retroativa da pretensão punitiva, tudo com base nos princípios da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da instrumentalidade do processo penal.

4 – Firmado, portanto, o entendimento pela possibilidade de aplicação casuística do instituto da prescrição virtual, cumpre verificar se, in casu, já transcorreu lapso temporal suficiente para a decretação da extinção da punibilidade. Conforme se percebe do andamento processual, o fato supostamente criminoso imputado ao denunciado teria ocorrido no dia 31.05.2004, sendo a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

peça de incoação recebida em 18.10.2007 (fl. 37). O feito careceu de marcha processual regular, tendo em vista, aparentemente, que o Cartório da Vara Criminal de origem deixou de cumprir o quanto determinado pelo ilustre Magistrado processante, no sentido de colacionar aos autos a certidão de antecedentes criminais dos inculcados. Após o cumprimento da diligência (fls. 43/45), determinou-se o encaminhamento dos autos ao Parquet, a fim de que se manifestasse acerca da possibilidade de suspensão condicional do processo (fl. 49), tendo o prazo, consoante certidão de fl. 51, transcorrido in albis. Retornando os autos conclusos, o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Valença declarou extinta a punibilidade dos denunciados, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 52/53), inexistindo, assim, outros marcos interruptivos da prescrição, senão o próprio recebimento da denúncia.

5 – Destarte, na situação em apreço, percebe-se que a prescrição em abstrato se operará no dia 17.10.2019, quando então terão transcorridos 12 (doze) anos, desde o recebimento da denúncia, razão pela qual não há como alcançar conclusão diversa daquela consignada na sentença proferida pelo Juízo sentenciante, ainda que por fundamento distinto. Conforme já declinado, colhe-se da denúncia que, no dia 31.05.2004, no interior da residência do primeiro denunciado, este foi surpreendido após efetuar manipulação interna do medidor de energia elétrica, realizada pelo segundo denunciado, que é eletricitista, para que o equipamento operasse com perda de valores de consumo em Kw/h, causando patentes prejuízos à empresa concessionária de energia elétrica, COELBA, consoante perícia realizada por peritos do DTP de Valença/BA, oficializada em laudo pericial acostado aos autos.

6 – Não há na peça de incoação o apontamento de quaisquer circunstâncias judiciais que refujam ao tipo penal supostamente violado, nem tampouco elementos indiciários que desabonem as qualidades pessoais do primeiro inculcado, Raimundo Pires Rodrigues. No que pertine, ao denunciado Raul Nunes, ainda que, consoante certidão de fls. 44/45, responda a diversas ações penais, não há prova de que já tenha havido condenação com trânsito em julgado, razão pela qual inviável será considerá-las, para fins de elevação da reprimenda, conforme entendimento expresso na súmula de nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, também adotada por esta Corte. Assim, fatalmente, em caso de condenação, as suas reprimendas não se afastariam exacerbadamente do mínimo legal – 02 (dois) anos de reclusão, o que ensejaria o pronto reconhecimento da extinção da sua punibilidade, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa. Em outras palavras, para que não ocorresse a perda do poder punitivo estatal, seria necessário que, tão somente em razão das circunstâncias judiciais, a sanção corporal fosse elevada em valor superior a quatro vezes o



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

patamar inicial e, ainda assim, a instrução processual se desenvolvesse em menos de 08 (oito) meses, e confirmadas, sob o crivo do contraditório, as causas de aumento de pena indicadas na peça de incoação. Importa considerar, também, que a súmula nº 438, do STJ, que veda a aplicação da chamada prescrição virtual, não possui caráter vinculante, inexistindo qualquer óbice para que esta Turma firme posicionamento em sentido contrário àquele esposado pela Colenda Corte Superior de Justiça.

7 – Parecer Ministerial pelo provimento do Recurso em Sentido Estrito.

RECURSO PROVIDO, COM DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS AGENTES, POR FORÇA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, EM SUA MODALIDADE VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA.

(TJBA - Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0003463-88.2006.8.05.0271, Relator(a): NILSON SOARES CASTELO BRANCO, Publicado em: 13/03/2019 – JULGADO POR MAIORIA DE VOTOS)

[Transcrição destacada]

Destarte, a vista de toda a fundamentação aqui externada, sopesada em cotejo com a realidade dos autos, tem-se, em alinhamento à compreensão explicitada pelos arestos aqui transcritos e igualmente adotados como fundamentação decisória, que a tese de reconhecimento da prescrição virtual ou em perspectiva comporta acolhimento, o que conduz ao improvimento do recurso ministerial.

Diante do quanto esgrimido, vota-se no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto

Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

31 de agosto de 2017

3ª Câmara Criminal

Habeas Corpus - Nº 1408852-28.2017.8.12.0000 - Maracaju

Relator : Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Impetrante : Joselaine Boeira Zatorre

Paciente : Irineu José Busatto

Advogada : Joselaine Zatorre dos Santos (OAB: 7449/MS)

Paciente : Luiz Fernando Bastos Lia

Advogada : Joselaine Zatorre dos Santos (OAB: 7449/MS)

Impetrado : Juiz(a) de Direito da 2ª Vara da Comarca de Maracaju

Interessado : Luiz Antonio Ferreira Cruz

E M E N T A – H A B E A S C O R P U S – C R I M E C O N T R A A O R D E M T R I B U T Á R I A , E S T E L I O N A T O E S U P R E S S ã O D E D O C U M E N T O – T R A N C A M E N T O D A A Ç ã O P E N A L – A U S Ê N C I A D E J U S T A C A U S A E P R E S S U P O S T O S P R O C E S S U A I S – P R E S C R I Ç ã O V I R T U A L A F E R Í V E L D E P L A N O – A U S Ê N C I A D O I N T E R E S S E D E A G I R – F A L T A D E J U S T A C A U S A – A R T I G O 3 9 5 , I I I , D O C P P – H I P Ó T E S E E X C E P C I O N A L – C O N S T R A N G I M E N T O I L E G A L – T R A N C A M E N T O D A A Ç ã O P E N A L .

I - O trancamento do inquérito policial ou da ação penal por ausência de justa causa é fato excepcional, somente possível diante de prova inequívoca de atipicidade do fato, de sua autoria ou da presença de causa extintiva da punibilidade.

II - A falta do interesse de agir, decorrente da verificação incontestada da ocorrência da prescrição virtual, deságua na ausência de justa causa para a propositura da ação penal, nos termos do inciso III do artigo 395, do Código de Processo Penal, impondo-se o trancamento da ação penal.

III – Ordem concedida, contra o parecer.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator (Des. Bonassini), vencida a 2ª Vogal (Desª. Maria Isabel).

Campo Grande, 31 de agosto de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela advogada Joselaine Boeira Zatorre em favor de Irineu José Busatto e Luiz Fernando Bastos Lia, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Maracaju/MS.

Segundo a inicial, os pacientes estão sendo processados pela suposta prática dos delitos tipificados no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 e artigos 171, §3º e 305 c/c 69 todos do Código Penal.

O impetrante alega que não há justa causa para a persecução penal, já que a conduta dos pacientes é legal, e o suposto crime imputado a eles estaria prescrito.

Com arrimo em tais colocações, requer a concessão do writ em caráter liminar, com o fito de que seja trancada a ação penal nº 000345.60.2013.8.12.0014.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 715 e as informações foram prestadas pela autoridade dita coatora fl. 720-721.

A f. 725-730 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

V O T O (E M 2 4 / 0 8 / 2 0 1 7)

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado por Joselaine Boeira Zatorre em favor de Irineu José Busatto e Luiz Fernando Bastos Lia, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Maracaju/MS, almejando, em síntese, o trancamento da ação penal nº 0000345.60.2013.8.12.0014 sob a alegação de constrangimento ilegal, primeiro em razão da ausência de condições da ação decorrente da atipicidade das condutas, e depois por entender verificada a prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa.

Segundo consta dos autos, os pacientes, responsáveis pela empresa de direito privado Busatto e Bastos LTDA, no dia 02 de fevereiro de 2001 teriam supostamente cometido delito contra a ordem tributária, bem como estelionato e supressão de documento, já que a empresa recebeu indevidamente, a título de compensação de ICMS, o valor de R\$ 796.207,92 (setecentos e noventa e seis mil, duzentos e sete reais e noventa e dois centavos).

Das condições da ação penal.

Aduz a impetrante a prescrição retroativa dos delitos de estelionato e supressão de documento imputados aos pacientes, uma vez que o prazo prescricional



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

para os delitos seria de 12 anos e a denúncia somente foi recebida após ter decorrido o prazo de 11 anos e 3 meses, sendo certo que mesmo que os pacientes venham a ser condenados ao dobro da pena mínima cominada aos crimes, a ação penal estará fulminada pela denominada prescrição retroativa.

O exercício do direito de ação está ligado às condições da ação (legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir), que são os requisitos mínimos indispensáveis para seu ajuizamento. A ausência do interesse de agir implica na inexistência de justa causa.

O interesse de agir relaciona-se à necessidade e utilidade do processo. Toda e qualquer ação penal, para que redunde na imposição de pena, necessita do processo. É a garantia do devido processo legal, prevista pelo artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. A utilidade atrela-se à eficácia e efetividade da ação.

Nesse campo, é inegável que uma das hipóteses de inutilidade da persecução penal, que resultará em sua completa ineficácia, ocorre quando se antevê, pela pena em concreto que poderá ser aplicada, a inevitável ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Tem-se a chamada prescrição virtual, também conhecida por antecipada ou em perspectiva, em muitos casos de fácil percepção, da qual resulta que o Estado, diante da possibilidade de que o processo chegue a seu final sem qualquer resultado benéfico à sociedade, não tem interesse em levar adiante a ação penal.

Recomendam o reconhecimento da falta de interesse de agir em tal hipótese os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de não se justificar a abertura de processo penal, com todas as suas implicações à vida do cidadão, quando o único resultado possível seria o desperdício de tempo e de dinheiro público, além de colaborar em muito com o aumento da lentidão judicial.

É de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", 15ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 395, a elucidativa lição:

"Segundo cremos, a prescrição virtual merece ser regulada por lei. Na atualidade, conforme o caso, parece-nos deva ser acolhida. Não para julgar extinta a punibilidade do réu, pois seria decisão ilegal, mas para determinar o arquivamento do inquérito, havendo pedido do Ministério Público, ou mesmo para rejeitar a denúncia ou queixa, por nítida falta do interesse de agir".

De ser notado que os crimes descritos pela denúncia ocorreram antes de 05 de maio de 2010, data da entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, que impede a prescrição retroativa para período anterior ao recebimento da denúncia. Ou seja, no caso dos autos, tal reconhecimento é possível, pois referida Lei é inaplicável, já que se trata de lei nova, de natureza material, que veio a prejudicar os pacientes. Assim, sua aplicação ao caso deles configura subversão à vedação da retroatividade da lei em desfavor do réu, estipulada pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal. Nesse sentido (sem grifos na fonte):

"APELAÇÃO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, C. C. 71, AMBOS DO CP. PRESCRIÇÃO COM BASE NA PENA IN CONCRETO RECONHECIDA



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

DE OFÍCIO. DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU. MÉRITO DA APELAÇÃO NÃO CONHECIDO. 1. A ocorrência da extinção da punibilidade do réu pela prescrição da pretensão punitiva estatal constitui matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer tempo, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal. 2. In casu, a sentença condenatória não foi objeto de recurso da acusação, pelo que a prescrição é regulada pela pena concretamente aplicada ao réu, nos termos do art. 110, §1º, do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos. 3. A Lei nº 12.234/2010, de 05 de maio de 2010, que revogou o §2º do artigo 110 do Código Penal, para excluir a prescrição na modalidade retroativa, vedando o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa é inaplicável ao caso, uma vez que configurada novação legislativa em prejuízo do apelante, o que fere a vedação constitucional da retroatividade em desfavor do réu (cf. art. 5.º, XL, da Constituição Federal). 4. Com o trânsito em julgado para a acusação, se faz possível o cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal com base na pena em concreto fixada na sentença (fls. 393/402), qual seja, 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. 5. Nos termos da Súmula nº 497 do Superior Tribunal Federal para fins de prescrição deve ser excluído o quantum referente à continuidade delitiva. A pena utilizada será de 02 (dois) anos. 6. O crédito tributário representado pela NFLD nº 35.826.780-3, referente aos períodos de 05/04 a 13/04; 05/05 a 07/05; 09/05 a 02/06 e 04/06 a 05/06, foi definitivamente constituído em 01.02.2007 (fl. 116), momento em que deve ser iniciada a contagem da prescrição. 7. A contagem do lapso prescricional interrompeu-se com o recebimento da denúncia ocorrida em 27.01.2012 (fl. 235), tendo sido a sentença publicada em 22.04.2015 (fl. 403). Logo, transcorreu lapso superior a quatro anos entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, dando causa à prescrição retroativa. 8. Apelação da defesa não conhecida ante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal". (TRF 3ª R.; ACr 0007870-54.2007.4.03.6104; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Fontes; Julg. 24/05/2017; DEJF 31/05/2017).

"APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. ART. 129, §9º DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR ARGUIDA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA ACOLHIDA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, JULGANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE. DEFERIMENTO DA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1) O prazo para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva é de 04 (quatro) anos, conforme dispõe o artigo 110, §1º c/c artigo 109, inciso V, do Código Penal, com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010, que não impedia que fossem levados em consideração o marco anterior ao recebimento da denúncia, ante o fato ter ocorrido no ano de 2008 e tratar-se de Lei Penal material, ou seja, que não deve retroagir para prejudicar o réu, devendo ser aplicada a Lei do momento do fato. Compulsando os autos, vê-se que o fato imputado ao apelante ocorreu no dia 11/02/2008, enquanto a denúncia foi recebida em 23/10/2014 (fls. 222/223), sendo a sentença penal condenatória publicada apenas em 08/04/2016 (fls. 274/285). Portanto, entre a data do fato e do recebimento da denúncia, transcorreram mais de 06 (seis) anos, ficando superado o lapso prescricional previsto nos artigos 110, §1º (em sua antiga redação)



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

c/c artigo 109, inciso V, do Código Penal. 2) Os fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.234/2010 podem ser abarcados prescrição retroativa levando em consideração marco interruptivo anterior ao recebimento da denúncia, uma vez que se trata um instituto de Direito Penal material, sendo possível a sua retroatividade, visto ser mais benéfica. 3) (...)." (TJES; Apl 0003882-85.2008.8.08.0035; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalberto Dias Tristão; Julg. 14/06/2017; DJES 21/06/2017).

Portanto, diante de tais premissas verifica-se a possibilidade de o interesse de agir do Estado encontrar-se tolhido pela ocorrência da prescrição virtual em relação a cada um dos três delitos sob análise.

Conforme consta da denúncia, os pacientes praticaram condutas tipificadas nos artigos 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990, 171, § 3º, e 305, do Código Penal.

Analisadas separadamente tem-se que a relativa ao art. 171, § 3º, do Código Penal (*obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio mediante artifício ou ardil*), cuja pena vai de 01 a 05 anos de reclusão e multa, teria ocorrido no dia 02 de fevereiro de 2001 (f. 23 dos autos).

A de suprimir documento particular em benefício próprio de que não poderiam dispor, prevista pelo artigo 305, do Código Penal, abstratamente punida com reclusão de 01 a 05 anos e multa, teria ocorrido em data não bem especificada pela inicial acusatória, antes do ano de 2001.

Por fim, a de fraudar a fiscalização tributária, omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal, penalizada pelo artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 com reclusão de 02 a 05 anos, também teria ocorrido em data não bem especificada pela inicial acusatória, antes ano de 2001.

Naquela época vigorava o § 2º do artigo 110 do Código Penal, com a redação anterior à dada pela Lei nº 12.234/2010, de forma que a prescrição deve ser regulada pela regra então vigente, ou seja, o prazo prescricional a ser computado é o que decorre entre 02 de fevereiro de 2001 (data dos fatos) e 22 de janeiro de 2013 (data do recebimento da denúncia).

A pena máxima *in abstracto* prevista para cada um dos delitos em questão é de 05 (cinco) anos. Portanto, mesmo que viessem a ser apenados com a sanção máxima, a prescrição verificar-se-ia no prazo de 12 (doze) anos, conforme previsto pelo inciso III do artigo 109 do Código Penal.

E como se pode ver pelas condições pessoais dos mesmos e, principalmente, pela consideração do princípio da proporcionalidade, nenhum deles jamais poderia receber a pena máxima.

Aliás, bom que se destaque, a denúncia somente veio a ser recebida quando restava 01 (um) mês para ser atingido o marco final para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva abstrata.

Em tal hipótese, ausente o interesse de agir por parte do Estado, pois ao final da instrução criminal, que se desenha longa e difícil, chegar-se-á à inexorável conclusão de que, pela pena *in concreto*, ter-se-á verificado a prescrição da pretensão punitiva retroativa, posto que para tanto, como visto, dever-se-á considerar o período entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia.

Presente, portanto, uma das excepcionais hipóteses em que se



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

permite o trancamento da ação penal, posto inexistir a justa causa. O princípio da razoabilidade não abarca situações como esta, em que o prosseguimento da demanda, sem resultado útil algum, implique apenas em desperdício do dinheiro público, tomada de tempo do magistrado, em detrimento de tantas outras atividades necessárias, que aguardam julgamento.

A falta do interesse de agir deságua na ausência de justa causa para a propositura da ação penal, nos termos do inciso III do artigo 395, do Código de Processo Penal, não restando outro caminho que não o do acolhimento do pedido inicial para, por falta de uma das condições da ação, **determinar-se o trancamento da presente ação penal.**

Face ao exposto, encaminho voto no sentido de **conceder a ordem, a fim de determinar o trancamento da presente ação penal**, intentada contra os pacientes Irineu José Busatto e Luiz Fernando Bastos Lia, com extensão ao codenunciado Luiz Antônio Ferreira da Cruz.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA 2ª VOGAL (DESª MARIA ISABEL DE MATOS ROCHA), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL CONCEDEREM A ORDEM, A FIM DE DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

V O T O (E M 3 1 / 0 8 / 2 0 1 7)

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (2ª Vogal)

Trata-se de *HABEAS CORPUS* impetrado em favor dos pacientes **IRINEU JOSÉ BUSATTO** e **LUIZ FERNANDO BASTOS LIA**.

Excepcionalmente, o Relator entendeu inexistir justa causa, hipótese esta que permite o trancamento da ação penal, tendo decidido nos termos a seguir:

“A pena máxima in abstracto prevista para cada um dos delitos em questão é de 05 (cinco) anos. Portanto, mesmo que viessem a ser apenados com a sanção máxima, a prescrição verificar-se-ia no prazo de 12 (doze) anos, conforme previsto pelo inciso III do artigo 109 do Código Penal.

E como se pode ver pelas condições pessoais dos mesmos e, principalmente, pela consideração do princípio da proporcionalidade, nenhum deles jamais poderia receber a pena máxima.

Aliás, bom que se destaque, a denúncia somente veio a ser recebida quando restava 01 (um) mês para ser atingido o marco final para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva abstracta.

Em tal hipótese, ausente o interesse de agir por parte do Estado, pois ao final da instrução criminal, que se desenha longa e difícil, chegar-se-á à inexorável conclusão de que, pela pena in concreto, ter-se-á verificado a prescrição da pretensão punitiva retroativa, posto que para



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

tanto, como visto, dever-se-á considerar o período entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia.

Presente, portanto, uma das excepcionais hipóteses em que se permite o trancamento da ação penal, posto inexistir a justa causa. O princípio da razoabilidade não abarca situações como esta, em que o prosseguimento da demanda, sem resultado útil algum, implique apenas em desperdício do dinheiro público, tomada de tempo do magistrado, em detrimento de tantas outras atividades necessárias, que aguardam julgamento.

*A falta do interesse de agir deságua na ausência de justa causa para a propositura da ação penal, nos termos do inciso III do artigo 395, do Código de Processo Penal, não restando outro caminho que não o do acolhimento do pedido inicial para, por falta de uma das condições da ação, **determinar-se o trancamento da presente ação penal.***

*Face ao exposto, encaminho voto no sentido de **conceder a ordem, a fim de determinar o trancamento da presente ação penal**, intentada contra os pacientes Irineu José Busatto e Luiz Fernando Bastos Lia, com extensão ao codenunciado Luiz Antônio Ferreira da Cruz.*

É como voto.”

Peço vênia ao d. Relator para divergir, eis que entendo ser incabível a prescrição virtual ser reconhecida, até mesmo no caso atelado.

Quanto à prescrição virtual, o e. Superior Tribunal de Justiça já firmou a orientação jurisprudencial no sentido de ser impossível o seu reconhecimento, ante a ausência de previsão legal, editando, para tanto, a súmula 438, *in verbis*:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Antes mesmo da edição de referida súmula, tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como a do Supremo Tribunal Federal já se revelavam unânimes no sentido da inadmissibilidade do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva ou virtual, ou seja, em face de pena hipotética, dada a ausência de previsão legal.

O tema, inclusive, foi reafirmado pelo Pretório Excelso em sede de repercussão geral, consoante extrai-se dos seguintes arestos:

"EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

acerca da inadmissibilidade de extinção da punibilidade em virtude da decretação da assim chamada prescrição em perspectiva e deu provimento ao recurso do Ministério Público. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Brito. Plenário, 19.11.2009." (STF - RE 602527 RG-QO/RS - Repercussão Geral - Recurso Extraordinário. Rel. Min. Cezar Peluso. julg. em 19/11/2009).

AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva "em perspectiva, projetada ou antecipada". Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal." (RE 602527 QO-RG/RS - RIO GRANDE DO SUL; REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 19/11/2009; REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO; DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009; EMENT VOL-02387-11 PP-01995)."

Desde então, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado esse entendimento. Confira-se os recentes julgados:

"Habeas corpus. 2. Redução à condição análoga à de escravo - CP 149, caput e § 2º., I. 3. Alegações de falta de justa causa e reconhecimento da prescrição antecipada. Não ocorrência e inadmissibilidade. 4. Satisfeitos os requisitos do CPP 41 e não comprovadas, de plano, atipicidade, incidência de causa extintiva de punibilidade ou ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Inadmissível a prescrição punitiva em perspectiva, projetada, virtual ou antecipada à minguada de previsão legal. Jurisprudência reafirmada no RE 602.527/RS. 5. Precedentes. 6. Ordem denegada." (HC 102439, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2013 PUBLIC 13-02-2013)

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME PERMANENTE. BENEFICIÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL. INÍCIO DA CONTAGEM. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM. INCOGNOSCIBILIDADE. INSTITUTO NÃO ACOLHIDO PELO E. STF. (...) 6. A prescrição em perspectiva, projetada ou antecipada, mercê da ausência de previsão legal, é inadmissível de ser conhecida e acolhida. (RE 602527 QO-RG/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ de 18/12/2009). 7. Parecer pela denegação da ordem. 8. Ordem denegada." (HC 102491/RJ - RIO DE JANEIRO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. LUIZ FUX; Julgamento: 10/05/2011; Órgão Julgador: Primeira



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Turma; Publicação: DJe-099 DIVULG 25-05-2011 PUBLIC 26-05-2011; EMENT VOL-02530-01 PP-00179).

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA INUTILIDADE DO PROCESSO-CRIME. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. (...) 2. Na concreta situação dos autos, não tenho por atendidos os pressupostos para o encerramento extemporâneo da ação penal. É que o Supremo Tribunal Federal rejeita a construção doutrinária da chamada prescrição em perspectiva ou prescrição antecipada. Isso, em síntese, por ausência de previsão legal da pretendida causa de extinção da punibilidade. Confirmam-se, por amostragem, os seguintes precedentes: HC 88.087, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; HC 82.155, da relatoria da ministra Ellen Gracie; HC 83.458 e RHC 86.950, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; RHC 76.153, da relatoria do ministro Ilmar Galvão, entre outros. E, mais recentemente, a Questão de Ordem no RE 602.527, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 3. Ordem denegada." (HC 99614/SC - SANTA CATARINA; HABEAS CORPUS: Relator(a): Min. AYRES BRITTO; Julgamento: 22/03/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJe-124 DIVULG 29-06-2011 PUBLIC 30-06-2011; EMENT VOL-02554-01 PP-00009).

INQUÉRITO. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. A tese da chamada prescrição antecipada é, há muito, rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes (HC 96.653, também de minha relatoria DJ de 23.10.2009; RHC 94.757, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 31.10.2008; HC 94.729, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 26.9.2008; HC 88.818, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.8.2006; HC 83.458, de minha relatoria, DJ de 6.2.2004; e HC 82.155, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 7.3.2003). Se o acórdão embargado não exhibe quaisquer das omissões apontadas pelo embargante, como no caso, impõe-se a rejeição dos embargos de declaração, os quais não se prestam para provocar o reexame, puro e simples, de matéria já apreciada, com o objetivo de modificar a conclusão do que já decidido. Embargos de declaração rejeitados." (Inq 1695 ED/DF - DISTRITO FEDERAL; EMB.DECL. NO INQUÉRITO; Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento: 11/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJe-049 DIVULG 15-03-2011 PUBLIC 16-03-2011; EMENT VOL-02482-01 PP-00001Parte)."

Na mesma esteira, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 438/STJ. IRRETROATIVIDADE DE ENUNCIADO SUMULAR. NÃO



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Assim, na falta de previsão legal, não se há falar em prescrição em perspectiva da pretensão punitiva do Estado, conforme dispõe o verbete n. 438 da Súmula desta Corte.

2. "A irretroatividade se refere, tão somente, à lei penal menos gravosa e a jurisprudência representa apenas a interpretação da norma penal" (RHC 38.506, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 64.520/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 438/STJ.

1. A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e eventual sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva se regula pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

2. Inteligência do enunciado 438 da Súmula do STJ: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal." 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 565.277/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015)."

A jurisprudência desta Corte não discrepa:

"EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTS. 38 E 48, DA LEI N. 9.605/98. REJEIÇÃO DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 438 DO STJ. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROVIMENTO I. A prescrição virtual ou antecipada é carente de previsão legal, dado que fundamentada em pena hipotética, o que representa afronta aos princípios da presunção de inocência e o da individualização da pena. II. Outrossim, a inadmissibilidade do reconhecimento da prescrição virtual é firmada tanto pelo e. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 438. como pelo e. Supremo Tribunal Federal. RE 602527 julgado em sede de repercussão geral. III. Recurso improvido. Com a PGJ. (TJMS; EI-Nul 0802385-02.2015.8.12.0017; Seção Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 14/02/2017; Pág. 46)



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DECISÃO QUE APLICOU A PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - JURISPRUDÊNCIA DO STF PACIFICADA E SÚMULA 438 DO STJ PELA INADMISSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. Não há previsão legal para o reconhecimento da prescrição virtual ou em perspectiva. Além disso, a jurisprudência do STF uniformizou entendimento e o STJ editou a Súmula 438, pela inadmissibilidade da prescrição diante de pena hipotética. Decisão singular anulada. Retorno dos autos ao juízo a quo para prolação da sentença de mérito. COM O PARECER RECURSO PROVIDO." (Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 21/09/2016; Data de registro: 23/09/2016)

EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME AMBIENTAL (ART. 38 E ART. 48 DA LEI 9605/98) - RECURSO MINISTERIAL - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E POSTERIOR REJEIÇÃO EX OFFICIO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA - INVIABILIDADE - OPERADA PRECLUSÃO PRO JUDICATO - DENÚNCIA PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP - PROSSEGUIMENTO DO FEITO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA - INVIABILIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - RECURSO PROVIDO. 1. A presença das condições da ação (no caso, para admissibilidade da denúncia) deve ser analisada por ocasião do recebimento da peça acusatória, momento em que o juiz a rejeitará ou aceitará. Assim, se a denúncia foi recebida, não é permitido que tal decisão seja objeto de reconsideração, pois no caso verificou-se a ocorrência da preclusão pro judicato. 2. Não é permitida a rejeição da denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP, porquanto demonstra os fatos supostamente criminosos, com as suas circunstâncias e o possível envolvimento do acusado no delito em tese, de forma suficiente para a deflagração da ação penal. 3. Incabível a rejeição da denúncia pelo reconhecimento da extinção da punibilidade em decorrência da denominada prescrição antecipada, virtual ou em perspectiva, pois não existe previsão para tal no ordenamento jurídico penal vigente. Com o parecer, recurso provido." (Relator(a): Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 11/07/2016; Data de registro: 25/07/2016)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PROCESSO PENAL - CRIMES AMBIENTAIS - RETRATAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA - NULIDADE NÃO RECONHECIDA - JUSTA CAUSA - CAPITULAÇÃO DAS CONDUTAS DO ACUSADO EM 02 (DOIS) DELITOS - ELEMENTOS INFORMATIVOS SUFICIENTES - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA - MANUTENÇÃO DO RECEBIMENTO - PROVIMENTO. Inocorre nulidade na retratação da decisão que recebe a denúncia, uma vez que inexiste a análise sistemática do ordenamento processual penal permite extrair a possibilidade de nova realização de



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

juízo de admissibilidade da ação penal, após o oferecimento da defesa prévia. Havendo elementos informativos suficientes da prática de 02 (dois) delitos ambientais, deve-se permitir o exercício da persecutio criminis, mormente em se tratando de crime permanente. Não é possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na prescrição virtual, ante sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente no país. Recurso em Sentido Estrito ministerial a que se dá provimento, ante a constatação de justa causa para a persecução penal."(Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 10/07/2016; Data de registro: 22/07/2016)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES AMBIENTAIS. RECURSO MINISTERIAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS RECEBIMENTO INICIAL E APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA PELO ACUSADO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO. *Não pode o juiz, após ter se manifestado sobre a admissibilidade da acusação, com o recebimento da denúncia, simplesmente voltar atrás, e rejeitar a denúncia, sob o argumento de ausência de justa causa, em prejuízo à segurança jurídica, porquanto operada em relação ao magistrado a preclusão pro judicato. Quando na denúncia os fatos tidos como delituosos imputados ao denunciado são devidamente descritos, ou seja, de forma clara e lógica, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes e contendo a peça os demais elementos previstos no art. 41 do CPP, não há falar em sua rejeição, devendo ser determinado o prosseguimento da ação penal, com fulcro no Enunciado n. 709 da Súmula do STF. É inadmissível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, o que enseja a denominada prescrição virtual ou antecipada, não admitida pelo STF e STJ, com reconhecimento, inclusive, de repercussão geral no STF e matéria sumulada no STJ, a teor do enunciado contido na Súmula nº 438. Soma-se a isso, ainda, a ausência de previsão legal para admissão dessa forma de prescrição. (TJMS; RSE 0802363-41.2015.8.12.0017; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 17/06/2016; Pág. 67)."*

Diante de tais considerações, a prescrição somente deve ser proclamada em função de condenação real e concreta, até porque circunstâncias poderão advir que elevarão a pena, além da previsão do julgador, sob pena de afronta aos princípios da presunção de inocência e da individualização da pena.

Ademais, cito as razões esposadas no Parecer pelo douto Procurador de Justiça, as quais valho-me como razões de decidir, extraindo-se (f. 725/730):

"No caso dos autos, os pacientes, não reincidentes e maiores de 21 anos à época dos fatos, foram denunciados pela prática dos seguintes



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

delitos: a) crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, que prevê pena de reclusão de 2 a 5 anos, e multa; b) estelionato (art. 171, §3º, do Código Penal), o qual prevê pena de reclusão de 1 a 5 anos, e multa; c) supressão de documento (art. 305 do Código Penal), que prevê pena de reclusão de 1 a 5 anos, e multa, se o documento é particular.

O art. 119 do Código Penal: "No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente." Portanto, deverá ser avaliada a prescrição de cada um dos crimes previstos em tela, de forma isolada.

Sendo assim, com base no art. 109, inc. III, do Código Penal, para cada um dos crimes o prazo prescricional será estabelecido em doze anos, uma vez que a pena máxima prevista não excede a oito anos.

Desta forma, diferentemente do alegado pela defesa, tem-se que o recebimento da denúncia em 22.1.2013 (f. 929 dos autos nº 0000345-60.2013.8.12.0014) interrompeu o prazo prescricional, sendo certo que entre a data dos fatos aposta na denúncia, qual seja, 2.2.2001, e o recebimento da peça acusatória inicial, não transcorreu período de tempo igual ou superior a 12 anos, não havendo que se falar em prescrição.

Ademais, a prescrição retroativa, com efeito, será verificada pelo transcurso de lapso temporal transcorrido entre o recebimento da denúncia, no dia 22.1.2013, e a data de publicação da sentença, motivo pelo qual não há que se falar em prescrição retroativa no caso dos autos, uma vez que não houve sentença e, conseqüentemente, pena a ser imputada aos pacientes para o cálculo da prescrição, a qual deve ser contada a partir do último marco interruptivo no processo, qual seja, o recebimento da denúncia.

Enfim, resta demonstrado que a impetração não merece acolhida."

CONCLUSÃO:

Ante ao exposto, com o Parecer, **denego a presente ordem de Habeas Corpus** impetrada em favor de **IRINEU JOSÉ BUSATTO** e **LUIZ FERNANDO BASTOS LIA**

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR (DES. BONASSINI), VENCIDA A 2ª VOGAL (DESª. MARIA ISABEL).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Campo Grande, 31 de agosto de 2017.

ac