

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM PERSPECTIVA: UMA (IM)POSSIBILIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS-PENAI

PRESCRIPTION OF PUNITIVE INTENTION FOR PENALTY IN PERSPECTIVE: (IM)POSSIBILITY IN VIEW OF CRIMINAL PROCEDURAL PRINCIPLES

Matheus Oliveira e Silva ¹(UEG)

Natasha Gomes Moreira Abreu² (PG-UFG/UEG)

Resumo: O presente artigo científico tem como principal objetivo analisar a controvérsia gerada pela aplicação da prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva nas decisões de primeira e segunda instância e a Súmula 438 do STJ, bem como a compatibilidade do instituto da prescrição virtual com o ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, serão abordadas as condições da ação e a sua relação com a prescrição virtual. Em seguida, será retratada a prescrição penal, discriminando suas espécies atualmente positivadas. Após, tratar-se-á da prescrição virtual, analisando a aceitação do instituto na jurisprudência pátria, a aplicação em decisões de primeira instância e a possibilidade de sua utilização frente aos princípios processuais penais. Na oportunidade, pretende-se elencar os argumentos utilizados tanto por aqueles que se dizem contrários quanto pelos que são favoráveis à prescrição virtual, de modo que se possa concluir que a prescrição virtual é um instituto exequível e necessário. Como metodologia de pesquisa foi utilizada a revisão de literatura e pesquisa de campo com análise de autos findos da Comarca de Santa Cruz.

Palavras-chave: Prescrição penal. Prescrição virtual. Interesse de agir. Extinção da punibilidade.

Abstract: *The main objective of this scientific article is to analyze the controversy generated by the application of the prescription of the punitive claim for the penalty in perspective in the decisions of first and second instance and the summary 438 of the STJ, as well as the compatibility of the institute of the virtual prescription with the legal system country. Initially, the conditions of the action and its relationship with the virtual prescription will be addressed. Then, the criminal prescription will be portrayed, discriminating against its currently positive species. Afterwards, it will be about the virtual prescription, analyzing the acceptance of the institute in the national jurisprudence, the application in first instance decisions and the possibility of its use in front of the criminal procedural principles. On occasion, it is intended to list the arguments used both by those who are against and by those who are in favor of virtual prescription, so that it can be concluded that virtual prescription is a feasible and necessary institute. As a research methodology, a bibliographic review and field research were used with analysis of cars found in the Santa Cruz.*

¹Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Goiás (UEG), Pires do Rio, Goiás, Brasil. E-mail: matheusoliveiraesilva2016@gmail.com

² Docente no curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG) – Unidade de Pires do Rio, Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG), Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito e Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (PPGDH-UFG), Goiânia, Goiás, Brasil. Bolsista FAPEG. E-mail: natasha.abreu@ueg.br.

Keywords: *Penal prescription. Virtual prescription. Interest to act. Extinction of punishment.*

Introdução

A prescrição penal, conceituada como a perda do direito do Estado de aplicar a pena ou de executá-la, em virtude de sua inércia ao longo do tempo, é um dos assuntos que mais chamam a atenção no Direito Penal Brasileiro. Nesse sentido, o presente trabalho busca apresentar os principais conceitos envolvendo a prescrição penal, em especial uma de suas espécies, qual seja a prescrição virtual.

A prescrição pela pena em perspectiva ou prescrição virtual, tratada por muitos como uma espécie de prescrição penal, não é, conforme se demonstrará adiante, uma causa extintiva de punibilidade, sendo, em verdade, uma hipótese de extinção do interesse de agir no processo penal, a partir de um exercício de projeção, levando em consideração uma provável pena a ser aplicada pelo juiz, antes mesmo de haver uma sentença ou um acórdão condenatório.

Não obstante, o tema ora analisado gera grande controvérsia entre os operadores do Direito, haja vista que, enquanto algumas decisões de primeira e segunda instância valem-se do referido instituto, a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) veda a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Desse modo, tem-se que o tema prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva merece muita atenção, seja do ponto de vista social, acadêmico ou econômico. Do ponto de vista acadêmico, relaciona-se à busca, por parte dos estudiosos do Direito, da efetividade da tutela jurisdicional, estando o referido tema ligado diretamente ao interesse de agir e ao resultado útil do processo. Por sua vez, na perspectiva econômica, o tema ora analisado é de suma importância, pois está diretamente associado ao princípio da economia processual e à movimentação desnecessária da máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso.

No que tange ao quadro social, trata-se de tema muito importante, visto que se relaciona intrinsecamente à vida das pessoas, seja por intermédio de prisões preventivas arbitrárias por conta da prática de crimes que, posteriormente, serão considerados prescritos, e também por meio da imagem da justiça pública frente à sociedade. Outrossim, o principal objetivo do presente trabalho é demonstrar a utilidade da aplicação da prescrição virtual no Direito Penal Brasileiro, analisando-se este instituto de modo que melhor corresponda às

finalidades jurídicas e econômicas, com a finalidade de assegurar plenamente a tutela de interesses da sociedade, sempre visando tornar o Direito cada vez mais atual, dinâmico e efetivo em relação aos fins a que se destina.

O trabalho apoiou-se em pesquisa bibliográfica e de campo com análise de processos criminais nº 0501411-82.2008.8.09.0141 e 0109486-29.2018.8.09.0141, da Comarca de Santa Cruz de Goiás/GO.

1 Condições da Ação Penal

O direito de ação pode ser conceituado como a faculdade subjetiva pública que possui qualquer indivíduo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Ocorre que as pessoas não podem pleitear perante o Estado demandas ilegítimas e incabíveis, razão pela qual, em cumprimento ao postulado da economia processual, têm-se as condições genéricas da ação, a fim de se preservar a lisura e a eficiência das demandas apresentadas ao Judiciário.

Desse modo, observa-se que as condições genéricas da ação essencialmente são: a) possibilidade jurídica do pedido; b) legitimidade das partes; e c) interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido diz respeito à necessidade da pretensão do autor ser admitida pelo direito material. Nota-se que um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, que autoriza a rejeição da peça acusatória com fundamento no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, é o oferecimento de denúncia com a imputação de conduta que não constitui crime.

Sendo assim, infere-se que toda pretensão pleiteada perante o Poder Judiciário por intermédio de uma ação deve possuir, ao menos, admissibilidade legal, a fim de que possa ser suscetível de conhecimento por parte do juiz. A legitimidade da parte, enquanto condição da ação, relaciona-se à pertinência de se figurar no polo ativo ou passivo da relação jurídica. Na seara processual penal, os crimes que são de ação pública possuem como legitimado ativo o Ministério Público. Lado outro, no tocante às ações penais privadas, em regra, o legitimado é a vítima ou seu representante legal. Por sua vez, a legitimidade passiva ocorre em relação ao suposto autor do fato. Posto isso, tem-se que quem ingressa em juízo deve possuir legitimidade para fazê-lo.

O interesse de agir resulta da necessidade/utilidade/adequação de buscar o Poder Judiciário com a finalidade de obter algo que, de outra maneira, não se poderia alcançar. A necessidade está contida no fato de o autor não poder obter o bem da vida objetivado sem a

apropriada intervenção do Poder Judiciário. Já a adequação diz respeito à consonância que deve existir entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter. Por último, e não menos importante, a utilidade compreende o grau de eficácia que a prestação jurisdicional possui para atender ao interesse do autor, ou seja, apenas haverá utilidade se houver possibilidade de aplicação do *jus puniendi*.

Nesta senda, cumpre mencionar que o interesse de agir é de suma importância para o estudo da prescrição virtual, na medida em que esta ocorre com a análise prospectiva da inutilidade do processo, levando-se em conta que, em determinado caso concreto, a possível pena aplicada já estaria fulminada pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. Logo, não faz nenhum sentido prosseguir com ações que não se mostrem aptas à concretização de seus objetivos.

2 Prescrição penal

Preliminarmente, insta dizer que a prescrição penal ocorre em razão da inação estatal e é caracterizada pela perda do direito que o Estado tem de punir ou de executar uma punição imposta a quem praticou uma infração penal. A prescrição penal relaciona-se à necessidade de segurança jurídica, bem como ao interesse social, não sendo razoável que o indivíduo passe toda a sua vida sem saber se será eventualmente punido por uma conduta que, anos após a sua prática, tornou-se sem relevância para a sociedade.

O instituto ora abordado pode ser classificado em dois grupos principais, quais sejam o da prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, pondo fim ao direito de punir do Estado, e o da prescrição da pretensão executória, que acontece após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, impossibilitando o Estado de executar a punição.

A prescrição da pretensão punitiva impede a própria formação do título executivo pelo Estado, dada sua inércia por determinado período. Ela se divide em: prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou em abstrato, prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente e prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Também conhecida como prescrição pela pena em abstrato, a prescrição da pretensão propriamente dita é a extinção da punibilidade em razão do decurso do prazo em que o Estado permanece inerte, calculada pelo tempo máximo da pena prevista em abstrato para o

delito. Nessa modalidade o direito de punir do Estado, o *ius puniendi*, falece antes mesmo de ser imposta a pena pelo juízo, ainda que de maneira provisória em primeira instância.

A análise acerca da ocorrência de prescrição da pretensão propriamente dita ocorre por intermédio da pena máxima prescrita no tipo penal, bem como ao seu correspondente prazo prescricional, previsto no rol do artigo 109 do Código Penal. Não obstante, nota-se, ainda, que no caso concreto deve ser levado em consideração o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, previsto no artigo 111 do Código Penal, e as causas suspensivas e interruptivas de prescrição, insertas, respectivamente, nos artigos 116 e 117, ambos do Código Penal.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente ocorre a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e leva em conta a pena concretamente aplicada. Desse modo, ao se analisar a sua ocorrência devem ser observados os períodos “para frente” da sentença condenatória recorrível, considerando a pena efetivamente aplicada ao acusado e os prazos previstos nos incisos do artigo 109 do Código Penal.

A prescrição da pretensão punitiva retroativa é aquela considerada após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, tendo termo anterior à sentença condenatória. Trata-se da perda do direito de punir estatal, em razão do decurso de prazo que é verificado no passado, levando em consideração a pena aplicada, porém em relação a período anterior à condenação.

Com o advento da Lei nº 12.234/2010 a aplicação da prescrição da pretensão punitiva retroativa sofreu limitação, sendo certo que, em relação aos fatos que ocorreram posteriormente à edição do referido diploma legal, esta modalidade de prescrição não pode mais ser calculada entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da inicial acusatória.

Nesse sentido, tem-se que, em relação aos fatos que ocorreram após a Lei nº 12.234/2010, a prescrição retroativa pode ser aplicada apenas entre a sentença ou o acórdão condenatório recorrível e o recebimento da denúncia ou queixa, regulando-se pela pena efetivamente imposta em conjunto com as bases previstas nos incisos do artigo 109 do Código Penal.

A prescrição da pretensão executória é a perda do poder do Estado de executar a sanção imposta ao réu. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ)

entende que a prescrição executória começa a correr do trânsito em julgado para a acusação, ainda que a pena ainda não possa ser executada³.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal (STF) possuísse jurisprudência no mesmo sentido⁴, a Primeira Turma da Suprema Corte passou a se pronunciar de maneira diversa, considerando que não se inicia a contagem do prazo da prescrição executória até que haja o trânsito em julgado para ambas as partes⁵. Diante da controvérsia, o STF vai decidir de forma conclusiva sobre o tema no ARE 848107, com repercussão geral reconhecida, sobre o tema.

Ademais, em relação aos termos iniciais do decurso do prazo da prescrição da pretensão executória, nota-se que estão descritos no artigo 112 do Código Penal. O prazo da prescrição da pretensão executória é calculado com base na pena efetivamente aplicada pelo Estado e leva em conta as previsões do artigo 109 do Código Penal, todavia, nos casos de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional (LC), a correspondência será feita a partir do que resta da pena aplicada, nos termos do artigo 113 do Código Penal.

Por último, ressalta-se que as causas suspensivas e interruptivas da prescrição da pretensão executória estão previstas, respectivamente, nos artigos 116 e 117, ambos do Código Penal.

3 Prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva ou virtual

A prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva, antecipada ou virtual é aquela calculada a partir de um exercício de projeção, levando em consideração uma provável pena a ser aplicada pelo juiz, antes mesmo de haver uma sentença ou acórdão condenatórios. Como se trata de hipótese de pena aplicada ao caso concreto, ainda que apenas projetada, os prazos são fixados a partir dela, utilizando-se os parâmetros do artigo 109 do Código Penal.

A análise de possível ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva deve ser feita observando-se a data posterior ao recebimento da inicial acusatória e anterior à publicação de eventual sentença condenatória, sendo que, nos crimes cometidos antes da Lei nº 12.234/2010, que vedou expressamente o cálculo prescricional com retroação a termo

³ STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1764481/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021.

⁴ HC 113715

⁵ RE 696.533/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento em 06/02/2018

anterior ao recebimento da inicial, também se pode vislumbrar o reconhecimento da prescrição virtual levando em conta a data da consumação do crime e a data do recebimento da inicial acusatória.

Conforme será demonstrado adiante, muito se discute na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza jurídica da prescrição em perspectiva: enquanto grande parte da jurisprudência aduz que o instituto da prescrição virtual seria mais uma espécie da prescrição punitiva, a doutrina, ao que parece mais adequado, considera que a natureza jurídica da prescrição antecipada é de carência de ação, em virtude da ausência do interesse de agir.

Em relação ao posicionamento jurisprudencial, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao proceder à elaboração da Súmula 438, considerou: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Ademais, a jurisprudência majoritária de alguns tribunais reconhece a prescrição virtual como espécie de prescrição punitiva e, conseqüentemente, como causa de extinção da punibilidade, tais como nas decisões proferidas pelo TJ-PE (APR: 5313522 PE, Relator: Fausto de Castro Campos, Data de Julgamento: 29/10/2019, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/11/2019), TJ-MG (APR 10324130012234001 MG, Relator: Alexandre Victor de Carvalho, Data do Julgamento 26/11/2019, Data da Publicação: 02/12/2019), TJ-GO (RSE 0214670-59.2007.8.09.0011 APARECIDA DE GOIANIA, Relator: DES. J PAGANUCCI JR., Data de Julgamento: 14/11/2013, 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 1435 de 27/11/2013), dentre outros.

Por sua vez, doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci⁶, Francisco Afonso Jawsnicker⁷, Paulo Afonso Brum Vaz⁸, Renato Brasileiro de Lima⁹ e Rogério Sanches Cunha¹⁰ entendem que a ocorrência da prescrição virtual é mera perda superveniente do interesse de agir, haja vista que nesses casos ocorre a inutilidade do processo, levando em conta que não faz

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal, 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191

⁷ JAWSNICKER, Francisco Afonso, Prescrição Penal Antecipada, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 141

⁸ 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, n. 25, 29 ago. 2008

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado, 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 127

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333

sentido prosseguir com um processo fadado ao fracasso, por intermédio do qual a aplicação de possível pena já estaria fulminada pela prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Inclusive, na prática há casos em que o próprio Ministério Público, seguindo o entendimento doutrinário acima, pede o arquivamento do inquérito ou processo com base na prescrição virtual, haja vista o entendimento do órgão ministerial de que não existe interesse de agir quando, projetada a pena que deve ser aplicada pelo juiz, for possível antever que haverá o reconhecimento da prescrição retroativa.

A aplicação da prescrição virtual da pena gera grande controvérsia, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt¹¹, Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹², Carla Rahal Benedetti¹³ e Maurício Zanoide de Moraes¹⁴ se opõem à utilização do referido instituto, sob os argumentos de que a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva ofende aos princípios da legalidade, obrigatoriedade da ação penal e presunção de inocência.

Segundo este argumento, o instituto da prescrição virtual não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual não pode ser aplicado pelo juiz. Esse foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao editar a Súmula 438.

Veja-se o posicionamento da jurisprudência:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Número: 0019506-73.2017.8.09.0087
Comarca : Itumbiara Recorrente : Ministério Público do Estado de Goiás Recorrido : Sandro de Castro Rosa Relatora : Desembargadora Lília Mônica de Castro Borges Escher EMENTA RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA CASSADA. 1) Não se compatibiliza com o ordenamento jurídico em vigor, o reconhecimento da prescrição virtual (antecipada ou em perspectiva), fundado em juízo hipotético de condenação, conforme Súmula nº 438, do STJ. 2) Impõe-se a cassação da decisão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, com base na pena hipotética, porquanto o instituto não encontra previsão no ordenamento jurídico devendo, assim, o processo retomar seu curso regular. 3) Recurso ministerial conhecido e provido. (TJ-GO 00195067320178090087, Relator: LÍLIA MÔNICA DE CASTRO BORGES ESCHER, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/03/2023)

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado, 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501

¹² Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência, p. 213-214

¹³ Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: possibilidade ou não no Direito Brasileiro, p.150.

¹⁴ Interesse e Legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrina e jurisprudencial de suas estruturas, p. 94.

Nucci (2016), Lima (2017), Vaz (2008) e Jawsnicker (2008), salientam que o referido instituto se relaciona à ausência do interesse de agir, à observância da economia processual e à garantia da duração razoável do processo e portanto, seria possível a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva.

A prescrição em perspectiva está diretamente relacionada ao interesse de agir, na medida em que esta ocorre com a análise prospectiva da inutilidade do processo, levando em conta que, em determinada situação concreta, a possível pena aplicada já estaria fulminada pela prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Outrossim, não faz sentido movimentar a máquina judiciária sem perspectiva de se obter determinado resultado prático, restando ausente, portanto, qualquer interesse de agir por parte da acusação. A economia processual deve ser vista a partir de um equilíbrio entre a busca pela maximização da efetividade da atividade jurisdicional e o emprego mínimo de recursos financeiros, o qual se dá com o menor número possível de atos processuais.

Neste norte, a prescrição em perspectiva encontra correlação com a economia processual, ao passo que, se não há mais interesse de agir processual e, ainda assim, o processo continua seus trâmites, por mera formalidade, ele deixará de ser instrumento de garantia à efetividade jurisdicional e passará a exigir dispêndios desnecessários.

Previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, o princípio da duração razoável do processo assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse sentido, tem-se que o que se busca com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva virtual nada mais é do que a duração razoável do processo, haja vista que o reconhecimento desta acarreta na antecipação do que certamente ocorrerá no curso do processo penal, evitando-se a prática de atos inúteis. Logo, é precisa em elencar que a prescrição pela pena em perspectiva não busca eximir o acusado dos encargos de um processo legítimo, vez que estes devem ser tolerados, mas apenas do constrangimento ilegal oriundo de um processo inútil. (Jawsnicker, 2008)

4 A análise da prescrição virtual na comarca de Santa Cruz de Goiás/GO

A prescrição virtual ou pela pena em perspectiva é aplicada na Comarca de Santa Cruz de Goiás/GO, haja vista que o Ministério Público atuante no referido local e o douto Juízo

Criminal consideram o aludido instituto como carência de condição da ação, vez que resta ausente o interesse de agir.

Os Autos nº 0109486-29.2018.8.09.0141 é um dos exemplos em que foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva, ante a ausência do interesse-utilidade no prosseguimento da demanda criminal.

Versam os referidos autos acerca de Inquérito Policial instaurado no intuito de apurar a possível do crime de peculato, ocorrido no ano de 2008. Em seu parecer, o Ministério Público ressaltou que, como o fato criminoso foi praticado antes do ano de 2010, não incide a vedação prevista na redação atual do § 1º, do artigo 110 do Código Penal, que proíbe a aplicação da prescrição retroativa com base na pena em concreto entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da inicial acusatória, haja vista tratar-se de *novatio legis in pejus*, portanto, irretroativa, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Aduziu, ainda, que a pena em abstrato cominado ao tipo penal previsto no artigo 312, *caput*, do Código Penal é de reclusão de 02 (dois) a 12 (doze) anos e multa, cuja a prescrição, conforme disciplina o artigo 109, inciso II, do Código Penal, ocorreria em 16 (dezesseis) anos, bem como que, entre a data do fato (meados de 2008) e a data da manifestação (15.02.2022), já havia transcorrido aproximadamente 14 (catorze) anos.

Diante disso, o órgão ministerial ponderou que, considerando a pena mínima de 02 (dois) anos, provavelmente o autor do delito seria condenado à pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, razão pela qual ocorreria a incidência da prescrição pela pena em perspectiva, na forma do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

Afirmou, por fim, que, no caso em questão, para que não ocorresse a prescrição, a condenação do possível autor do delito teria que ser superior a 8 (oito) anos, o que não ocorreria, sobretudo por se tratar de investigado tecnicamente primário.

Assim, o Ministério Público concluiu, acertadamente, ser inócuo iniciar a *persecutio criminis in judicio* em face do eventual autor do crime que, caso condenado, teria declarada extinta a punibilidade pela prescrição retroativa em virtude do provável lapso temporal decorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Por sua vez, o Juízo Criminal acolheu a manifestação ministerial e determinou o arquivamento dos autos por ausência de condição da ação (interesse de agir), nos termos 395, inciso II, do Código de Processo Penal.

Em sua decisão, o célebre julgador destacou:

Com efeito, o processo moderno não mais pode ser encarado como mero instrumento técnico a serviço do direito, há de ser entendido como instrumento ético a serviço da sociedade, para a realização da ordem jurídica justa. Injustificável, portanto, aceitar-se comodamente a utilização da máquina judiciária, ocupando juízes, membros do Ministério Público, advogados, serventuários e produzindo despesas públicas, se já se sabe, de antemão, que o resultado da atividade estatal será inócuo.¹⁵

Outro exemplo da aplicação da prescrição virtual na Comarca de Santa Cruz de Goiás/GO é o processo nº 0501411-82.2008.8.09.0141.

Infere-se que, neste caso, foi oferecida denúncia pelo órgão ministerial em face do réu pela suposta prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, ocorrido no dia 08.11.2008, bem como que, no dia 23.06.2009, diante do não comparecimento do acusado, a denúncia foi devidamente recebida, sendo determinada a suspensão do curso do prazo prescricional, até o dia 22.06.2017.

Posteriormente à retomada da marcha processual, o *Parquet* requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva cominada ao delito previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, pois entre a data em que o prazo prescricional voltou a fluir (23/06/2017) até a data do parecer (05.08.2022), já havia transcorrido 05 (cinco) anos e 01 (um) mês.

Nesse sentido, o órgão ministerial ressaltou que a pena em abstrato cominada ao tipo previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal é de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, cuja prescrição ocorre em 08 (oito) anos, conforme disciplina o artigo 109, inciso IV, do Código Penal, bem como que considerando os antecedentes do réu, que na época dos fatos era tecnicamente primário, a pena base seria aplicada no mínimo legal de 01 (um) ano ou muito próximo disso, mas não superior a 02 (dois) anos.

Nesse passo, afirmou que, considerando a pena mínima do delito e as circunstâncias pessoais do agente, certamente o autor seria condenado à pena igual ou inferior a 02 (dois) anos de reclusão, razão pela qual ocorreria a incidência da prescrição pela pena em perspectiva, na forma do artigo 109, inciso V, do Código Penal.

No mais, o Ministério Público concluiu ser inviável prosseguir com a *persecutio criminis in judicio* em face do autor do crime, pois, caso este fosse condenado, teria declarada extinta a punibilidade pela prescrição retroativa em virtude do lapso temporal decorrido entre a data que expirou a suspensão dos prazos prescricionais e a data da publicação da eventual sentença condenatória.

¹⁵ Autos nº 0109486-29.2018.8.09.0141 (evento nº 14).

Ao seu turno, o Juízo Criminal acolheu a manifestação ministerial e determinou o arquivamento dos autos por ausência de interesse de agir, muito bem ressaltando em sua decisão que “deve-se, no caso, velar para que tal exercício se opere sempre de modo correto e racional, já que no caso concreto evidenciou-se que a continuidade da persecução penal apenas implicará em dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça.”¹⁶

Outrossim, a Comarca de Santa Cruz de Goiás/GO é precisa em reconhecer a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva como causa de ausência de interesse de agir, sendo certo que não faz nenhum sentido desperdiçar atos processuais, tempo e trabalho humano ao dar início ou continuidade a um processo fadado à prescrição, no qual já se pode antever que não haverá nenhum resultado útil.

Considerações finais

A prescrição virtual da pena é um tema de grande relevância e atualidade no campo do Direito Penal. Ao longo do presente trabalho, explorou-se os diferentes aspectos dessa temática e buscou-se compreender seus impactos no sistema de justiça criminal. Nesta conclusão, far-se-á um resumo dos principais pontos discutidos e serão apresentadas as considerações finais sobre o tema.

Inicialmente, cumpre mencionar que a prescrição pela pena em perspectiva é um instituto de grande importância no campo do Direito Penal, na medida em que busca a extinção do processo levando em consideração uma provável pena a ser aplicada pelo juiz, antes mesmo de existir uma sentença ou um acórdão condenatório. Nesse sentido, a relevância da prescrição pela pena em perspectiva reside no equilíbrio entre dois fundamentos do Direito Penal: a necessidade de punir os responsáveis por infrações penais e a garantia de segurança jurídica para os acusados.

Por um lado, o Estado tem o dever de reprimir os crimes e aplicar as sanções correspondentes, assegurando a ordem social e a proteção dos direitos das vítimas. Por outro, é essencial garantir que o acusado tenha acesso a um processo justo, que seja conduzido em tempo razoável, evitando a incerteza prolongada sobre sua situação jurídica.

Ao longo do presente trabalho, apurou-se, por intermédio do estudo das condições da ação e do instituto da prescrição penal em si, a natureza jurídica do instituto da prescrição

¹⁶ Autos nº 0501411-82.2008.8.09.0141 (evento nº 22).

virtual, qual seja a de ausência do interesse de agir, sendo certo que tal aspecto é de suma importância para a análise quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, foram confrontados, um a um, os argumentos favoráveis e os contrários à aplicação da prescrição pela pena em perspectiva. Na oportunidade, os fundamentos foram elencados de maneira que se concluiu pela fragilidade da argumentação contrária e solidez da argumentação favorável, restando demonstrado que pela sua pertinência e contundência, a prescrição virtual deve ser aceita e aplicada pelos órgãos julgadores.

Por conseguinte, os estudos de caso realizados foram de grande valia para que se pudesse compreender a necessidade e importância da aplicação da prescrição pela pena em perspectiva, bem como que esta nada mais é do que uma hipótese de carência de condição da ação em virtude da falta do interesse de agir, sendo legítima na legislação brasileira.

Não obstante, as Cortes Superiores entenderem pela impossibilidade de aplicação da prescrição pela pena em perspectiva, constatou-se que tal posicionamento se dá em razão de uma interpretação leviana acerca da natureza jurídica da prescrição virtual, tratado por estas como uma hipótese de causa de extinção de punibilidade, o que careceria de previsão legal.

Ocorre, contudo, que, conforme demonstrado no presente trabalho, a natureza jurídica da prescrição virtual é de ausência de interesse de agir, sendo cristalino que sua utilização está diretamente relacionada à eficiência da tutela jurisdicional, aos princípios da duração razoável do processo, economia processual e efetividade, bem como aos objetivos da Constituição Federal.

Logo, conclui-se que a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva é de suma importância para evitar que a máquina judiciária seja movimentada sem perspectiva de se obter determinado resultado prático, em demandas desnecessárias, as quais, ao final, estarão fadadas ao fracasso, ou seja, a prescrição virtual é um dos mecanismos que contribuirá para um sistema judiciário mais célere e eficiente, devendo, portanto, ser rediscutida nas Cortes Superiores, com a finalidade de que estas debatam a natureza jurídica da prescrição virtual e a sua compatibilidade com os princípios constitucionais, processuais e penais.

REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Carla Rahal. **Prescrição Penal Antecipada ou Virtual: Possibilidade ou Não no Direito Brasileiro?** Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

SILVA, Matheus Oliveira; ABREU, Natasha Gomes Moreira. **Prescrição Da Pretensão Punitiva Pela Pena Em Perspectiva: Uma (Im)Possibilidade Frente Aos Princípios Processuais-Penais.**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 19. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 760.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral (arts. 1 a 120). 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1 ao 120).** Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada.** 2. ed. rev. atual., Juruá Editora, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 127.

LIMA, Renato Brasileiro de. 2021. **Manual de Processo Penal.** Salvador: JusPodvim, 2021.
MARQUES, José Frederico. 1997. **Elementos de Direito Processual Penal.** Reedição 1ª. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. 2014. **Código Penal Comentado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas.** Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 5. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1093.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 490.

SILVA, Matheus Oliveira; ABREU, Natasha Gomes Moreira. **Prescrição Da Pretensão Punitiva Pela Pena Em Perspectiva: Uma (Im)Possibilidade Frente Aos Princípios Processuais-Penais.**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 678.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. 2018. **Curso de Processo Penal**. 21. São Paulo: Atlas, 2018.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther, TIEDEMAN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

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**, n. 25, 29 ago. 2008.

Recebido em 27/02/2024

Aprovado em 27/08/2024