

**CURSO DE DIREITO**

Cássia Ricardo Valim

**PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E SUA (IN) APLICABILIDADE  
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Capão da Canoa

2017

Cássia Ricardo Valim

**PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E SUA (IN) APLICABILIDADE  
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Campus Capão da Canoa, para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Diego Oliveira da Silveira.

Capão da Canoa, junho de 2017.

## TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC considero o Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, da acadêmica **Cássia Ricardo Valim** adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCC's do Curso de Direito.

---

Prof. Me. Diego Oliveira da Silveira  
Orientador

---

Cássia Ricardo Valim

“A cultura está acima da diferença da condição social” (CONFÚCIO).

“Estudar é polir a pedra preciosa; cultivando o espírito, purificamo-lo” (CONFÚCIO).

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente agradeço a Deus por ter me dado força, saúde e fé para alimentar e concretizar meus sonhos.

Meus sinceros agradecimentos a minha família, principalmente a minha mãe por ter se dedicado uma vida inteira a nos dar, dentro do possível, tudo de melhor, por tanto esmero e trabalho para nos dar a melhor educação e formação de caráter que poderíamos e certamente gostaríamos de ter.

Ao meu pai e irmãos, os quais sempre me amaram e buscaram proteger.

Ao meu noivo por toda a paciência diária e incentivos, além do amor e carinho para que conseguisse chegar até esta etapa tão esperada em minha vida.

Ao meu querido professor orientador Diego Oliveira da Silveira, o qual não mediu, jamais, esforços para me auxiliar a ter um bom desempenho na produção deste trabalho, sempre solícito e disposto a ajudar, sem olvidar dos ensinamentos que me transmitiu durante a graduação, de fato, só tenho a agradecer por tudo.

Gostaria também de fazer meus agradecimentos a um professor muito importante para mim, o qual fez toda a diferença na minha formação acadêmica, Diego Romero, sou grata por todo conhecimento que me passaste ao longo da graduação, sou grata porque foi contigo que aprendi a amar e me dedicar ao Direito Penal e processual Penal, sem olvidar de todas as dúvidas que me tiraste na vida, na prática, mesmo quando já não estavas mais lecionando em minha turma, muito obrigada.

A todos os professores que passaram em minha formação, amigos e pessoas que de alguma forma contribuíram para o meu êxito, agradeço de coração, àqueles amigos que entenderam a minha ausência e àqueles que me apoiaram nos piores e melhores momentos.

## RESUMO

O presente trabalho, o qual foi realizado com o auxílio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e qualitativa, tem como escopo o estudo do instituto da prescrição em perspectiva e sua (in) aplicabilidade no Direito Penal Brasileiro. A prescrição em perspectiva é o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, com base em uma possível pena de acordo com as características pessoais do réu. Assim, existe grande discussão sobre o assunto, eis que tal instituto não está previsto na legislação, havendo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, sendo que muitos se opõem à sua aplicação por alegarem ferir os princípios da inocência, bem como o devido processo legal, todavia, há aqueles que defendem a sua aplicabilidade com base na dignidade da pessoa humana, na celeridade e economia processual, interesse de agir, etc. Destarte, estudaremos com profundidade este tema com base na doutrina e na Jurisprudência, a fim de termos um norte sobre as melhorias que a aplicação deste instituto trará à sociedade e ao sistema judiciário, tendo em vista a efetividade processual e os ganhos tanto para o acusado quanto para o servidor.

**Palavras-chave:** Prescrição em perspectiva. Prescrição retroativa antecipada. (In) aplicabilidade. Interesse de agir.

## ABSTRACT

The present study, which was carried out with the aid of doctrinal, jurisprudential and qualitative research, has as its scope the study of the prescription prescription in Perspectiva and its (in) applicability in Brazilian Criminal Law. The prospective prescription is the early recognition of retroactive prescription, based on a possible penalty according to the personal characteristics of the defendant. Thus, there is a great deal of discussion on the subject, since such an institute is not provided for in legislation, there are divergent doctrinal and jurisprudential positions, and many oppose its application because they claim to violate the principles of innocence, as well as due process of law, however , There are those who defend their applicability based on the dignity of the human person, on speed and economy of procedure, interest in acting, etc. Thus, we will study this subject in depth on the basis of doctrine and jurisprudence, in order to have a brief on the improvements that the application of this institute will bring to society and to the judicial system, in view of the procedural effectiveness and the gains both for the accused The server.

**Keywords:** Perspective prescription. Advance retroactive prescription. (In) applicability. Interest in acting.

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO</b> .....	<b>13</b>
2.1 Conceito .....	13
2.2 Breves considerações históricas .....	13
2.3 Natureza jurídica e regramento normativo da prescrição .....	16
2.4 Tipos de prescrição .....	17
2.4.1 Da prescrição punitiva em abstrato.....	17
2.4.2 Da prescrição punitiva em concreto.....	18
2.4.3 Da prescrição punitiva retroativa.....	18
2.4.4 Da prescrição da pretensão executória.....	20
2.5 Prescrição das penas restritivas de direito, da multa e das medidas de segurança .....	21
2.6 Causas interruptivas e suspensivas da prescrição .....	22
2.7 Prazos e forma de contagem da prescrição .....	26
2.8 Prescrição penal em perspectiva: que instituto é esse? .....	28
<b>3 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E SUA (IN) APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>32</b>
3.1 Conceito e sinônimos da prescrição em perspectiva .....	33
3.2 Finalidade da pretensão punitiva do Estado .....	35
3.3 Fundamentos da prescrição em perspectiva: .....	37
3.3.1 Posição favorável.....	38
3.3.2 Posição desfavorável.....	41
3.4 Princípios aplicáveis da prescrição em perspectiva:.....	42
3.4.1 Constitucionais: .....	43
3.4.1.1 Dignidade da pessoa humana .....	43
3.4.1.2 Presunção de inocência.....	45
3.4.1.3 Ampla defesa e contraditório.....	48
3.4.1.4 Duração razoável do processo processo.....	50
3.4.1.5 Devido processo legal.....	54
3.4.2 Infraconstitucionais.....	55
3.4.2.1 Legalidade.....	56
3.4.2.2 Falta de interesse de agir.....	60
3.4.2.3 Economia e celeridade processual.....	62

<b>3.5 Processo penal como um instrumento de garantia do acusado e não como uma forma de martírio ou sanção e o Princípio da Duração Razoável do Processo .....</b>	<b>63</b>
<b>3.6 A prescrição em perceptiva e a otimização dos recursos humanos (magistrados e servidores) para propiciar uma prestação jurisdicional melhor .....</b>	<b>65</b>
<b>3.7 Análise da jurisprudência sobre a prescrição em perceptiva: .....</b>	<b>66</b>
<b>3.7.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul .....</b>	<b>66</b>
<b>3.7.2 Superior Tribunal de Justiça .....</b>	<b>73</b>
<b>3.7.3 Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>76</b>
<b>3.8 Possibilidade da prescrição em perspectiva ou necessidade de alterações legislativa? .....</b>	<b>79</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A prescrição em perspectiva, também conhecida como: retroativa antecipada, precalculada, virtual, prognostical, hipotética ou prognose prescricional, é aquela onde se toma por base a pena que possivelmente seria imposta ao réu na condenação para aplicar a prescrição antes da propositura da ação, ou mesmo durante seu andamento.

A prescrição criminal é uma matéria de natureza materialmente penal, mas que tem aplicabilidade no processo criminal.

O instituto, estudo deste trabalho, é o reconhecimento antecipado da prescrição, a qual é calculada com base na prescrição em concreto decorrente de uma decisão não transitada em julgado e/ou de uma prescrição em concreto esperada com base na pena que provavelmente o réu será condenado.

Essa modalidade de prescrição (em perspectiva) vem ao encontro do Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo, o qual foi inserido no catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais pela Reforma do Poder Judiciário, Emenda Constitucional n.º 45/2004, pois se a prescrição em concreto já é conhecida ou provável, não é razoável que tramite um processo de forma desnecessária para que se configure a prescrição penal que já era esperada.

A prescrição virtual começou a ser estudada recentemente por doutrinadores e aplicadores do Direito. Não obstante seja uma discussão recente, acredita-se que a mesma perdurará por muitos anos, advindo muitas decisões e repercussões sobre a temática, em face da importância da matéria e da consequência de seus efeitos.

Existe um grande receio da mudança no meio jurídico brasileiro, mormente se formos analisar os anos dos Códigos Penal (1940) e de Processo Penal (1941), nos quais a legislação vigente regula a matéria da prescrição.

É importante salientar que não obstante o instituto da prescrição antecipada não tenha previsão legal específica, ele vem encontrando respaldo na doutrina e na jurisprudência.

Todavia, há divergência quanto à aplicabilidade da prescrição virtual, especialmente, no âmbito do Poder Judiciário, conseqüentemente, urge aos operadores do direito estudar e debater essa temática.

Registra-se, que vivemos em um momento social quando as pessoas têm utilizado o judiciário erroneamente, principalmente no âmbito penal, o qual visa proteger os bens jurídicos mais relevantes.

Ocorre que a demanda é muito superior à produção dos servidores, fazendo com que o judiciário esteja assoberbado de processos. Existe um déficit na forma como o judiciário encara esses processos e na maneira utilizada para diligenciar em busca de sua resolução, sem olvidar da visão errônea das pessoas sobre o judiciário, o qual está ali para dirimir conflitos realmente necessários, após esgotados os meios extrajudiciais.

A divergência sobre aplicabilidade ou não da prescrição virtual acarreta gastos desnecessários, bem como problemas que poderiam ser evitados ao processado, gerando trabalho desnecessário e ineficaz realizado pelos servidores e pelos magistrados, uma vez que todos os esforços despendidos serão inúteis, eis que a prescrição é inevitável.

Para responder se a aplicação da prescrição prognostical é possível, pode-se dizer que existem muitos doutrinadores com teses inclinadas neste sentido e, inclusive, posicionamento jurisprudencial, ainda, a legislação vigente prevê, mais precisamente no artigo 109 e incisos, do Código Penal, a prescrição antes de transitar em julgado a sentença, a qual regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.

Não obstante ainda não haja condenação é possível fazer uma perspectiva da pena observando as características pessoais do acusado.

Ademais, com a aplicação da prescrição em perspectiva estará sendo respeitado o princípio da razoável duração do processo, sem olvidar de que com a imensa demanda do judiciário, o aludido princípio é por vezes desrespeitado, pois inviável vencer a quantidade de processos lá depositados, muitos deles, sem a devida necessidade.

Importa frisar que aquele que está respondendo a um processo criminal sempre passa por desconforto e transtornos pessoais e perante os familiares e amigos, destarte não é plausível que um processo cuja pena é inferior a um ano, ou seja, de pouquíssima gravidade, perdure por anos a fio, prejudicando a vida pessoal e social do indivíduo, ferindo, inclusive seus direitos constitucionais.

De outra banda, existe a hipótese de inaplicabilidade da prescrição em perspectiva/antecipada, a qual se justifica pela súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não se admitindo a extinção da punibilidade pela prescrição antecipada uma vez que não há previsão legal neste sentido.

Segundo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o instituto aqui estudado é uma invenção da doutrina e da jurisprudência, não havendo normas legais a justificá-lo.

Ressalta-se, outrossim, que parte da doutrina refere que a aplicabilidade do instituto estaria ferindo o princípio da inocência, pois a lei prevê que a prescrição antes de transitar em julgado deve ocorrer com base na pena máxima cominada ao delito (prescrição em abstrato), ou pena aplicada em concreto na sentença condenatória, não se podendo fazer tal perspectiva pois não se pode dizer que será condenando, devendo prevalecer o princípio da inocência.

Tendo em vista que não há como prever acontecimentos futuros, os quais podem alterar circunstâncias, modificando a pena aplicada ao acusado, bem como não sendo possível a quebra da ideia de imparcialidade do magistrado, o qual estaria, de certa forma, beneficiando o réu, não deve ser aplicável a prescrição em perspectiva.

Em face da posição sumular do Superior Tribunal de Justiça (STJ); da divergência na doutrina sobre a aplicabilidade da prescrição virtual e em virtude da falta de legislação sobre essa matéria, pode-se fazer as seguintes deduções hipotéticas:

a) A prescrição em perspectiva não é aplicável no sistema jurídico pátrio, em face da falta de previsão normativa e em virtude do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência;

b) É aplicável a prescrição em perspectiva, pois não é razoável que um processo tramite sem a devida necessidade e porque essa tramitação desnecessária do feito penal gera mais danos ao réu do que a flexibilização do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Diante do exposto, este trabalho defenderá a aplicação da prescrição em perspectiva no Direito Penal pelos motivos apresentados, entre outros.

Assim, esta monografia foi dividida em dois capítulos:

No capítulo I estudaremos o instituto da prescrição, a sua evolução histórica, natureza jurídica e suas espécies.

No capítulo II estudaremos o instituto da prescrição em perspectiva e a sua (in) aplicabilidade, com base na doutrina e na jurisprudência e os aspectos positivos de sua aplicação.

Na presente monografia é utilizada pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, qualitativa, estando presente também a interpretação sistemática.

## 2 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

### 2.1 Conceito

O instituto da prescrição é uma das formas de extinção da punibilidade e tem previsão legal nos artigos 107 e 109 a 118 do Código Penal.

O Código Penal prevê um lapso temporal para que o Estado exercite o seu direito, instruindo o processo, do qual sobrevirá a sentença trazendo em seu bojo uma sanção ao acusado, todavia não sendo respeitado esse período previamente fixado em lei, ocorrerá a prescrição e quando esta ocorrer acontecerá também a perda do *jus puniend*, ou seja: a perda do poder de punir do Estado.

Pode-se dividir a prescrição em duas grandes partes: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

Segundo Luiz Regis Prado:

(...) o não exercício do jus puniendi estatal conduz à perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido. A prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado.<sup>1</sup>

Mirabete traz os seguintes ensinamentos:

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 alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde a sua finalidade quando o infrator não reincide e se adapta à vida social.<sup>2</sup>

Tendo em vista que a prescrição é a perda do direito do Estado de punir o réu, pelo transcurso do tempo, e como há tipos ou espécies de prescrição, imperioso é o estudo dessas espécies, as quais serão estudadas no decorrer deste trabalho.

### 2.2 Breves considerações históricas

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 828.

<sup>2</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. S.A., 2004. p. 403 e 404.

Para melhor entendermos o instituto da prescrição, faz-se necessária uma análise sobre os seus aspectos históricos, bem como a sua evolução e surgimento no ordenamento jurídico pátrio.

Existe ainda hoje, muita resistência quando se trata de liberar um criminoso, por qualquer motivo que seja, todavia nos tempos primordiais, inclusive antes de Cristo, era muito menos aceita a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo<sup>3</sup>.

Diante do exposto, pode se inferir que a polêmica em torno da prescrição penal existe há séculos e foi se transformando ao longo da história, neste contexto, sabe-se que tal instituto sempre dependeu dos costumes e da cultura de cada região a fim de que se estipulasse determinado prazo a ser considerado para a libertação de um delinquente pelo simples decurso do tempo.

Segundo o eminente doutrinador Cezar Roberto Bitencourt e alguns outros como Eduardo Reale Ferrari, a primeira Lei que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada no século XVII a. C., este diploma legal tratava da possibilidade da ocorrência da prescrição para determinados crimes, sendo posteriormente aceita para a generalidade dos crimes, com algumas exceções, como ocorre nos tempos hodiernos<sup>4</sup>.

O desenvolvimento do instituto da prescrição perdurou por muitos anos, acontecendo de forma arrastada, lenta, operando-se na Europa e em outros povos.

Importa dizer que de tudo que foi visto até o presente momento sobre o histórico da prescrição, está se falando em prescrição da pretensão punitiva e não da prescrição executória, a qual surgiu bem depois, ou seja, isso quer dizer que no início dos tempos, uma vez aplicada a pena essa era imprescritível, sendo prescritível tão somente aquele trâmite processual em que ainda não tivesse se operado a sentença e conseqüentemente a aplicação da sanção penal.<sup>5</sup>

Conforme bem disciplina o autor Cezar Roberto Bitencourt, a prescrição da condenação surgiu na França, sendo que no Brasil somente veio a prevalecer tal

---

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 883.

<sup>4</sup> FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 2.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 883.

ideia da prescrição da condenação em 1890, enquanto que a prescrição da pretensão punitiva fora adotada em 1830:

A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França com o Código Penal de 1791. Com efeito, a Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países em seguida também adotaram essa outra espécie de prescrição. No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890 passou-se a adotar a prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o art. 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum.<sup>6</sup>

Visto isso, importa frisar ainda que além das datas supramencionadas onde surgiram os institutos da prescrição da ação e da prescrição da condenação, surgiu em 1940, com a redação do Código Penal, a prescrição retroativa, a qual ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença, ou sem recurso por parte da acusação, sendo a vigente ainda hoje.<sup>7</sup>

Quanto à prescrição em perspectiva, não há uma data certa para sua origem, sabe-se apenas que a discussão iniciou-se no Tribunal de Alçada em São Paulo<sup>8</sup>, não havendo previsão legal para datar marco inicial<sup>9</sup>:

Surgiu no final dos anos 80 do século passado, nos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo, sendo desde então repudiado pela imensa maioria dos nossos tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Já em 1987, por ocasião da Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal, o absurdo de se dar andamento a uma ação natimorta foi aventado, tendo, naquela oportunidade, preceituado Antônio Scarance Fernandes que seria necessária que existisse uma permissão para que não fosse instaurado processo quando for inevitável a ocorrência da prescrição, mesmo que deva ser considerada eventual pena a ser imposta.<sup>10</sup>

Não obstante não haja uma data exata para o início do estudo deste instituto, pode-se dizer que se trata de tema ainda inovador, considerando que o Código de Direito Penal é de 1940, sendo que, em tese, o tema passou a ser levantando em 1990, tendo sua evolução muito lenta, visto que apenas em 2010 houve

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 883.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 883.

<sup>8</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 77.

<sup>9</sup> FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008.14 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

<sup>10</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 77.

posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto a este assunto, assim, ainda há muita divergência, até porque muitos magistrados de primeiro grau se utilizam deste instituto para aplicar a extinção da punibilidade, ainda que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha se posicionado desfavorável, mas essa posição será abordada com mais densidade no segundo capítulo deste trabalho.

### 2.3 Natureza jurídica e regramento normativo da prescrição

No que tange à natureza jurídica da prescrição, existem posicionamentos diversos, mas é possível perceber pela doutrina majoritária que, não obstante a prescrição influa sobre o processo penal, trata-se de matéria de Direito Penal, o que se pode notar até mesmo pelo local onde se encontra situada, porque está prevista no Código Penal, artigos 107 e 109 a 118 do referido dispositivo legal, sendo assim, tem sua contagem de acordo com o artigo 10 da aludida Lei, contando-se o dia do início:<sup>11</sup>O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Neste sentido entende o autor Cezar Roberto Bitencourt:

Para alguns autores, a prescrição é instituto de direito material; para outros é de direito processual. Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regula do pelo Código Penal e, nessas circunstâncias conta-se o dia do seu início.<sup>12</sup>

Fernando Capez leciona:

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.<sup>13</sup>

Assim, não obstante existam posicionamentos como o de Greco<sup>14</sup>, que entende ser a natureza jurídica da prescrição mista, a doutrina majoritária entende que a natureza da prescrição é de direito material, sendo a sua incidência no processo apenas uma consequência.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 502.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 883.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 641/642.

<sup>14</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 688.

## 2.4 Tipos de prescrição

Conforme já explanado, as espécies de prescrição podem ser divididas em duas grandes partes, a primeira ocorre antes de transitar a sentença em julgado, conhecida como prescrição da ação penal ou prescrição da pretensão punitiva e a segunda ocorre após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que também pode ser chamada de prescrição da condenação ou da execução da pena.<sup>15</sup>

Os tipos de prescrição já mencionados estão previstos na legislação vigente, mas existe ainda, segundo a doutrina e a jurisprudência, a prescrição virtual, que será tratada em um tópico específico neste trabalho.

Contudo, para melhor compreensão do tema da prescrição em perspectiva, imperativa é a análise da prescrição punitiva do Estado (em abstrato); da prescrição punitiva em concreto; da prescrição retroativa e da prescrição executória.

### 2.4.1 Da prescrição punitiva em abstrato

A prescrição da pretensão punitiva tem seu lastro na pena máxima cominada ao delito. Ela ocorre durante o trâmite da ação penal, antes da sentença definitiva, devendo se observar os lapsos interruptivos ou suspensivos da prescrição e por esse motivo serão analisadas no decorrer deste estudo as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, bem como os prazos e forma de contagem da prescrição.<sup>16</sup>

Destarte o lapso temporal da prescrição está previsto no artigo 109 do Código Penal e seus incisos, está ligado à pena máxima abstratamente cominada ao delito perpetrado.

Portanto esta é a prescrição que ocorre da data do cometimento do delito para frente, até a sentença condenatória, tendo por base a pena máxima cominada ao crime.

---

<sup>15</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 624.

<sup>16</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 675.

### 2.4.2 Da prescrição punitiva em concreto

A prescrição superveniente, também conhecida como intercorrente, subsequente ou em concreto está prevista no artigo 110, §1º do Código Penal, é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, porém se regula pela pena em concreto, ou seja: pela pena aplicada na sentença para aquele delito, sendo o marco inicial a sentença e o final o trânsito em julgado para ambas as partes.<sup>17</sup>

Quanto a esse tema, Luiz Regis Prado aponta:

são duas as hipóteses em que poderá ocorrer a prescrição superveniente: a) trânsito em julgado para a acusação: prolatada a sentença condenatória, a acusação não recorreu da mesma, todavia, a sentença ainda não se tornou definitiva, já que não passou em julgado para a defesa. Entre a sentença condenatória e o seu definitivo trânsito em julgado poderá ocorrer a prescrição subsequente. b) Improvimento do recurso da acusação: a acusação recorre visando ao aumento da pena aplicada, mas seu recurso é improvido pelo Tribunal. Decorrido o prazo prescricional com base na pena imposta, haverá a prescrição subsequente. Contudo, se o recurso interposto pela acusação é provido sem que haja elevação da pena aplicada, também é possível o reconhecimento da prescrição superveniente.<sup>18</sup>

Na prescrição em concreto há uma pena fixada ao réu e com base na mesma se recalcula a prescrição, não mais levando em conta a prescrição com base na pena máxima do tipo penal em abstrato, mas sim com base na pena aplicada na sentença penal condenatória, sendo que tal prescrição ocorrerá entre a data da publicação da sentença e o seu trânsito em julgado, sem que tenha acusação recorrida da sentença, ou mesmo se interposto recurso, este tenha sido improvido, ou ainda que provido não eleve a pena aplicada, da mesma forma ocorrerá a prescrição intercorrente.

### 2.4.3 Da prescrição punitiva retroativa

A prescrição retroativa está prevista no artigo 110 e § 1º do Código Penal, ela é analisada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pode-se verificar após a sentença definitiva que houve a prescrição entre alguns dos lapsos

---

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 680.

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 680.

interruptivos no decorrer da ação penal, por isso prescrição retroativa, ela retroage para o início de um dos lapsos até o outro para averiguar a prescrição, como por exemplo o tempo decorrido entre o recebimento da denúncia e a sentença.<sup>19</sup>

Neste caso se utiliza a pena em concreto para verificar a prescrição, por isso a necessidade de ser após o trânsito em julgado.

Não obstante ela ocorra após o trânsito em julgado para a acusação, diferentemente da prescrição da pena ou prescrição da pretensão executiva, não incidem os efeitos da sentença condenatória, por isso é considerada prescrição da pretensão punitiva, pois é mais benéfico para o réu.

Nesse sentido, Guilherme Nucci explica:

Prescrição retroativa: é 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 levando-se em conta os prazos anteriores à própria sentença (entre a data do fato e do recebimento da denúncia ou queixa; entre esta e a data da sentença, como regra. Há outros lapsos especificadamente para o procedimento do júri).<sup>20</sup>

Segundo a súmula 146 do Superior Tribunal Federal (STF): A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.<sup>21</sup>

Portanto esta é a prescrição que ocorre do o trânsito em julgado para trás, verificando-se cada lapso prescricional, entre um marco interruptivo e outro<sup>22</sup>.

Porém, não obstante o entendimento de Nucci, o qual é de 2009, é importante salientar que houve mudança no Código Penal em 2010, com a Lei n.º 12.234/2010, a qual alterou o artigo 110, § 1º, assim, desde 2010 não é mais possível a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia, ou seja, entre a data do fato e o recimento da denúncia, consoante aduz o artigo 110 em seu § 1º, do Código Penal:

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 887.

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal Parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 596.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/06/2017.

<sup>22</sup> SALVADOR, Higor Contarato. *(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 41 f. Monografia (Curso de Direito). Fundação Universidade Federal de Rondônia. Rondônia 2016. Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1052/1/MONOGRAFIA%20HIGOR.pdf> e acesso em 08/11/2016.

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.<sup>23</sup>

Desta forma, atualmente só é possível, após o trânsito em julgado da sentença, retroagir para examinar a prescrição entre os marcos posteriores ao recebimento da denúncia, como por exemplo, o lapso entre o recebimento da denúncia e a pronúncia, ou sentença, entre outros marcos previstos no artigo 117 do Código Penal.

#### **2.4.4 Da prescrição da pretensão executória**

Esta prescrição ocorre após o trânsito em julgado da sentença, impedindo a execução da sanção aplicada no julgamento. A prescrição aqui está lastreada pela pena em concreto, ou seja: pela pena que foi aplicada na decisão condenatória, desaparecendo, assim, o direito de o Estado executar a pena imposta ao réu.<sup>24</sup>

É importante frisar que não obstante ocorra a extinção da punibilidade pela prescrição da pena, fazendo com que esta não seja cumprida, os efeitos civis e penais da sentença condenatória persistem, para fim de reincidência, indenização e permanecendo o nome do réu no rol de culpados etc.<sup>25</sup>

Outrossim, importante o destaque do artigo 110 do Código Penal, o qual aduz que os prazos fixados no artigo 109 para fins de verificação da prescrição, aumentam-se de um terço se o réu for reincidente.

Por fim, este tipo de prescrição se dá quando o Estado não exerce a pretensão executória em determinado lapso temporal, assim perde o direito de executar a pena, sanção imposta ao condenado, sendo esta extinta e permanecendo seus efeitos, conforme supramencionado<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 511.

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 679.

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 904.

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 904.

## 2.5 Prescrição das penas restritivas de direito, da multa e das medidas de segurança

Considerando que são espécies de “penas”, as penas restritivas de direito prescrevem no mesmo tempo das privativas de liberdade que foram substituídas, inclusive, quando já se tem uma pena *in concreto*.<sup>27</sup>

A pena de multa, da mesma forma acima narrada quando estiver cumulada ou alternativamente aplicada, todavia se for ela a única pena imposta, prescreve em dois anos, consoante o artigo 114 do Código Penal:

Artigo 114 - a prescrição da pena de multa ocorrerá:  
I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;  
II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.<sup>28</sup>

No que tange à medida de segurança, por sua vez, essa não é considerada pena, mas por advir de uma sentença absolutória imprópria, é considerada uma sanção.<sup>29</sup>

Não obstante a medida de segurança não tenha prazo determinado, o prazo mínimo deve ser de um a três anos, consoante artigo 97, §1º do Código Penal<sup>30</sup>.

Destaca-se, que segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>31</sup> e também do Superior Tribunal Federal (STF), a prescrição da medida de segurança se dará pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado.

Na medida de segurança não há que se falar em prescrição virtual ou em perspectiva, mas as penas restritivas de direitos podem prescrever de forma hipotética, pois a mesma é calculada com base na pena em concreto e por esse

<sup>27</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da Prescrição Penal: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 510.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 855.

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 509.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20/06/2017.

motivo cabe analisar se é possível o reconhecimento da prescrição das penas restritivas de direito e de multa.<sup>32</sup>

## 2.6 Causas interruptivas e suspensivas da prescrição

As causas interruptivas e suspensivas da prescrição estão previstas no Código Penal e no Código de Processo Penal, bem como na Constituição Federal e na Lei n.º 9.099/95.

Sendo as interruptivas da prescrição aquelas que obstam o curso do prazo prescricional fazendo com que este se reinicie, ou seja: a interrupção faz com que o prazo volte a ser contado do zero, consoante aduz o artigo 117, § 2º do Código Penal.<sup>33</sup>

Já a suspensão do prazo prescricional, ocorre com a contensão da prescrição, uma vez contida, ou suspensa, quando voltar, voltará de onde parou.<sup>34</sup>

Para Fernando Capez:

Causas interruptivas da prescrição: são aquelas que obstam o curso da prescrição, fazendo com que este se reinicie do zero, desprezando o tempo já decorrido. São portanto aquelas que “zeram” o prazo prescricional.

Causas suspensivas da prescrição: são aquelas que sustam o prazo prescricional, fazendo com que recomesse a correr apenas pelo que restar, aproveitando o tempo anteriormente decorrido. Portanto, o prazo volta a correr pelo tempo que faltava, não retornando novamente à estaca zero, como nas causas interruptivas.<sup>35</sup>

Cezar Roberto Bitencout leciona nos seguintes termos:

Verificando-se uma causa suspensiva, o curso da prescrição suspende-se para retomar o seu curso depois de suprimido ou desaparecido o impedimento. Na suspensão o lapso prescricional já decorrido não desaparece, permanece válido. Superada a causa suspensiva, a prescrição recomeça a ser contada pelo tempo que falta, somando-se com o anterior.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da Prescrição Penal: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17.

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 909.

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 909.

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 641 e 642.

<sup>36</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 909.

Ocorrendo uma causa interruptiva, o curso da prescrição interrompe-se, desaparecendo o lapso temporal já decorrido, recomeçando sua contagem desde o início<sup>37</sup>.

Assim, conforme já explanado, no primeiro caso o prazo se inicia do zero e no segundo volta a correr de onde parou.

Visto isso, vejamos quais são as causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

São causas interruptivas da prescrição, de acordo com o artigo 117 do Código Penal:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:  
 I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;  
 II - pela pronúncia;  
 III - pela decisão confirmatória da pronúncia;  
 IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;  
 V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;  
 VI - pela reincidência.<sup>38</sup>

Considerando o que aduz o artigo supramencionado, o prazo prescricional será interrompido, ou seja, começará desde o início, quando: a denúncia ou queixa for recebida pelo Juiz, importando esclarecer que o simples aditamento da denúncia que não modificar a tipicidade do fato não interromperá o prazo prescricional; quando houver pronúncia, contando-se de sua publicação; quando houver decisão confirmatória da pronúncia, ou seja, a pronúncia for confirmada em instância superior; quando for publicada sentença ou acórdão condenatórios, cumpre elucidar que no caso dos acórdãos estes interromperão os prazos prescricionais apenas quando modificarem sentença absolutória para uma sentença condenatória e não quando confirmarem sentença condenatória de primeiro grau, como acontece com a pronúncia<sup>39</sup>.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Instalaram-se de plano, na doutrina, duas interpretações sobre o significado da locução “acórdão condenatório”. Para uma corrente, à qual nos filiamos, acórdão condenatório é aquele que reforma uma decisão absolutória anterior, condenando efetivamente o acusado; para a outra, que consideramos uma posição reacionária, é condenatório tanto aquele acórdão que reforma decisão absolutória anterior como o que confirma

<sup>37</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 914.

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 511.

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 915.

condenação precedente, entendimento sustentado, entre outros por Rogério Greco.<sup>40</sup>

Retomando, são ainda, causas de interrupção: pelo início ou continuação do cumprimento da pena, quando começar a cumpri-la ou voltar a cumpri-la em caso de fuga, por exemplo, ou revogação do livramento condicional, devendo ser observado o artigo 113 do código penal, a prescrição contar-se-á novamente, mas pelo restante de pena faltante; e, por último, interrompe-se a prescrição pela reincidência, sendo o entendimento majoritário o de que a interrupção dar-se-á a partir da sentença condenatória do novo fato delituoso cometido e não da data da prática deste fato.

Ensino do doutrinador Mirabete apud Cezar Roberto Bitencourt: Segundo uma corrente, o momento da interrupção da prescrição não é determinado pela prática do segundo crime, mas pela sentença condenatória do segundo fato que reconhece a prática do ilícito, pressuposto daquela.<sup>41</sup>

Por outro lado, são causas que suspendem o prazo prescricional, de acordo com o artigo 116 do Código Penal:

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:  
I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;  
II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.  
Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.<sup>42</sup>

Inicialmente vamos falar das causas suspensivas descritas neste rol, posteriormente serão vistas as demais causas suspensivas da prescrição, as quais estão previstas em outras legislações.

Assim, conforme aduz o artigo supramencionado, o prazo prescricional ficará suspenso quando: houver pendência em outro processo, questão da qual dependa o reconhecimento da existência do crime, estas pendências são conhecidas como questões prejudiciais e estão reguladas pelos artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal, então, enquanto não resolvidas essas questões o processo e o prazo prescricional ficarão suspensos; ainda é causa de suspensão da prescrição o período em que o agente estiver cumprindo pena no estrangeiro, este inciso foi um

---

<sup>40</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 916.

<sup>41</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 918.

<sup>42</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 511.

mecanismo utilizado pelo legislador para não deixar impune aquele que cometeu crime aqui e no exterior, estando lá cumprindo pena, isso, porque, normalmente os países não extraditam aqueles que lá estão apenados; no parágrafo único do artigo analisado, está ainda a previsão de não ocorrência da prescrição, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo tempo em que o condenado estiver preso por outro motivo, neste caso, da mesma forma, o legislador preocupou-se em não eximir de pena aquele que está preso por outro motivo, isso porque, a sua condição de preso obsta a efetivação dessa pena posteriormente aplicada, não devendo então, correr o prazo da prescrição para que a pena se efetive posteriormente.<sup>43</sup>

São, da mesma forma, causas suspensivas da prescrição: a imunidade parlamentar, artigo 52, § 2º da Constituição Federal; a Suspensão Condicional do Processo, artigo 89, § 6º da Lei nº 9.099/95; a suspensão do processo por citação por edital, sem o comparecimento ou constituição de defensor, artigo 366 do Código de Processo Penal, bem como citação através de carta rogatória, artigo 368 do mesmo dispositivo legal.<sup>44</sup>

Diante do exposto, cumpre elucidar que no primeiro caso, o processo ficará suspenso até que haja licença do Congresso Nacional para que o parlamentar seja processado.

Neste sentido, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

Às duas prevista pelo Código Penal (art. 116), a Constituição Federal (art. 53, § 2º) acrescentou mais uma: enquanto não houver licença do Congresso Nacional para que o parlamentar seja processado, o prazo prescricional ficará suspenso. Procurando amenizar esse privilégio parlamentar, o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, com composição plenária, decidiu que tanto na hipótese de indeferimento do pedido de licença, quanto na de ausência de deliberação a suspensão da prescrição ocorre na data do despacho de Ministro Relator determinando a remessa do pedido ao parlamento<sup>45</sup>.

Já o segundo caso supramencionado, trata-se de um benefício da lei, sendo que preenchidos determinados requisitos o processo ficará suspenso e conseqüentemente a prescrição também, desta forma, passado o período da suspensão sem a revogação da benesse o feito será arquivado, todavia caso haja revogação da referida suspensão, o processo sairá da suspensão e voltará a correr

---

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 909/910.

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 910.

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 910.

normalmente, bem como a prescrição voltará a correr de onde parou; no terceiro caso, o artigo 366 do Código de Processo Penal teve a sua redação dada pela Lei nº 9.271/96, a qual determina a suspensão do processo e do prazo prescricional em casos onde o réu não é encontrado para ser citado pessoalmente, sendo necessária a sua citação por edital e não havendo comparecimento do réu, tampouco da defesa, faz-se imprescindível a suspensão do processo e da prescrição para que se diligencie na localização do acusado sem que o processo prescreva, buscando dar efetividade ao processo.

Quanto ao prazo que o processo poderá ficar suspenso no caso do art. 366 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ<sup>46</sup>), se manifestou dizendo que esta suspensão do prazo prescricional perdurará pelo máximo da pena cominada, ou seja, se o crime cometido for ameaça, por exemplo, considerando que a pena máxima cominada é de 06 meses, em caso de suspensão o processo e o prazo prescricional poderão ficar suspensos por no máximo 03 anos, devendo ser observadas as causas de redução do prazo prescricional previstas no artigo 115 do Código Penal, as quais reduzem os prazos pela metade; por fim, o último caso supramencionado refere a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de carta rogatória de citação, ou seja, se o réu residir no exterior, o processo e o prazo prescricional ficarão suspensos até que se cumpra a carta rogatória expedida para a sua citação em outro país.<sup>47</sup>

São essas as causas que suspendem o prazo prescricional prevista na legislação pátria.

## **2.7 Prazos e forma de contagem da prescrição**

Os prazos prescricionais estão insertos no artigo 109 e seus incisos no Código Penal, a saber:

---

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 415. O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 20/06/2017.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 910/914.

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.<sup>48</sup>

O próprio artigo explica que nos casos da prescrição das pretensões punitiva e executória será utilizada a pena cominada ao delito, porém ainda serão válidos os prazos aqui depositados, mas com base na pena em concreto.

Cada tipo de prescrição tem um termo inicial para a contagem, vejamos:

Inicia-se a contagem da prescrição da pretensão punitiva pelo disposto no artigo 111 do Código Penal:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I- do dia em que se consumou o delito.

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 crimes de bigamia e supressão ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V- nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código Penal 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.<sup>49</sup>

Conforme leciona Denise Dias de Castro Bins em um artigo que analisa o termo inicial da pretensão executória, a contagem da prescrição da pretensão executória regula-se pelos marcos iniciais previstos no artigo 112 do Código Penal:

Inicia-se a contagem do prazo para a ocorrência da prescrição, conforme dispõe o artigo 112 do CP: a) do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 510.

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 511.

<sup>50</sup> BINS, Denise Dias de Castro. *Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal à luz do sistema constitucional e processual*

Os artigos são autoexplicativos e mencionam os termos iniciais, os quais devem ser observados quando da análise da ocorrência da prescrição.

A contagem do prazo será feita com base no artigo 10 do Código Penal, o qual se evidencia: O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.<sup>51</sup>

As causas interruptivas, suspensivas, os prazos e a forma de contagem são importantes para a análise da ocorrência ou não dos tipos de prescrição formalmente previstos no Código Penal, os quais foram apontados anteriormente.

Assim, para a análise da viabilidade ou não da aplicabilidade da prescrição em perspectiva ou sua incidência em casos concretos, se faz necessário o conhecimento do instituto da prescrição em geral, ou seja, tudo que foi visto até agora.

## 2.8 Prescrição penal em perspectiva: que instituto é esse?

Sendo este o grande foco da monografia, é importante colocar posicionamentos de alguns doutrinadores sobre o assunto para se ter um embasamento inicial sobre a temática e seus efeitos.

Com o surgimento da lei n.º 12.234/2010, houve a exclusão da prescrição retroativa antes de denúncia ou queixa, o que influencia na eventual aplicação da prescrição virtual, pois esta não poderá mais ocorrer antes da denúncia, segundo a referida lei de 2010.

Posiciona-se o jurista Luiz Flavio Gomes:

no que diz respeito à prescrição virtual a lei nova é desfavorável ao réu. Logo, irretroativa. Só pode ser aplicada para fatos ocorridos de 06.05.10 para frente. Crimes ocorridos até 05.05.10 continuam regidos pelo Direito penal anterior (ou seja: para esses crimes a prescrição virtual ainda é contada da data do fato até o recebimento da denúncia ou desta data até a publicação da sentença).<sup>52</sup>

---

*penal* contemporâneo. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/70769/termo\\_inicial\\_prescricao\\_bins.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/70769/termo_inicial_prescricao_bins.pdf) e acesso em 08/11/2016.

<sup>51</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 502.

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 06/11/2016.

Fernando Capez leciona:

Concebe-se que a prescrição virtual é aquela reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz no momento futuro da condenação.<sup>53</sup>

No que tange a prescrição antecipada, Fernando Capez leciona:

A denominada prescrição antecipada ou virtual leva em conta a pena a ser aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado por ocasião da futura sentença.<sup>54</sup>

Os autores supracitados se referem à prescrição em perspectiva ainda no âmbito administrativo, ou seja, ao receber o inquérito policial o promotor de justiça observa que diante do decurso de tempo desde a data do fato até a presente, quando, enfim, seria oferecida a denúncia, já se passou tanto tempo que se fazendo uma perspectiva da pena a ser aplicada em caso de condenação, observadas as características pessoais do réu e todas as circunstâncias do caso concreto, a pena aplicada seria o mínimo legal previsto para o delito, destarte estaria já prescrito, sendo desnecessário o deslinde processual, pois caso viesse a ser condenado, incidiria o instituto da prescrição, ensejando assim a extinção de sua punibilidade.

Ocorre que, conforme vários estudos, e levando-se em conta o que aduz o artigo 61 do Código de Processo Penal: Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício<sup>55</sup>.

Se em qualquer fase do processo o juiz pode declarar de ofício a extinção da punibilidade, se a prescrição é uma das formas de extinguir o direito de punir do Estado e se é possível prever qual a pena que o réu terá no processo, será que não é razoável a possibilidade do reconhecimento da prescrição penal em perspectiva?

Esse é um questionamento que se pretende dirimir no decorrer deste trabalho.

Visto isso, pode-se inferir que a prescrição virtual é o instituto que possibilita a extinção da punibilidade por se verificar que, ainda que sobrevenha condenação, a pena aplicada será aquela prevista no mínimo legal do tipo penal, haja vista as

---

<sup>53</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 638.

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal Parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 596 e 597.

<sup>55</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 579.

características pessoais do réu e do caso concreto e que já passado então o tempo da prescrição para aquela pena, assim, inútil a instauração do processo e o gasto com ele, porque fadado à prescrição penal, não sendo mais possível a pretensão punitiva do Estado, todavia cumpre salientar que tais posicionamentos acerca da prescrição em perspectiva ainda na fase administrativa foram fulminados com a mudança do Código Penal em 2010, assim, não obstante a prescrição penal possa ser reconhecida em qualquer fase do processo, a prescrição em perspectiva por se tratar de uma prescrição retroativa antecipada não poderá ocorrer antes do recebimento da denúncia, ou queixa, pois vedada tal possibilidade pela artigo 110, § 1º do Código Penal, redação dada pela Lei n.º 12.234/2010.

Importa frisar que, ainda que a eventual pena a ser aplicada não seja aquela prevista como mínimo legal do tipo penal em tela, seja qual for a pena aplicada, passado o prazo prescricional para ela, será declarada extinta a punibilidade do réu, vejamos um exemplo: o réu praticou um delito no dia 01/01/2012, sendo denunciado em data posterior pelo crime de furto simples, cuja pena mínima é de um ano, tendo ocorrido o recebimento da denúncia em 10/10/2012, assim, considerando que estamos em 2017, passou-se mais de quatro anos desde o recebimento da denúncia sem qualquer outra causa interruptiva ou suspensiva do processo, neste exemplo, pode-se dizer que ocorreu a prescrição em perspectiva, claro, estando presentes características do réu que determinem a aplicação da pena no mínimo legal, ou passando do mínimo, não ultrapasse a dois anos, porque para essas penas a prescrição é de quatro anos, conforme artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Não obstante não tenha ocorrido a prescrição em abstrato, pois esta regula-se pela pena máxima aplicada ao delito, que no caso, é de 04 anos, prescrevendo somente em 08 anos, fazendo-se uma perspectiva da pena a ser aplicada, seria possível a incidência da prescrição retroativa, após o trânsito em julgado da sentença, pois retroagindo, entre os marcos de interrupção da prescrição passou mais de 04 anos, sem olvidar de que o mesmo não poderia ocorrer antes do recebimento da denúncia, conforme mudança em 2010, artigo 110, § 1º do Código Penal, pois a prescrição retroativa não ocorre antes do recebimento da denúncia ou queixa, a não ser nos casos anteriores a 2010, conforme explanado no segundo parágrafo deste tópico.

Nesse diapasão, é possível concluir que o instituto da prescrição em perspectiva é complexo, porém de suma importância para o âmbito processual penal, mormente porque o sistema judiciário encontra-se sobrecarregado pela quantia de processos lá depositados, assim pode-se dizer que tal instituto é utilizado não somente como meio de defesa do acusado, mas como forma de dar maior impulso e celeridade processual.

### 3 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E SUA (IN) APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O artigo 107 do Código Penal, em seu inciso IV, prevê a possibilidade da extinção da punibilidade pela prescrição, além disso os lapsos temporais pra a sua ocorrência estão previstos no artigo 109 do mesmo diploma legal, podendo o magistrado, de acordo com o artigo 61 do Código de Processo Penal, reconhecer a prescrição de ofício, em qualquer fase do processo.<sup>56</sup>

Visto isso, não obstante a prescrição virtual venha sendo rechaçada pelos Tribunais, inclusive com a súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se verificado por doutrinadores e ainda, magistrados do primeiro grau de jurisdição, a aplicabilidade da prescrição antecipada, inclusive durante a ação penal, e não só em âmbito administrativo, pois o a dispositivo legal supramencionado aduz a possibilidade do reconhecimento da prescrição em qualquer fase processual.

Tal perspectiva, em sentido contrário ao entendimento dos Tribunais, vem tendo a sua aplicabilidade defendida no meio jurídico por muitos juristas renomados e doutrinadores, porque, neste contexto, entendem que o fato de no sistema penal brasileiro o magistrado estar adstrito a limites para proceder à imposição da pena ao acusado, devendo observar o que aduzem os artigos 59 e 68 do Código Penal, não estando livre a sua vontade para prolatar a sentença com a consequente sanção, fazendo-se previsível a pena a ser aplicada no caso concreto em nada ferindo desta forma determinados princípios, pois, em tese, o que ocorre com a extinção da punibilidade beneficia o réu e não o contrário, até porque, caso se sinta de alguma forma lesado, poderá recorrer de tal decisão, vejamos o que aduz o artigo 581, inciso VIII, do Código de Processo Penal: artigo 581- caberá recurso, em sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: inciso VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade<sup>57</sup>.

Assim, se o réu entender necessário o término do processo com a sentença final, poderá pleitear tal circunstância por meio de Recurso em sentido estrito.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 510.

<sup>57</sup> FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008.35 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

### 3.1 Conceito e sinônimos da prescrição em perspectiva

A prescrição virtual, em perspectiva, não é tipificada em nenhuma norma do ordenamento jurídico, é conhecida como obra da doutrina e/ou da jurisprudência.

Consoante já aludido em momento anterior, a prescrição em perspectiva, também conhecida como "prescrição retroativa antecipada", "precalculada", "virtual" ou "prognose prescricional" é tratada por muitos autores como a prescrição retroativa antecipada, ou antes da sentença, pois com base em uma perspectiva da pena que o réu provavelmente terá na sentença, levando-se em conta as suas características pessoais, de acordo com as circunstâncias entabuladas no artigo 59 do Código Penal, se determina a prescrição naquele momento (do recebimento da denúncia até a sentença), de acordo com aquela pena (projetada), sem a necessidade de prosseguir com o processo até a decisão final com trânsito em julgado sabendo-se de sua ineficácia, constatando-se desta forma, antecipadamente, uma prescrição retroativa inevitável, a qual seria reconhecida irrefragavelmente quando do trânsito em julgado da sentença.

Ricardo Antônio Andreucci conceitua a prescrição em perspectiva:

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.<sup>58</sup>

O eminente autor José Júlio Lozano Júnior disciplina nos seguintes moldes:

consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o fundamento de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido.<sup>59</sup>

Importando frisar, consoante já aludido, que atualmente não é mais possível a aplicação da prescrição em perspectiva antes do recebimento da denúncia ou queixa.

Lado outro, Igor Teles aduz:

É o reconhecimento da carência de ação por parte do Estado-Acusador, ou do particular imbuído na função de acusar, a depender do caso concreto, em decorrência da constatação irrefragável, ou com elevadíssimo grau de

<sup>58</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio, *Curso de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 176.

<sup>59</sup> LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 181.

certeza, de que ocorrerá, no instante da prolação da sentença, no hipotético caso de condenação, a prescrição retroativa – vislumbrável por intermédio da antevisão da pena a ser imposta ao acoimado, que, por sua vez é possível mediante o cotejamento das circunstâncias judiciais inculpidas no artigo 59 do Código Penal e do mandamento preconizado no artigo 68 do mesmo Diploma Legal com os elementos referentes à pessoa do acusado, ao fato criminoso e a vítima contidos nos fólios, resultando na aferição da inutilidade na instauração da ação penal, ou na sua continuação, acaso já iniciada, desaguando tal constatação no falecimento da condição da ação denominada interesse de agir, mais especificamente na sua conhecida faceta interesse-utilidade.<sup>60</sup>

Desta forma, a prescrição penal virtual ocorrerá, ao contrário do que ocorre na prescrição da pretensão punitiva, a qual se baseia na pena em abstrato, ou seja, na pena máxima cominada ao delito, pela pena em concreto advinda de eventual sentença condenatória, como ocorreria na prescrição retroativa, todavia não se aguarda a sentença, tampouco o trânsito em julgado para reconhecê-la, podendo ser feita basicamente em qualquer fase do processo, com a ressalva da proibição antes do recebimento da denúncia, conforme já explanado em momento anterior, com a mudança do Código Penal em 2010.

Pelos motivos expostos é que se justifica o nome prescrição em perspectiva, haja vista a perspectiva de uma pena imposta em eventual decreto condenatório, ademais, a meu ver, ainda mais justificável é o nome prescrição retroativa antecipada, isso porque a eventual pena estipulada no futuro já estaria, neste momento, prescrita, caso houvesse sentença condenatória fazendo-se a retroação da mesma.

Para que seja constatada a ocorrência da prescrição em perspectiva deve ser utilizado o seguinte método<sup>61</sup>:

Igor Macedo:

1) Vestibularmente, deve-se cotejar todos os elementos nos autos com as circunstâncias judiciais apontadas no artigo 59 do Código Penal, antevendo-se qual seria a provável pena base atribuída ao réu, no hipotético caso de condenação; 2) Em seguida, obedecendo ao ditame do artigo 68, também o Estatuto Repressivo Pátrio deve-se observar a ocorrência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, e ato contínuo, de causas de aumento ou diminuição de pena, operacionalizando-as a fim de se chegar à pena final máxima que hipoteticamente é merecedor o acoimado, no caso de os fatos terem se dado da maneira como narrada na inicial ou no relatório da

<sup>60</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007. P. 93-94

<sup>61</sup> FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008.35 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

autoridade policial; 3) A seguir, de posse da informação obtida pelo procedimento acima espreitado, calcula-se, com espeque na sanção provável, qual seria o prazo prescricional – enquadrando-se a pena paradigma em um dos incisos do artigo 109 do Código Penal –, nos moldes do preconizado para a sua modalidade retroativa; 4) Em caso de se verificar i inevitável acontecimento da prescrição retroativa pela pena hipotética, ou seja, acaso já tenha transcorrido prazo superior ao lapso prescricional alcançado no passo anterior entre a data do fato e o recebimento da denúncia, ou entre este momento processual e a provável prolação da sentença condenatória recorrível, aplica-se o instituto alvo deste trabalho, objetivando se evitar a instauração ou o prosseguimento do processo.<sup>62</sup>

Diante do exposto, pode-se inferir que o instituto da prescrição virtual considera o quantitativo da pena antevista fazendo-se um lançamento de eventual sanção penal que resultaria, em caso de condenação, e com base nessa reprimenda (pena virtual), verificam-se os lapsos, marcos, consoante seria feito na prescrição retroativa, tal circunstância demanda um juízo hipotético da dosimetria da pena, a qual não está eivada de discricionarismo, pelo contrário, tem um norte na legislação penal e limites que a tornam quase que matemática, isso porque o magistrado não poderá fugir da aplicação da pena em seu mínimo legal sem justificativas para tanto, estando adstrito, vinculado à lei, por tal razão, para melhor controle das decisões judiciais é que o legislador tipificou o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, fazendo necessária a motivação do juiz<sup>63</sup>.

Nesse contexto, além das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, 68 do mesmo diploma legal e demais vetores que fazem presumir a pena no mínimo legal, devem ser utilizados todos os métodos acima referidos para o fim de constatação da aplicação da prognose prescricional, obtendo-se assim todos os seus benefícios na certeza do livramento de um processo totalmente inútil.

### **3.2 Finalidade da pretensão punitiva do Estado**

Considerando que a pretensão punitiva é a efetivação do poder, dever de punir do Estado, o qual surge com a violação da lei penal, ou seja, o cometimento de um delito, pode-se depreender que tal dever de punir, isto é, pretensão punitiva do

<sup>62</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 80/81.

<sup>63</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial*. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61749/>. Acesso em 07/06/2017.

Estado, tem a finalidade de resguardar os direitos mais valiosos de cada cidadão, desta forma, o Estado se utiliza do processo como meio para chegar à finalidade de sua pretensão, qual seja, prevenir a reincidência do delito, punir, retribuindo, de certa forma, o mal causado pelo condenado, bem como ressocializar para que o indivíduo, infrator, possa ser inserto novamente em sociedade. Além de tentar prevenir nova prática infratora da lei penal, a pretensão punitiva tem o condão de castigar o réu e mostrar aos demais o exemplo, caso pensem em praticar algum ilícito no futuro, fazendo com que haja uma desestimulação à prática de crimes, bem como trazer uma resposta à sociedade, dando conta de que está fazendo o seu papel, trazendo maior segurança à paz e tranquilidade de todos, fazendo “justiça”, a fim de evitar a impunidade ou sensação dela, ademais ao exercer o *jus puniendi* o Estado estará também buscando ressocializar aquele indivíduo<sup>64</sup>

Neste norte leciona Luiz Regis Prado:

Do ponto de vista objetivo, o Direito Penal (*jus penale*) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando também a sua aplicação. Já em sentido subjetivo (*jus puniendi*), diz respeito ao direito de punir do Estado (princípio da soberania), correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito. Fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais fundamentais.<sup>65</sup>

Fernando CAPEZ, por sua vez:

Estabelece-se um compromisso de lealdade entre o Estado e o cidadão pelo qual as regras são cumpridas não apenas por coerção, mas pelo compromisso ético social que se estabelece, mediante a vigência de valores como respeito à vida alheia, à saúde, a liberdade, à propriedade e etc<sup>66</sup>,

Novamente Fernando Capez ensina:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc.. denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consigna o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção de sua necessidade e justiça.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

<sup>65</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 66.

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. SÃO PAULO: Saraiva, 2012. p. 20.

<sup>67</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. SÃO PAULO: Saraiva, 2012. p. 19

Nesse compasso, considerando que o Estado está incumbido de fazer a proteção dos bens jurídicos mais importantes, nada mais natural do que a tomada de medidas para preservá-los, de forma a fazer respeitar as normas tipificadas a fim de dar uma resposta à sociedade.

Contudo, é necessário que a pretensão punitiva do Estado cumpra o seu dever em determinado lapso temporal plausível para a sua efetividade, ao passo que a grande delonga em satisfazer o *jus puniend* faz com que o escopo pretendido se perca e a sua finalidade não seja mais pertinente, até mesmo porque a demora gerou um esquecimento da lesão jurídica e de seus reflexos na sociedade e por essa razão criou-se o instituto da prescrição<sup>68</sup>, até mesmo como forma de cobrar do Estado providências em tempo razoável, o que muitas vezes não é permitido pela imensa demanda de processos.

Visto isso, pode-se inferir que a aplicação do instituto da prescrição em perspectiva é uma forma de atenuar os danos oriundos do déficit do sistema, ou seja, da demora, para o julgamento dos fatos, de modo a fazer com que se extingam os processos inócuos e viabilize a concentração da atenção do judiciário em processos que realmente mereçam, os quais terão resultado útil, a fim de preservar a efetivação da pretensão punitiva Estatal, a qual terá seus efeitos sobre o indivíduo e a sociedade.

### **3.3 Fundamentos da prescrição em perspectiva:**

Vários são os argumentos a justificar a prescrição virtual, a qual foi se inserindo ao longo da história no âmbito do direito penal, com teses fundamentando a sua necessidade para fins de economia processual, desafogamento de processos, preservação dos direitos do réu e inclusive da sociedade, a qual tem o direito de ver ser julgado um processo em lastro mínimo plausível.

Neste sentido:

A aplicação do instituto da prescrição em perspectiva fundamenta-se basicamente em razões de política criminal, consistentes em auxiliar a administração da justiça, que se encontra sobrecarregada de processos,

---

<sup>68</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. S.A., 2004. p. 403 e 404.

tornando-a mais célere; economizar recursos humanos e materiais, uma vez que pessoas e equipamentos serão poupados; evitar o desgaste judicial provocado pela ineficácia das decisões; livrar o réu da penalização pela morosidade da Justiça. Consubstanciados nos fundamentos políticos apresentados acima, os partidários do instituto da prescrição em perspectiva buscam evitar que o aparelho estatal seja movimentado sem motivo. Para eles, não há interesse do Estado em movimentar toda a máquina na persecução punitiva para, ao final, perceber que extinta está a punibilidade. Movido por razões de política criminal, e atendendo aos reclamos da sociedade, que está a pedir mais agilidade e eficácia nas decisões judiciais, é que falamos no novo instituto<sup>69</sup>

Assim, é possível a inferência de que a prescrição fundamenta-se em tornar mais célere a justiça, evitar que processos improfícuos tomem o lugar daqueles que ainda poderão ter a efetiva atuação do *jus puniend* Estatal, fazendo com que se desfaça o acúmulo de processo nos fóruns e varas criminais das jurisdições, ademais, além de razões de política criminal o instituto da prescrição virtual tem como fundamento o respeito a princípios constitucionais do indivíduo, o qual tem o direito de ser seu processo julgado em tempo razoável sem que a extensa demora de uma resposta pelo judiciário acarrete prejuízo à sua vida e à sua dignidade.

### 3.3.1 Posição favorável

Aqueles que concordam com sua aplicabilidade no âmbito do direito penal e processual penal, argumentam no sentido de que devem ser respeitados os princípios da economia e celeridade processual, da instrumentalidade do processo, da falta de interesse de agir, da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana tendo seus direitos à paz e tranquilidade ceifados por um processo criminal sem utilidade<sup>70</sup>.

Considerando os argumentos supramencionados, sendo a posição favorável ao instituto, é possível visualizar que, uma vez extinto um processo inútil, cuja pretensão punitiva não alcançará sua finalidade, o Estado e a sociedade tendem a ganhar com isso, porque se estará fazendo uma economia, em vez de um dispêndio

<sup>69</sup> AMORIM, Bruno Nascimento. *Prescrição em perspectiva: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6781>>. Acesso em: 12/06/2017.

<sup>70</sup> FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008. 39 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

do dinheiro público, haja vista os valores que custa um processo para o judiciário, ademais, além da economia em pecúnia estar-se-á poupando os servidores, o Juiz, o Promotor, o Defensor público e o advogado de se esmerarem em processos fadados à prescrição.

Assim ensina Carlos Gustavo Ribeiro Reis:

Aqui, além do tempo, caro, pago pelos cofres do Estado, do Juiz, do Promotor de Justiça, dos serventuários da justiça e do Ministério Público, gasta-se com a infraestrutura (água, luz, telefone, etc.) e com os materiais diretos do processo (carta com AR, papel, tinta para impressora, material de escritório, etc.) sem falar com os gatos acessórios e periféricos de toda a sociedade (ex. contratação do advogado, dia não trabalhado para comparecer à justiça, do réu e das testemunhas, gasolina, alimentação, entre outros.<sup>71</sup>

Assim, não há porque investir em um processo cujo resultado é previsível e negativo, nesse contexto a instrumentalidade do processo está afetada, isso porque eventual julgamento estará prescrito sendo totalmente improfícuo.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

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?<sup>72</sup>

Lado outro, está evidente a ausência das condições da ação, isto porque não há o interesse de agir.<sup>73</sup>

Renato Brasileiro de Lima aduz: Ao tratarmos de condição da ação penal do interesse de agir, apresenta-se vital a importância do estudo da denominada prescrição em perspectiva<sup>74</sup>.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci:

Por outro lado, no campo processual, independentemente de avanço na seara do Direito material, longe da discussão acerca de culpa, pode-se evidenciar o desinteresse do Estado na propositura da ação penal. A avaliação de ter ocorrido, em tese, a prescrição virtual, levando-se em conta a eventual decisão condenatória e a pena cabível, diante das provas

<sup>71</sup> REIS, Carlos Gustavo Ribeiro. *Prescrição antecipada*. Rio de Janeiro: Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2007. p. 413.

<sup>72</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 251.

<sup>73</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 288.

<sup>74</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 250.

coletadas na investigação, pode provocar no titular da ação penal (Ministério Público, como regra) a falta de interesse de agir.<sup>75</sup>

Destarte, cabe ressaltar que a ação penal possui pressupostos, sendo o mais importante deles o interesse de agir, pode-se inferir que se não há interesse, conseqüentemente, não serão analisados os demais pressupostos, isso porque o *jus puniend* Estatal está eivado pela ausência de interesse, o que leva à futura ineficácia de sua pretensão<sup>76</sup>.

Demais disso, ao expor uma pessoa, não obstante ela seja ré em processo criminal, à delonga e tempo não razoável de martírio, sofrimento e angustia, fere-se um dos maiores princípios constitucionais, qual seja o da dignidade da pessoa humana, Direito fundamental, de suma importância.

Segundo Guilherme NUCCI:

Fundamental é o básico, o essencial, o alicerce de algo. Os direitos fundamentais, 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 padronizadas.<sup>77</sup>

Por fim, muito pertinente as explicações do autor supramencionado ao demonstrar como a posição favorável à aplicação do instituto da prescrição em perspectiva, refuta os argumentos que são contrários a ela. Vejamos.

Lição de Guilherme NUCCI:

Não se esta descumprindo a lei, nem há qualquer ofensa à presunção de inocência; ao contrário, consagra-se o estado de inocência, na medida exata em que o Estado-acusação recusa-se a ofertar ação penal contra o indiciado. Seria preciosismo injustificado a defesa de que, em face da formalista análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal, devesse o órgão acusatório ingressar com a demanda, promover toda a instrução do fato, chamando o réu a se defender, contratando defensor, para ao final aplicar-se pena irrisória com subsequente extinção da punibilidade. Por qual prisma se poderia insistir em ajuizar ação contra o réu, pois seria melhor para ele? Quantos indiciados iriam preferir o ajuizamento de ação, para provar sua inocência (Algo que pode não acontecer) em lugar de ter o inquérito arquivado? Parece-nos surreal a posição de defesa da ação penal a qualquer custo, mesmo fadada ao insucesso, pela singela avaliação do processo de fixação da pena.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 277.

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 288.

<sup>77</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 85.

<sup>78</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 277/288.

São essas as posições favoráveis à aplicação da prognose prescricional, posições que estão sob a égide dos princípios constitucionais e até processuais penais, que serão estudados neste trabalho.

### 3.3.2 Posição desfavorável

Aqueles contrários à aplicabilidade da prescrição pré-calculada posicionam no sentido de que há a violação dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da obrigatoriedade da ação penal pública.<sup>79</sup>

Assim, nos ensinamentos de Nucci:

Pode-se, em tese, sustentar ofensa ao princípio da presunção de inocência se, em virtude da consideração da prescrição antecipada virtual, extraia-se decisão de conteúdo penal consistente na extinção da punibilidade. Aliás, sempre sustentamos a inviabilidade desta posição tendo em vista o princípio da legalidade, afinal não há norma alguma autorizando o reconhecimento da extinção da punibilidade. Editou-se nessa ótica a súmula 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'.<sup>80</sup>

Diante disso, é possível deduzir que a posição daqueles que são desfavoráveis à prescrição prognostical se baseia no fato de não haver tipificação no ordenamento jurídico brasileiro disciplinando acerca de tal instituto e por isso sua aplicação estaria ferindo o princípio da legalidade, ademais o fato de se estar prevendo uma pena faz com que se presuma da mesma forma a condenação superveniente o que vai de encontro com o princípio da presunção de inocência.

Nessa mesma linha de raciocínio caminham aqueles que dizem estar sendo despeitado o devido processo legal, afinal ao aplicar tal instituto estar-se-ia destoando do procedimento a ser seguido, fazendo-se com que o processo tomasse um rumo diverso daquele que prevê o princípio aludido.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008. 47 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

<sup>80</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 277.

<sup>81</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

Desta forma, considerando que o princípio do devido processo legal está ligado ao da legalidade e ao do contraditório e da ampla defesa, entende-se que desrespeitando o segundo, estar-se-ia desrespeitando o primeiro e o último, isso porque o que não está na lei não pode ser utilizado no processo e caso assim seja feito, estar-se-á suprimindo, de certa forma, o direito ao contraditório e à ampla defesa, haja vista a mácula sobre a marcha do devido processo legal.<sup>82</sup>

Nucci leciona:

O devido processo legal, portanto possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de Direito penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal, no primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um aspecto de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis porque o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.<sup>83</sup>

Por fim, são essas as posições desfavoráveis à aplicação da prescrição virtual havendo posicionamento dos Tribunais neste sentido, bem como de alguns doutrinadores e juristas.

### **3.4 Princípios aplicáveis da prescrição em perspectiva:**

Consoante já referido, são princípios aplicáveis da prescrição em perspectiva, tanto para fundamentá-la quanto para refutá-la, os seguintes: Dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório, presunção de inocência, duração razoável do processo, devido processo legal, princípio da legalidade, da falta de interesse de agir e da economia processual.

---

<sup>82</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69/70.

<sup>83</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

### 3.4.1 Constitucionais:

Princípios constitucionais são aqueles de suma importância, pois estão, previstos na Carta Magna, ou seja, no ápice das orientações normativas.

Guilherme Nucci explica:

O ordenamento jurídico, em nível constitucional, prevê um conjunto de direitos e garantias humanas fundamentais, no cenário penal e processual penal, constituindo uma série de princípios indispensáveis ao correto funcionamento do aparato repressor estatal. Não se pode alçar a lei ordinária em posição superior à norma constitucional, em particular, quando esta representa um princípio, paradigma a ser observado pelo legislador e pelo operador do Direito. Eis o motivo pelo qual se deve cultivar a prevalência da Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional, aceitando-a como Carta Magna do Estado democrático de Direito e buscando, em seus princípios, a face humanizada do Direito Penal. A partir disso, a punição somente se legitima nos estreitos caminhos eleitos pela legislação, respeitando-se os postulados essenciais do Processo Penal, com vistas a atingir, igualmente, o semblante humanizado da justiça criminal.<sup>84</sup>

Nessa esteira, como bem explanou o eminente doutrinador supramencionado, o ordenamento jurídico é guiado pelos princípios constitucionais os quais devem ser observados pelo legislador e pelos juristas, operadores do Direito no âmbito do direito penal e processual penal, sendo alguns deles utilizados para fundamentar a prescrição em perspectiva, como segue.

#### 3.4.1.1 Dignidade da pessoa humana

O Princípio da dignidade da pessoa humana está ligado, notoriamente, à preservação, proteção do ser humano, tal princípio é um dos mais importantes entre aqueles que se encontram elencados como direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Segundo o que nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo artigo 7º, IV, da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade

<sup>84</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 09.

se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.<sup>85</sup>

Assim, é possível perceber que se trata de um princípio bastante amplo, pois se mistura com todos os direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, Célia Rosenthal Zisman apud Guilherme de Souza Nucci:

A consciência da dignidade do homem, a evolução da humanidade que se verifica com a aceitação da necessidade de respeito do homem como pessoa, leva ao entendimento de que a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado<sup>86</sup>.

Diante desse ensinamento fica ainda mais visível o desrespeito a este valoroso princípio ao se dar prosseguimento a um processo infrutífero, pois como muito bem aludido pela autora acima, a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de todos, mas principalmente por parte do Estado, nesse sentido não é plausível que o acusado sofra com a inoperância Estatal, a qual perdura por longos anos sem que se obtenha o deslinde processual, pois é bem sabido por todos que, não obstante a vigência do princípio da inocência no direito processual penal Brasileiro, aquele que responde a processo criminal tem sobre a sua cabeça uma espada, a qual aguarda o momento de dar seu golpe, todavia as pessoas leigas já o deram, porque o pré-julgamento sempre ocorre e com ele vêm as consequências, a perda do emprego, a perda da paz, a tristeza, a angustia e o desrespeito à dignidade daquele homem.

De suma importância e pertinência é o ensinamento Francisco Afonso Jawsnicker:

O processo criminal gera aflições e constrangimentos de toda ordem ao acusado, que aguardará por longo tempo seu julgamento, para, se condenado for, só então ter o reconhecimento da prescrição retroativa. Assim, o reconhecimento do instituto sob estudo, evita o constrangimento ilegal causado pelo processo sem justa causa.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 46.

<sup>86</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 46.

<sup>87</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 96.

Desta forma, é perfeitamente visível e irrefutável a ideia de que a não aplicação da prescrição virtual viola o princípio em estudo, pois não são poucos os processos situados em fóruns, dos quais a improficuidade é sabida, no entanto o receio de mudança e argumentos não menos importantes do que o ferimento a este princípio, fazem lá continuar a seguir seu curso, impondo ao acusado uma espécie de penalização antecipada, pois seu martírio de espera muitas vezes é muito pior do que eventual condenação.

De encontro a este pensamento leciona Marcos Bandeira apud Igor Teles:

Na verdade o prolongamento injustificável do processo penal representa, sem dúvida, afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana porque deixa o acusado de uma imputação penal preso aos gnhões de um normativo exegético formal conservador, de sorte que todo o esboço de defesa inicial não passa de um mero simulacro da defesa, já que se exige o transcorrer de todos os atos processuais – manifestamente inúteis – para no final ratificar o que já se sabia anteriormente, ou seja, a pena aplicada estará prescrita.<sup>88</sup>

Ao fim e ao cabo, diante de todo o exposto, pode-se inferir que muito mais benéfico ao réu a extinção da sua punibilidade, ou arquivamento do processo pela prescrição em perspectiva do que o suplício da espera de um vagaroso processo judicial o qual, na pior das hipóteses, teria como corolário uma sentença condenatória que sequer teria seus efeitos, haja vista a prescrição, nesse diapasão fica difícil se falar em profanação ao princípio da inocência, ao passo que tal princípio não é, com efeito, respeitado pela sociedade a qual vê com outros olhos aquele que está respondendo um processo, ao contrário disso, tal aplicação dessa modalidade de prescrição vem ao encontro do livramento do acusado de ser visto como réu por período delongado, vendo sua dignidade afetada na simples espera de uma sentença sem nenhuma utilidade.

#### **3.4.1.2 Presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência, que há pouco se falava, é aquele princípio insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, o qual vem no sentido de dar ao réu um estado de inocente enquanto não houver contra ele sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, aquele que responde a processo

---

<sup>88</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 134.

criminal não é, ou pelo menos não deveria ser, considerado culpado, presumindo-se a sua inocência até que seja provado o contrário. Vejamos:

Artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>89</sup>

Consoante leciona Cesare Beccaria apud Renato Brasileiro de Lima: um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.<sup>90</sup>

NUCCI aduz:

Inocente se nasce, permanecendo-se neste estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provar a ocorrência de uma definitiva condenação<sup>91</sup>

Visto isso, importa frisar, consoante já mencionado em momento anterior, que muitos são aqueles que se colocam contrários à aplicação da prescrição em perspectiva com o argumento de que tal aplicação fere o princípio ora estudado, isso porque não se pode afirmar, segundo esse entendimento, que o réu será condenado, haja vista a presunção de sua inocência, assim, inviável a extinção de sua punibilidade com base em uma pena hipotética, pois desta forma, fazendo-se uma perspectiva da pena a ser aplicada estar-se-ia, conseqüentemente, presumindo a condenação.<sup>92</sup>

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima:

Apesar de o reconhecimento antecipado da prescrição ser uma rotina no dia a dia de fóruns criminais, contando com o respaldo de respeitada parte da doutrina processual penal, convém destacar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se posicionado contrariamente a ela, sob o argumento de que referida espécie de prescrição não tem amparo no ordenamento jurídico pátrio, além de contrariar o princípio da presunção de não culpabilidade, já que parte do pressuposto de que o acusado será condenado ao final do processo.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 29.

<sup>90</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 11.

<sup>91</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 264.

<sup>92</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 251/252.

<sup>93</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 251/252.

Todavia, não obstante tal posicionamento é importante esclarecer que há também muitos entendimentos no sentido de que a aplicação da prognose prescricional não viola o princípio da presunção de não culpabilidade.

Neste pensar, Francisco JAWSNICKER dispõe que:

Se é reconhecido que mesmo após prolação de sentença condenatória, com o advento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declaração da extinção da punibilidade do agente, este não tem qualquer interesse em recorrer para obtenção da absolvição, a contrario sensu, com muito mais razão se pode afirmar que a prescrição antecipada não fere qualquer direito do suspeito ou do acusado à absolvição.<sup>94</sup>

Tal entendimento faz muito sentido, isso porque o ordenamento jurídico pátrio adota um sistema baseado no princípio do *in dubio pro reo*, o qual está intrínseco ao princípio da inocência, assim, se há dúvida acerca da culpabilidade, cujo ônus probatório é da acusação, prevalece a presunção de sua inocência<sup>95</sup>.

Guilherme NUCCI leciona:

É tradicional a expressão *in dubio pro reo*, significando que, em caso de dúvida decide-se, sempre, em favor do réu. Porque se deve agir desse modo? De onde se extrai tamanho favor legal? Porque o interesse prevalente de uma das partes? As respostas encontram apoio do estado de inocência natural do ser humano.<sup>96</sup>

Nessa esteira, é mais benéfico para o réu a extinção da punibilidade e conseqüentemente o arquivamento do processo, do que a espera por eventual sentença que pode inclusive ser absolutória por ter, da mesma forma, permanecido alguma dúvida que culminou no decreto absolutório.

Ademais, ao fazer uma perspectiva da pena a ser aplicada não está se afirmando a condenação, tampouco se descrendo na inocência do réu, mas apenas fazendo-se uma perspectiva sobre a pior das hipóteses para o acusado do resultado daquele processo que, neste caso, resultaria, igualmente, na extinção da punibilidade e, pior, após a condenação, ou seja, com julgamento de mérito, o que, com efeito, seria muito mais prejudicial ao réu.

---

<sup>94</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição Penal Antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 126.

<sup>95</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 264/265.

<sup>96</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 271.

Nesse diapasão pode-se inferir que a decisão que extingue o processo não faz julgamento de mérito<sup>97</sup> e por essa razão não impõe qualquer dúvida acerca da inocência do acusado, até porque não há que se falar em ferir tal princípio ao decretar a prescrição, pois caso se sinta prejudicado, poderá o réu recorrer e reverter tal decisão, ademais a prescrição é matéria de ordem pública e pode ser declarada pelo juiz em qualquer fase do processo<sup>98</sup>, não necessitando que se aguarde até a sentença final, pois a extinção da punibilidade impede, como já aludido, o julgamento do mérito, mas não obsta a apreciação do poder judiciário, a qual deve ser preservada, todavia não significa que o processo chegará até a fase sentencial.

Nesse sentido Julio Travessa faz alusão:

Ora, o cidadão, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre tem direito a uma decisão de mérito, ele sempre tem direito a prestação jurisdicional, que pode desencadear em sua condenação, absolvição ou numa declaração de extinção de punibilidade. Pode-se citar como exemplo de uma prestação jurisdicional sem análise do mérito da causa, o acolhimento de uma preliminar processual de defeito de representação das partes.<sup>99</sup>

Por tais razões é possível a conclusão de que a presunção de inocência, em nenhuma hipótese, estará sendo violada com a aplicação do instituto da prescrição em perspectiva, o qual além de várias outras finalidades, vem como benefício ao réu e não ao contrário.

### **3.4.1.3 Ampla defesa e contraditório**

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos no artigo 5º, inciso LV, da Lei maior.

Artigo 5º, inciso LV: aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. S.A., 2004. p. 422.

<sup>98</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 578.

<sup>99</sup> TRAVESSA, Julio Cezar Lemos. *O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa*. JusPodivm, 2008. p. 156.

<sup>100</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 29.

Alguns juristas se utilizam do argumento de que há a violação dos princípios em tela ao se aplicar a prescrição em perspectiva, para explicar o porque eles se manifestam assim, importa explicar tais princípios. Assim, o princípio da ampla defesa está intrínseco ao do contraditório, mas não se confundem, pois é por meio deste último que estará exercendo a ampla defesa, que nada mais é do que o direito constitucional de ser ouvido de apresentar suas razões, produzir provas, bem como defender-se, argumentar no sentido contrário às alegações feitas pela outra parte, utilizando-se de todos os meios legais possíveis para garantir que sua pretensão seja acolhida pelo magistrado.<sup>101</sup>

Lado outro, o princípio do contraditório visa permitir que um argumento seja rebatido, contrariado pela outra parte, a qual foi cientificada e instada a participar da discussão. Nessa mesma linha de pensamento leciona Renato Brasileiro de Lima: seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.<sup>102</sup>

Nesse contexto, aqueles contrários à espécie de prescrição em estudo, argumentam no sentido de que fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao passo que se estaria fazendo um juízo de condenação, sem que se tenha permitido o uso de todos os meios de prova até o final, bem como a instrução processual do processo, afinal a prescrição retroativa tem como pressuposto a condenação com o trânsito em julgado.<sup>103</sup>

Nessa linha de raciocínio prega Aramis NASSIF apud de Cleber Damasceno Ferreira:

Alerta-se que, em que pese os argumentos favoráveis ao instituto criticado, de existência meramente teórica, sem reconhecimento legal, serem relativamente consistentes, é de ver que, ante o pressuposto de futuro apenamento – e não há como fugir da dosimetria virtual da pena para verificar a ocorrência do fenômeno prescritivo - a prescrição em perspectiva implicaria, inevitavelmente, na formação de juízo condenatório apriorístico, ou seja, sem a construção adequada da (in)formação probatória, pois, se instruído o feito, convencido o juiz pela condenação, a sentença a ser

---

<sup>101</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 23/25.

<sup>102</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 19.

<sup>103</sup> FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008. 47 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

prolatada seria de mérito, com fixação da pena e, se fosse a hipótese, com a extinção da punibilidade.<sup>104</sup>

Não obstante os argumentos contrários, tais ilações não devem prevalecer, pois não há que se falar em ofensa ao contraditório, haja vista o fato de este ter sido preservado durante o andamento do processo, tendo sido o réu instado a se manifestar e contrapor pontos, ainda que extinto o processo, até aquele momento foram respeitados todos os princípios, não há que se falar em condenação, o que se faz é apenas uma perspectiva, desta forma, consoante já explanado ao discorrer sobre a presunção de inocência, não se está condenando desde já o réu, mas apenas prevendo que na pior das hipóteses, condenação, o resultado do processo seria o mesmo, extinção da punibilidade, arquivamento do processo, o que se faz, na verdade, é antecipar o resultado final, mas sem fazer um juízo acerca do mérito.

#### **3.4.1.4 Duração razoável do processo**

Durante o andamento do processo, o qual deve seguir seus trâmites legais, deve haver um lapso temporal razoável para se alcançar o fim pretendido, ou seja, para instruir o processo e chegar a uma decisão.<sup>105</sup>

Existe previsão legal para o cumprimento dos atos processuais, mas circunstâncias fazem com que tais prazos se excedam, por exemplo, após oferecida a denúncia, o magistrado ordena a citação do acusado para que este se manifeste, faça sua defesa, no prazo de 10 (dez dias) e, tanto é importante o cumprimento desse prazo para que o processo seja mais célere que o legislador tipificou uma solução para o descumprimento de tal prazo, isso porque no direito penal e processual penal a defesa é imprescindível e direito fundamental do réu, não se podendo dar andamento ao processo sem o respeito a tal direito, desta forma, ao supor que o réu, devidamente citado, não providenciou defesa, entende pelo seu

---

<sup>104</sup> NASSIF, Aramis. *Apud FERREIRA, Cleber Damasceno. Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008. 55 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

<sup>105</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 363/364.

desinteresse em constituir seu próprio advogado, por isso determina a intimação da Defensoria Pública, ou nomeação de advogado dativo para que apresente a defesa do réu fazendo com que o processo passe da estagnação ao andamento.<sup>106</sup> Vejamos:

Consoante muito bem disciplina o artigo 396 do Código de Processo Penal: Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.<sup>107</sup>

Por conseguinte, o legislador prevê, conforme já aludido, uma solução em caso de inércia por parte do acusado, consoante explicitado no artigo 396-A, § 2º do mesmo dispositivo legal: Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.<sup>108</sup>

Todavia, não obstante o legislador tenha se propiciado a resolver a questão, o cerne dessa questão não se encontra na resposta do réu, mas na dificuldade em encontrá-lo, pensando nisso o legislador, da mesma forma, criou mecanismo para evitar a prescrição, conforme artigo 366 do Código de Processo Penal, buscando evitar a prescrição determinando a citação por edital e a suspensão do processo e do prazo prescricional, ocorre que nesse ínterim já se passaram anos, até que o réu é de fato encontrado, o que permite o prosseguimento do processo.

Demais disso, após a defesa do réu, o magistrado, se mantiver o recebimento da denúncia, deverá designar audiência de instrução, a qual, segundo prevê o ordenamento jurídico deve ser realizada em 60 dias.

#### Artigo 400 do Código Penal:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista, 2012. p. 364.

<sup>107</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 600.

<sup>108</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 600.

<sup>109</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 601.

Ocorre que com o passar do tempo, a jurisprudência entendeu que deve haver uma razoabilidade para se apurar se de fato o andamento daquele processo está moroso por algum motivo não plausível, ou se há justificativa para a dilação dos prazos previstos em lei, pois a jurisprudência entendeu necessária, o que, com efeito, é, uma avaliação sobre a complexidade do fato, o andamento da comarca, a quantidade de processos, a pauta do magistrado etc.<sup>110</sup>

Nesse sentido Guilherme de Souza NUCCI ensina:

Para a sucessiva prática dos atos processuais, há prazos a serem observados, alguns de natureza peremptória e outros com caráter dilatatório. De todo modo, pode-se construir um quadro geral, abrangendo todos os prazos indicados em lei para o andamento do feito, concluindo-se por um número qualquer. Anteriormente à reforma de 2008, a somatória dos prazos erigia-se à base de 81 dias. Porém, com o tempo, vislumbrou-se a inadequação de uma contagem matemática para realidades processuais tão díspares. Surgiu, naturalmente, na jurisprudência o conceito da razoabilidade para apurar se houve ou não excesso de prazo durante a instrução. Em outros termos, se teria havido constrangimento ilegal, gerado pela lentidão do Estado-Juiz<sup>111</sup>.

Visto isso, pode-se inferir que existe a possibilidade de dilatar os prazos previstos em lei, de acordo com a realidade daquele local onde se encontram os processos e concluir se há ou não desrespeito ao princípio da duração razoável do processo, todavia é sabido que o problema maior está na funcionalidade do judiciário, por exemplo, existem resoluções internas de determinados tribunais, como o do Rio Grande do Sul, que determinam a intimação de réus que não estejam presos, bem como testemunhas de tais processos, por carta com aviso de recebimento (AR), sendo possível somente a intimação por mandado de testemunhas de processos com réus presos, processos considerados urgentes e com iminente prescrição.

Nesse sentido importa expor a resolução n.º 1122/2016 do Conselho da Magistratura (COMAG), que em seu artigo 5º e parágrafo único, dispõe:

ART. 5º NOS PROCESSOS CRIMINAIS, AS INTIMAÇÕES SERÃO FEITAS PELO CORREIO, DESDE QUE SEU DESTINATÁRIO TENHA ENDEREÇO CERTO E SUA RESIDÊNCIA SEJA ATENDIDA POR SERVIÇO DE ENTREGA DOMICILIAR DA EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, RESSALVADA A HIPÓTESE EM QUE HOVER DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA DEFININDO MODO DIVERSO DE COMUNICAÇÃO PARA O CASO CONCRETO.

<sup>110</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 364.

<sup>111</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 364.

PARÁGRAFO ÚNICO. NOS PROCESSOS CRIMINAIS COM RÉU PRESO OU QUANDO HOUVER A IMINÊNCIA DE PRESCRIÇÃO, AS INTIMAÇÕES DOS ACUSADOS, TESTEMUNHAS E JURADOS SERÃO REALIZADAS POR OFICIAL DE JUSTIÇA.<sup>112</sup>

Nesse contexto, será que há credibilidade no fato de um carteiro fazer uma intimação para comparecimento em audiência de processo criminal? Será que a grande maioria, personagens do processo penal, réus e testemunhas, tem intelecto, estudo, suficiente para entender o que aquela carta com aviso de recebimento (AR) quer dizer, ou pelo fato de sua ignorância, não pejorativamente, acabam por não dar importância, pensando ser mais um documento qualquer, uma conta, ou até mesmo um aviso, propaganda, que não lhes interessa?

Ademais, será que um carteiro tem o mesmo impacto, poder de persuasão, do que um Oficial de justiça? Parece que não, e são essas burocracias do judiciário somadas à vasta gama de processos que fazem com que os processos não andem, até porque, é trivial, bem como foi anteriormente comentado, que o direito de defesa é imprescindível no processo penal e por isso, sem a presença do réu não é possível realizar a audiência e demais atos processuais, tampouco seria plausível decretar sua revelia com base em um retorno de uma carta com aviso de recebimento (AR), recebida por terceira pessoa, como saber que de fato o réu teve ciência da realização daquele ato e mesmo assim não quis comparecer?

A resposta para todas as perguntas é não, o carteiro não deve fazer o trabalho do oficial de justiça, assim como não pode o magistrado realizar uma audiência decretando a revelia do réu com base em um Aviso de recebimento (AR), recebido por terceira pessoa, assim fica claro que a morosidade do poder judiciário não pode quedar-se sobre o acusado, tampouco sobre a sociedade, os quais têm direito de ver tal circunstância solucionada em período razoável.

Por todo o exposto é plenamente admissível a conclusão de que a aplicação da prescrição deve ser imposta quando do momento de sua percepção, mormente aquela em perspectiva, sob pena de um processo infundável recair sobre o réu de modo a fazer com que ele arque com as dores de uma vagarosidade da qual em nada contribuiu para que ocorresse.

---

<sup>112</sup> BRASIL. Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Resolução nº 1122/2016*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/administrativa/>>. Acesso em 11/06/2017.

Por essa razão não é plausível que determinado processo cuja pena mínima é de seis meses, por exemplo, se arraste por mais de quatro anos, por pura vagariedade do sistema, pois se sabe que ao final, o réu terá a sua pena no mínimo legal quando da prolação da sentença, qual seja, seis meses, e a prescrição será irrefragavelmente reconhecida, tendo ele passado longos quatro anos sem uma resposta do judiciário, sem um lapso minimamente razoável para um decreto final.

Sem olvidar de que determinadas situações, burocratizações, importas pelos regimentos internos de cada Tribunal, que muitas vezes vão de encontro com a própria legislação, além de fazer com que se instale a morosidade processual, incentivam tal vagariedade de forma a levar os processos à prescrição, assim necessária mudança em tais circunstâncias, pois se a mesma não ocorre, imprescindível é a aplicação da prescrição em perspectiva a fim de ao menos evitar que o réu pague, de certa forma, por problemas de ordem administrativa que atrasam o processo.

#### **3.4.1.5 Devido processo legal**

O princípio do devido processo legal está descrito no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil: Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.<sup>113</sup>

Tal princípio tem o fito de assegurar direitos, dar segurança jurídica, pois algo importante só pode ser tirado de alguém após o devido processo legal. Ele está muito ligado aos demais princípios, então vale dizer que a ação somente respeitará o princípio do devido processo legal se respeitar os demais princípios.<sup>114</sup>

Leciona Guilherme NUCCI:

A ação e o processo Penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um judiciário imparcial e independente, A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla

---

<sup>113</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 29.

<sup>114</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.69/ 70.

defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal.<sup>115</sup>

O princípio ora estudado vem sendo usado por aqueles que são contra a aplicabilidade do instituto da prescrição em perspectiva sob o prisma de que a incidência de tal instituto fere o princípio do devido processo legal, pois faz cessar seu andamento de forma prematura, impedindo assim a realização de todas as etapas processuais, em tese, necessárias.

Notadamente tal entendimento não deve prevalecer, pois consoante se disse, o devido processo legal está ligado aos demais princípios, assim, se não há sequer o interesse de agir, o que impede a instauração da ação penal culminando na ausência de justa causa, não há que se falar em violação do devido processo legal, pois, em tese, ele nem deveria estar em andamento por ausência de pressupostos mínimos.

O que se está a fazer na verdade, ao se utilizar do instituto da prescrição virtual nada mais é do que privilegiar o princípio em tela, isso porque o procedimento a ser seguido em caso de ausência de interesse de agir é justamente a determinação do arquivamento do processo, ao passo que ao prosseguir com um processo eivado pela falta de interesse de agir, se chegando até a sentença final, é que se está ferindo tal princípio, pois o processo não era devido, não deveria estar em curso, o que de fato desrespeita o preceito constitucional.<sup>116</sup>

### 3.4.2 Infraconstitucionais:

O direito penal e processual penal possui seus próprios princípios, os quais norteiam a aplicação da lei criminal.

Na lição de NUCCI:

Nos campos penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.).<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 70.

<sup>116</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 288.

<sup>117</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45.

Desta forma, não obstante sejam princípios infraconstitucionais, devem ser, da mesma forma, observados quando da aplicação da lei penal, pois são de suma importância para resguardar os direitos inerentes à pessoa, bem como aqueles de cunho processual, nesse contexto, tais princípios são por vezes, igualmente, utilizados para justificar a aplicação ou não da prescrição em perspectiva, consoante passaremos a explanar.

### 3.4.2.1 Legalidade

O princípio da legalidade está consagrado pelo artigo 1º do Código penal: Artigo. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.<sup>118</sup>

Assim, pode-se inferir que tal princípio tem o escopo de determinar a existência de lei prévia para a posterior tomada de decisões, nesse contexto, este é um dos principais argumentos para refutar a incidência da prescrição em perspectiva.

Isso porque aqueles que são contrários à sua incidência remetem à ausência de sua possibilidade por não haver no ordenamento jurídico dispositivo normativo explícito dando por aplicável tal instituto, inclusive este é o entendimento dos tribunais. Vejamos:

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. 1 - ADMISSIBILIDADE. Apelação conhecida como recurso em sentido estrito em face do princípio da fungibilidade (art. 579 do Código de Processo Penal). Respeitado o prazo de interposição e não configurado o erro grosseiro. 2 - PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA. Inadmissibilidade da extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, projetada ou antecipada, com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada. **Ausência de Previsão Legal. Violação a Princípios Constitucionais. Súmula 438 do STJ. Precedentes do STF. No caso concreto, a pena máxima do delito descrito na denúncia é de 05 anos de reclusão.** O lapso prescricional aplicável, portanto, é de 12 anos, consoante o art. 109, inc. III, do Código Penal. A denúncia, marco interruptivo da prescrição, foi recebida em 07.01.2010. Portanto, não houve o transcurso lapso temporal superior a 12 anos entre a data do recebimento da denúncia e a presente data. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECURSO PROVIDO.

<sup>118</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 501.

PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO DEFENSIVO. (Apelação Crime Nº 70070603774, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 31/05/2017).<sup>119</sup>(Grifos nossos).

Não obstante o entendimento, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a súmula 438, consoante já aludido, tal argumento pode e é bem rechaçado por muitos juristas, até mesmo porque a lei não necessariamente será interpretada em sua letra fria, havendo previsão da prescrição retroativa, bem como determinação dos prazos e a respectiva prescrição no artigo 109, ademais os dispositivos previstos nos artigos 59 e 68 do Código Penal permitem o cálculo da pena, bem como o artigo 395, incisos I e II, do Código de Processo Penal, disciplinam acerca da possibilidade de o juiz não receber a denúncia caso falte pressuposto ou condição para o exercício da ação penal, ou justa causa para o seu exercício e assim sucessivamente, vários outros dispositivos legais permitem a incidência da prescrição virtual, por analogia, embora não esteja expressamente prevista.

Nessa linha de pensamento, Juíza Eliane Alfradique apud de Cleber Damasceno Ferreira:

Realmente o nosso Código Penal e nosso Código de Processo Penal não contemplam de forma expressa a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva. Não há nenhum dispositivo que reze: “A prescrição retroativa antecipada retira a justa causa e o interesse de agir da ação penal, impossibilitando o seu exercício ou prosseguimento”. Não existe qualquer norma parecida ou análoga. No entanto, não é a falta de previsão expressa que vai afastar a sua constatação e sua existência. Aliás, esse entendimento decorre de uma certa confusão ou desconhecimento mais aprofundados da prescrição virtual em que se encontra certos operadores do direito. Como já foi dito anteriormente, apesar do nome deste instituto ser prescrição virtual ou antecipada, não há que se falar em extinção da punibilidade. Seu fundamento é a falta de interesse de agir ou da justa causa. Uma vez entendida esta diferença, não se pode alegar falta de amparo legal para o seu prestígio, pois que o artigo 43, inciso III do Código de Processo Penal reza que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Deste modo ausente o interesse de agir, saliente-se, fundamento da prescrição virtual, a peça acusatória inicial deverá ser rejeitada, eis que inexistente uma das condições para o exercício da ação.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em sentido Estrito nº 70070603774*. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 31 de outubro de 2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/2017.

<sup>120</sup> ALFRADIQUE, Eliane. *Apud FERREIRA, Cleber Damasceno. Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008. 52 f. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

Assim, segundo a renomada magistrada não há que se falar em ausência de previsão legal, uma vez que a prescrição em perspectiva nada mais é do que um desdobramento do interesse de agir, afinal de contas não há porque o Estado esmerar-se em processo que sabe ser ineficaz, estando maculado o seu interesse de agir, o qual tem previsão legal para tanto e analogicamente permite a sua utilização para os casos de aplicação da prescrição virtual.

Nesse mesmo raciocínio o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que:

**Ementa: PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.** Tendo em vista que, no caso, tem-se a certeza que a punição futura não passará dos dois anos de prisão e multa (furto qualificado tentado de agente sem antecedentes), é possível reconhecer a declaração da **prescrição** da pretensão punitiva em nome da pena futura. **E destaca-se que o processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil.** Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social e com desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. **DECISÃO:** Recurso ministerial desprovido. Unânime. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70045083276, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 06/10/2011).<sup>121</sup> (Grifos nossos).

Ademais é sabido que o ordenamento jurídico pátrio não está adstrito a aplicação da letra fria da lei, sendo possível em casos semelhantes a interpretação por analogia, vejamos:

**Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA E FALTA DE URBANIDADE E RESPEITO NO TRATO COM OS DEMAIS CONDENADOS. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL. AUSÊNCIA DE PAD E IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE REFERENTE À FUGA.** Impossibilidade de reconhecimento da falta grave e aplicação de seus consectários legais diante da ausência da instauração e conclusão de procedimento administrativo disciplinar com defensor habilitado acompanhando seus atos. Orientação do STJ em incidente de recurso repetitivo (resp. Nº 1.378.557/RS). A audiência admonitória não supre a ausência do Procedimento Administrativo Disciplinar, ocorrendo nulidade insanável que contamina todo o procedimento judicial de apuração da falta grave. **diante da ausência de lei federal regulando a prescrição judicial das faltas perpetradas no curso do processo de execução, as Cortes Superiores adotaram o entendimento no sentido de que se aplica, por analogia, o lapso temporal previsto no artigo 109, inciso VI, do Código Penal, ou seja, de 03 (três) anos para os fatos ocorridos na vigência da Lei n.º 12.234/2010, ou de 02 (dois) anos em se tratando de**

<sup>121</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em sentido Estrito nº 70045083276*. Relator: Sylvio Baptista Neto. Julgado em 06 de outubro de 2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/2017.

**fatos praticados em período anterior a publicação da referida lei.** PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BUSCA DA VERDADE REAL E DO IN DUBIO PRO REU. AFASTADA. Inexistência de instrução precária do procedimento administrativo disciplinar instaurado para averiguar a ocorrência de desrespeito entre os apenados. MÉRITO. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. O conflito entre os apenados não produziu conseqüências que justificassem o seu reconhecimento como falta grave, tampouco a aplicação de seus consectários legais. Tendo em vista que a infração disciplinar não gerou lesões entre os detentos, tampouco causou impacto na disciplina interna do estabelecimento. Eventual reconhecimento judicial da conduta em análise como falta grave surtiria reprimendas que não se adequariam, uma vez que excederiam o limite necessário para produzir no apenado à compreensão da negatividade dos atos por ele praticados, gerando indesejável desproporcionalidade que colocaria em risco sua reintegração social. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL PARCIALMENTE ACOLHIDA, POR MAIORIA, PARA INSTAURAÇÃO DO PAD PARA APURAÇÃO DA FUGA. NO MÉRITO, AGRAVO PREJUDICADO EM PARTE E, NA OUTRA, DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo Nº 70072184195, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 25/05/2017).<sup>122</sup> (Grifos nossos).

Pois bem, se no caso acima é possível a analogia da prescrição prevista no artigo 109, inciso VI, do Código Penal, para prescrição de falta grave, a qual não tem previsão legal, porque não fazer analogia do artigo da prescrição retroativa fazendo a sua incidência a depender do caso? Ou ainda fazer analogia a qualquer outro caso que extinga o processo por ausência de interesse de agir, pois, de fato, se o processo está fadado à prescrição não há que se falar em interesse Estatal em movimentá-lo.

Assim, analogicamente, pode-se concluir que se a prescrição em perspectiva não pode ser aceita pela ausência de dispositivo legal que a expresse, da mesma forma, não seria possível estabelecer um prazo prescricional para a falta disciplinar, por não haver, igualmente, regulamento expresso na Lei de Execuções Penais (LEP), no entanto a jurisprudência usou a analogia aos dispositivos legais existentes para determinar tal prazo.

Por todo o exposto, fica a reflexão de que a analogia é plenamente possível em nosso ordenamento jurídico, não havendo que se falar, no caso da prognose prescricional, em violação do princípio da legalidade.

---

<sup>122</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo Nº 70072184195*. Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 25 de maio 2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/ 2017.

### 3.4.2.2 Falta de interesse de agir

Tal princípio está ligado à utilidade do processo. Este é ponto chave dos argumentos favoráveis à aplicação da prescrição em perspectiva, isso porque é necessário se vislumbrar o mínimo de interesse no resultado final para que se ingresse com uma ação penal.

Na lição de Renato Brasileiro de Lima:

Como já se pode visualizar que, fatalmente, a pena a ser aplicada acarretaria a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, e, portanto, que a sentença penal condenatória seria ineficaz quanto aos seus efeitos penais e civis, pensamos que não há qualquer utilidade em tal demanda. Não se trata de requerer o arquivamento com base em causa extintiva de punibilidade, já que a prescrição em perspectiva não tem amparo legal. Cuida-se, sim, de requerer o arquivamento do inquérito policial com fundamento no interesse de agir, condição *sine qua non* para o regular exercício do direito de ação. Afinal, qual a utilidade de se levar adiante um processo penal em que já se pode visualizar, antecipadamente, superveniência da prescrição?<sup>123</sup>

Por isso, importa dizer que a ação penal necessita de requisitos básicos para que o Estado dê início à persecução penal, sob pena de ausência de justa causa para a ação.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima disciplina:

A justa causa é o suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação.<sup>124</sup>

Assim, com base no inquérito policial se consegue aferir um lastro probatório mínimo para se ingressar com a ação penal, sob a égide da justa causa, todavia, se ausente o interesse de agir, não há que se falar na presença de justa causa, pois a falta de uma utilidade daquela ação, resultado final, impede que tal procedimento seja instaurado por estar eivado pela ausência do interesse Estatal na demanda.<sup>125</sup>

Neste sentido Celso Delmanto discorre:

A nosso ver, acreditamos que solução para este impasse não se encontra na extinção da punibilidade com base na pena que seria imposta em possível condenação, que realmente nos parece difícil de sustentar, mas, sim, na falta de justa causa para a persecução penal. Com efeito, tendo em vista que o poder-dever de promover a perseguição do indigitado autor da

<sup>123</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 253.

<sup>124</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 253.

<sup>125</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 253.

infração penal tem por fundamento o próprio poder-dever de punir, não há sentido em admitir-se a persecução penal quando ela é natimorta, já que o poder de punir, se houver condenação, fatalmente encontrar-se-á extinto. Perder-se-ia todo o trabalho desempenhado, até mesmo para efeitos civis, já que, ao final, estaria extinta a pretensão punitiva. [...] Portanto, não se estaria decretando a extinção da punibilidade, mas deixando de dar continuidade a persecuções penais inúteis, que podem ser consideradas desprovidas de justa causa.<sup>126</sup>

Por tais observações cabe corroborar que a prescrição em perspectiva deve ser admitida, porque ao prever a pena a ser imposta ao réu com a consequente extinção da punibilidade pela prescrição retroativa ao final do processo, sabida é a sua inutilidade.

Conforme bem aduz Igor Teles Macedo:

Assim, na hipótese de admissão da instauração da demanda penal, originar-se-ia a um processo natimorto, posto que, desde o seu nascedouro já estará fadado ao fracasso, de sorte que a solução que melhor se amolda à adequada aplicação do ordenamento jurídico vigente é o reconhecimento de que o autor – neste caso o Ministério Público – é carecedor da ação, tendo em vista que a impossibilidade fática de se alcançar o desiderato almejado com a instauração da ação penal – o fim pelo qual ele foi pensado, inexistindo, portanto, interesse processual no desenrolar da persecução penal. Desta forma, ao invés de ter sido oferecida a denúncia, deveria o representante *do Parquet* ter perquirido o arquivamento dos autos do inquérito policial. Não obstante, como a denúncia foi de fato oferecida, caberia ao magistrado rejeitá-la, de pronto.<sup>127</sup>

Assim, ausente o interesse de agir pela visualização de que o processo é improfícuo, plenamente cabível o seu arquivamento com base no artigo 395, inciso II, do Código de processo Penal,<sup>128</sup> haja vista a ausência de condição para o exercício da ação. Nesse diapasão a prescrição em perspectiva ganha espaço e legitimidade, inclusive com aparo legal, consoante artigo supramencionado.<sup>129</sup>

Importante expor os ensinamentos de Rogério Greco:

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 [...] 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. Portanto, mesmo que, agora, tenha uma aplicação mais limitada, uma vez que foi extinta, pela lei 12.234, de 5 de maio de 2010, a possibilidade de ser reconhecida a prescrição retroativa, contada a partir da

<sup>126</sup> DELMANTO, Celso. et. al. *Código penal comentado*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 199 – 200.

<sup>127</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 82.

<sup>128</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 600.

<sup>129</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 251.

data do fato até o recebimento da denúncia, a possibilidade de se raciocinar com a chamada prescrição pela pena em perspectiva, ideal, hipotética ou virtual ainda se mantém.<sup>130</sup>

Desta forma, chega-se à inferência de que a ausência do interesse de agir tem respaldo legal o que dá à prescrição em perspectiva a possibilidade de sua aplicação.

### 3.4.2.3 Economia e celeridade processual

O princípio da economia processual está intrínseco à celeridade do processo, pois significa dizer que o desempenho das partes e do magistrado, bem como do sistema judiciário em si, devem se aproveitar dos melhores, mais eficazes e menos onerosos meios para o desempenho das junções judiciais.<sup>131</sup>

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

A economia no âmbito processual significa o bom uso dos instrumentos formais, colocados à disposição das partes e do Juiz, para que haja o mais adequado funcionamento e andamento dos atos processuais, culminando com um resultado eficiente e útil. Deve-se evitar o desperdício, em particular de tempo e de trabalho de todos os envolvidos no feito, abrangendo não somente as partes, mas também as pessoas que gravitam, eventualmente, em certos processos (peritos, testemunhas, vítimas etc.).<sup>132</sup>

Desta forma, aqueles que defendem a aplicabilidade da prescrição virtual no âmbito do processo penal se utilizam destes princípios para justificá-la, pois ao aplicar tal instituto está se evitando um gasto desnecessário não só do dinheiro público, mas também de trabalho e de tempo, haja vista o fato de a demanda ter um resultado totalmente insatisfatório.

Nessa linha disciplina Alberto Franco:

a prescrição em perspectiva atenderá à melhor política criminal e de dinâmica processual, vez que evitará o andamento inútil dos feitos, atenderá plenamente ao princípio da economia processual, livrará o réu das consequências negativas de um processo já fulminado pela inutilidade e contribuirá significativamente para o desafogo e a celeridade da justiça criminal.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.p. 241.

<sup>131</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012. p. 362.

<sup>132</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012. p. 362.

<sup>133</sup> FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.1321.

Assim, a fim de respeitar o princípio em tela é necessário que se busque uma boa efetividade se utilizando do menor número de atos processuais possíveis. Por tal razão é que se pode dizer que a prescrição prognostical contribui para a reverência a tais princípios, pois ao aplicar tal instituto estar-se-á evitando a movimentação desnecessária da máquina judiciária, valorizando e potencializando o serviço público, bem como o tempo dos servidores e seus recursos, não só humanos, mas materiais, como tinta, papel, energia etc., o que reflete na celeridade com que os processos vão seguir, ao passo que os servidores e o magistrado, bem como o representante do Ministério Público irão deixar de se ater a processos inúteis, dando atenção aos que realmente terão sua efetividade ao final, fazendo com que haja um desafogo de processos, impulsionando o andamento dos que ficaram e aguardam sua resolução.<sup>134</sup>

Podendo se concluir pela grande importância do instituto da prescrição em perspectiva, o qual não deve ser rechaçado pelos juristas e pelo poder judiciário, pois a sua aplicabilidade traz benefícios e vem ao encontro de princípios essenciais para o bom e efetivo andamento do processo.

### **3.5 Processo penal como um instrumento de garantia do acusado e não como uma forma de martírio ou sanção e o Princípio da Duração Razoável do Processo**

Considerando que o Direito Penal faz parte de um sistema que adere ao Estado democrático de Direito, este não deve ser utilizado como forma de martírio ou sanção, mas sim como instrumento de garantia de que os fatos serão apurados em busca da justiça, deixando de punir arbitrariamente o acusado, se utilizando de normas e princípios que dão guarida a uma segurança jurídica para a sociedade e mormente para o acusado.<sup>135</sup>

Neste sentido Capez ensina:

---

<sup>134</sup> SALVADOR, Higor Contarato. *(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 77 f. Monografia (Curso de Direito). Fundação Universidade Federal de Rondônia. Rondônia 2016. Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1052/1/MONOGRAFIA%20HIGOR.pdf> e acesso em 08/11/2016.

<sup>135</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho Estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e restando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas ao contrário, refletir, com método de ciência, o justo anseio social.<sup>136</sup>

Assim, o Direito penal não deve martirizar o acusado com delonga processual apenas para satisfazer, consoante aduziu o autor supramencionado, apelos momentâneos, devendo satisfazer o anseio social, diante disso pode-se inferir que a demora processual, a qual fere o princípio da razoável duração do processo, além de colocar o réu em situação de sofrimento, deixa de atender à função do *jus punied*, isso porque o passar dos anos leva ao esquecimento do fato e à desnecessidade de repressão, utilizando o instrumento processual penal como forma prévia de punição, em vez de garantia de segurança.

Na lição de Mirabete:

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 alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde a sua finalidade quando o infrator não reincide e se adapta à vida socia.<sup>137</sup>

Desta forma, entende-se que a aplicação do instituto ora estudado traz maior celeridade ao processo, respeitando o princípio de sua razoável duração, não sendo admissível que o processo cause penalização exacerbada ao acusado, tirando a característica de garantia e impondo um sofrimento desnecessário, ao passo que diante da demora para a elucidação dos fatos há a indiferença por parte da sociedade e conseqüentemente a ineficácia do *jus punied*.

Nos dizeres de Marcos Bandeira:

É curial o cumprimento efetivo desse preceito, no sentido de liberar o cidadão dos grilhões da cerimônia degradante de um processo penal autoritário, muitas vezes injusto, satisfazendo-se também o princípio das seguranças jurídicas nas relações sociais, bem como o de referendar o

<sup>136</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

<sup>137</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. S.A., 2004. p. 403 e 404.

processo como instrumento de garantia do indivíduo no Estado democrático de Direito.<sup>138</sup>

Destarte, considerando que ao longo dos anos o Direito Penal evoluiu e deixou de ser utilizado apenas como forma de punição, passando a ser um meio de prevenção e ressocialização, garantindo ao acusado meios de defender-se e ampliando a gama de princípios que visam proteger suas garantias individuais, não há que falar em tal direito como meio de martírio ao acusado, mas sim como instrumento em seu favor, bem como em favor da sociedade, não sendo admissível a ideia de que a vagariedade jurisdicional lhe traga uma falsa expectativa de resultado útil.<sup>139</sup>

Nesse contexto se fazem de suma importância as garantias individuais e o respeito ao princípio da duração razoável do processo, a fim de se ter uma efetividade. Assim, não cabe ao acusado o fardo demora judicial, de sua inoperância, devendo ser declarada a extinção da punibilidade de pronto, ou ainda, o arquivamento pelo desinteresse na demanda, o que justifica aplicação virtual, retirando dos ombros do acusado a dor e sofrimento de uma inadimplência de efetivação processual por parte do Estado em período razoável de tempo.<sup>140</sup>

### **3.6 A prescrição em perspectiva e a otimização dos recursos humanos (magistrados e servidores) para propiciar uma prestação jurisdicional melhor**

Consoante já aludido em momento anterior, a prescrição em perspectiva, além de vários outros benefícios, traz a otimização dos recursos humanos, possibilitando uma melhor prestação jurisdicional, isso porque, com a aplicação de tal instituto evita-se que o magistrado, promotor de Justiça e demais servidores, despendam esforços e utilizem seu tempo em processos inócuos, os quais já se sabe o final, que não haverá eficácia da prestação jurisdicional.

Desta forma, a prescrição virtual contribui para uma prestação por parte do judiciário com muito mais efetividade, prestigiando a economia processual e evitando o desprestígio à justiça, pois a extinção da punibilidade não tem o condão

<sup>138</sup> BANDEIRA Marcos. *A prescrição antecipada numa perspectiva processual constitucional*. 16. ed. São Paulo: Iob-Repertório de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, 2005. p. 492.

<sup>139</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

<sup>140</sup> ROMÃO, Cesar Eduardo Lavoura. *Prescrição Virtual: uma realidade no Direito Penal Brasileiro*. 2009.21 f. Monografia (Curso de Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 07/06/2017.

de dar a sensação de impunidade, mas sim de evitar a delonga processual, a qual impossibilita a reprodução dos fatos, prejudicando a produção de provas, pelo esquecimento, assim, a prescrição visa cobrar do judiciário uma resposta em período de tempo razoável.<sup>141</sup>

Leciona Travessa:

Equivoca-se quem sustenta que a prescrição penal é um instrumento de impunidade. Quando o magistrado decreta extinta a punibilidade, ele está na verdade extinguindo uma relação jurídica fadada à inutilidade, uma vez que a sanção penal não irá atingir a sua finalidade teleológica.<sup>142</sup>

Pelo exposto, é que se reforça a ideia da aplicação da prescrição prognostical, haja vista o prestígio aos recursos humanos e até mesmo materiais, evitando a movimentação dos esforços por parte do magistrado e dos servidores ao empenho na produção de provas, as quais serão inúteis ao final do processo, tendo em vista a inevitável prescrição.

### **3.7 Análise da jurisprudência sobre a prescrição em perceptiva:**

Até este momento temos estudado o instituto da prescrição virtual no âmbito doutrinário, porém é chegado o momento de fazermos tal estudo sob o olhar jurisprudencial.

Assim, será feita análise da jurisprudência dos Tribunais, quais sejam: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal, a fim de se chegar a uma conclusão acerca da (in) aplicabilidade da prescrição em perspectiva no nosso ordenamento jurídico.

#### **3.7.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

---

<sup>141</sup> SALVADOR, Higor Contarato. *(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 41 f. Monografia (Curso de Direito). Fundação Universidade Federal de Rondônia. Rondônia 2016. Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1052/1/MONOGRAFIA%20HIGOR.pdf> e acesso em 08/11/2016.

<sup>142</sup> TRAVESSA, Julio Cezar Lemos. *O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa*. JusPodivm, 2008. p. 63

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem posições favoráveis e contrárias à aplicação do instituto ora estudado. Vejamos:

**Ementa:** APELAÇÃO-CRIME. ABANDONO DE INCAPAZ. PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. **Inviável a aplicação da prescrição pela pena projetada ou em perspectiva, considerando o atual entendimento dos Tribunais Superiores. Incidente a Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal". A matéria também foi apreciada em sede de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal. Determinado o retorno do processo à origem para que seja analisado o mérito.** Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70073752404, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 07/06/2017).<sup>143</sup> (Grifos nossos).

Neste julgado, observa-se que o argumento utilizado é a súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como posição do Superior Tribunal Federal (STF), não havendo maiores exposições sobre a não aplicabilidade, podendo se inferir pela ausência de previsão legal e desrespeito ao princípio da inocência, pois são as arguições que dão guarida à referida súmula.

Outra posição desfavorável aduz:

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. **PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL.** 1 - ADMISSIBILIDADE. Apelação conhecida como recurso em sentido estrito em face do princípio da fungibilidade (art. 579 do Código de Processo Penal). Respeitado o prazo de interposição e não configurado o erro grosseiro. 2 - **PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA.** Inadmissibilidade da extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, projetada ou antecipada, com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada. **Ausência de Previsão Legal. Violação a Princípios Constitucionais. Súmula 438 do STJ.** Precedentes do STF. No caso concreto, a pena máxima do delito descrito na denúncia é de 05 anos de reclusão. O lapso prescricional aplicável, portanto, é de 12 anos, consoante o art. 109, inc. III, do Código Penal. A denúncia, marco interruptivo da prescrição, foi recebida em 07.01.2010. Portanto, não houve o transcurso lapso temporal superior a 12 anos entre a data do recebimento da denúncia e a presente data. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECURSO PROVIDO. PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO DEFENSIVO. (Apelação Crime Nº 70070603774, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,

<sup>143</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70073752404*. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 07/06/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 31/05/2017).<sup>144</sup> (Grifos nossos).

No julgado acima, além da súmula 438, a qual aduz a ausência de previsão legal para a aplicação de tal instituto, e do precedente do Superior Tribunal Federal (STF), o Tribunal argumentou no sentido de que a prescrição pela pena projetada viola princípios constitucionais.

Além disso, o Tribunal se manifesta no seguinte sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. TIPICIDADE DO FATO IMPUTADO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INGNIFICÂNCIA. O reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução penal do indivíduo na via estreita do habeas corpus, que não comporta o exame aprofundado do conjunto fático-probatório do processo, ocorre apenas na hipótese de evidente atipicidade da conduta, manifesta ausência de suporte probatório mínimo para a acusação, inépcia da inicial ou causa extintiva da punibilidade. Para a configuração do indiferente penal, além da inexpressividade da lesão jurídica provocada, é preciso verificar, ainda, "a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada." (STF, HC 84412, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004). E no presente caso, não se verificam de plano, todos esses vetores simultaneamente. Transposição de bloqueio organizado pela polícia rodoviária e a decorrente avariação de cone de sinalização, apresenta alto grau de reprovação, gerando sentimento de insegurança aos demais cidadãos, o que reclama imediata providência das autoridades. Por seu turno, maior incursão acerca do dolo da conduta está reservada ao Juízo da cognição penal, sendo defesa sua discussão no rito sumaríssimo deste writ. **2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. Incabível, em face da ausência de previsão legal, a extinção da punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, projetada ou antecipada, com base na aplicação de pena hipotética.** Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº 70072988256, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 26/04/2017).<sup>145</sup> (Grifos nossos).

Neste caso, o Tribunal refutou a aplicabilidade da prescrição virtual sob o argumento de que não há a ausência da justa causa, pois seria incabível a prescrição projetada com base em pena hipotética, não havendo que se falar em

<sup>144</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70070603774*. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 31/05/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/2017.

<sup>145</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus Nº 70072988256*. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 26/04/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/2017.

ausência de justa causa, por não estarem presentes todos os vetores que ensejariam tal ausência para a ação penal.

O Tribunal defende, ainda, a ideia de resguardar princípios constitucionais como o do devido processo legal, da inocência, contraditório e ampla defesa etc.

Neste sentido:

**Ementa:** APELAÇÃO-CRIME. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. 1. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO DE APELO. INADEQUAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. A extinção da punibilidade declarada na fase de absolvição sumária, logo após o oferecimento de resposta à acusação, desafia o recurso de apelação, não se fazendo diferenciação com as demais hipóteses previstas no art. 397 do CPP, conforme entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência. Na hipótese, porém, enquanto a magistrada singular tenha consignado que "absolvía sumariamente" os réus, o feito ainda não estava no momento processual para tanto, porque estes ainda não haviam sido citados, inexistindo, assim, respostas à acusação nos autos. Decisum atacado que encerrou mera declaração da extinção da punibilidade dos agentes, atraindo o art. 581, VIII do CPP. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Inexistência de má-fé. Recurso interposto no prazo legal. Apelação recebida como Recurso em Sentido Estrito. 2. **PRESCRIÇÃO ANTECIPADA PELA PENA EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. Não contemplando o ordenamento jurídico vigente a prescrição antecipada pela pena em perspectiva, não se pode reconhecê-la. A prescrição retroativa pela pena concretizada na sentença pressupõe a efetiva existência de sentença condenatória, que vai conferir ao réu o status de condenado, com a aplicação da pena correspondente, e o trânsito em julgado daquela para a acusação. Fora desses critérios legais, não se pode admitir a ocorrência de prescrição, especialmente quando tem em conta ato jurídico inexistente, futuro e totalmente imprevisível. Entendimento contrário afronta os princípios constitucionais do due process of law, porque aborta prematuramente o regular processamento do feito, impedindo o esgotamento das etapas processuais previstas em lei, que vão sustentar o édito condenatório; da ampla defesa e da presunção da inocência, de vez que o acusado tem, efetivamente, o direito ao decreto absolutório, com a proclamação de sua inocência, após o percurso processual devido, com ampla possibilidade de produção de provas. Por outro lado, retira-se do Parquet a possibilidade de insurgir-se contra a pena aplicada na sentença. Precedente do E. STF, dotado de repercussão geral. Súmula nº 438 do E. STJ. Crime de furto duplamente qualificado tentado que prevê pena máxima de 5 anos e 4 meses de reclusão - operada a redução mínima pela tentativa, em 1/3 -, atraindo o prazo prescricional de 12 anos (art. 109, III do CP), lapso temporal não decorrido entre a data do cometimento do delito (17.10.2007), anterior à reforma da lei, e o marco interruptivo do recebimento da denúncia (12.06.2009), tampouco entre este acontecimento e a data do presente julgamento (22.03.2017). Decisão desconstituída. APELO RECEBIDO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. RECURSO PROVIDO. DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE DOS RÉUS PELA **PRESCRIÇÃO** PROJETADA DESCONSTITUÍDA, DEVENDO O PROCESSO SEGUIR SEU CURSO NORMAL. (Apelação Crime Nº**

70072180359, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/03/2017).<sup>146</sup> (Grifos nossos).

Este é um julgado muito interessante, porque aponta todos os argumentos que a doutrina utiliza para afastar a aplicabilidade da prescrição prognostical.

Nesse diapasão, o julgado, além de focar na ausência de previsão legal, como todos os contrários, aduz a necessidade de sentença prévia, com trânsito em julgado, para o reconhecimento da prescrição retroativa, bem como o fato de não se poder prever fatos futuros, ademais, ao aplicar a prescrição virtual estar-se-ia pressupondo sentença condenatória, o que, de acordo com este Tribunal, estaria ferindo o princípio da inocência. Nessa linha de pensamento o julgamento utiliza a ideia de que se estaria diante de um aborto prematuro do processo, o que fere o devido processo legal, suprimindo a ampla defesa e o contraditório, ao passo que impede a realização de todas as etapas processuais e, conseqüentemente, a produção de provas, retirando do Ministério Público a oportunidade de insurgir-se da sentença.

Ainda no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS):

**Ementa:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE DECLAROU A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU PROJETADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROVIMENTO. **Vige no âmbito do processo criminal o princípio da legalidade estrita, afigurando-se excêntrica a declaração da prescrição da pretensão punitiva em tais condições, além de constituir precedente perigoso, que serve à impunidade.** Só se admite, como regra geral, o reconhecimento das duas formas clássicas de prescrição: a prescrição in abstracto, com base no limite máximo da pena legalmente cominada, e a prescrição in concreto, fulcrada na pena individualmente fixada e não mais sujeita a elevação. Precedentes jurisprudenciais. Súmula 438 do STJ. Recurso em sentido estrito provido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70069969616, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 31/05/2017).<sup>147</sup> (Grifos nossos).

Aqui, o nobre Tribunal se manifestou no sentido de que a incidência deste tipo de prescrição ensejaria precedente perigoso, além de impunidade, sendo possível somente a aplicação da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória, as quais estão previstas na legislação penal.

---

<sup>146</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime Nº 70072180359*. Relator: Fabianne Breton Baisch. Julgado em 29/03/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em Sentido estrito Nº 70069969616*. Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 31/05/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

Todavia, não obstante as posições contrárias deste colendo Tribunal, pelos mesmos argumentos expostos pela doutrina, qual sejam, ausência de previsão legal, violação a princípios constitucionais como o da inocência, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, há também posicionamentos favoráveis.

Neste sentido:

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PENA PROJETADA. POSSIBILIDADE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ACORDAO MANTIDO. No presente caso, deve ser mantido o acórdão proferido, uma vez que, como explicitado no voto combatido, não se desconhece a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de não ser possível o reconhecimento da pena projetada. **Contudo, com base em parcela relevante da doutrina pátria, é de ser reconhecida a viabilidade do reconhecimento da prescrição virtual por dois motivos evidentes - ausência de interesse de agir e economia processual.** ACÓRDAO MANTIDO EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. (Recurso Crime Nº 71006235709, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 22/05/2017).<sup>148</sup> (Grifos nossos).

Na ementa acima é possível a demonstração da possibilidade do instituto em estudo tendo em vista a ausência do interesse de agir, bem como a economia processual, consoante já defendido neste trabalho.

Ainda favorável ao instituto da prescrição virtual, decide este Tribunal:

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO TENTADO. PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA. CASO CONCRETO QUE RECLAMA A MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. **O delito de furto simples, na forma tentada, portanto sem consumação, de objeto reconhecidamente de pouco valor e praticado por menor de 21 anos, enseja, no caso concreto, a possibilidade de reconhecimento antecipado da extinção da punibilidade do agente, posto que, na hipótese de condenação e aplicação de pena em tais circunstâncias, resultará em inevitável reconhecimento da prescrição, não justificando, no caso, a movimentação da máquina judiciária.** Absolvição confirmada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70064854607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/07/2015).<sup>149</sup> (Grifos nossos).

Neste julgado o Tribunal aceita a incidência da prescrição antecipada por concordar que a pena será fixada no mínimo legal, sendo irrefragável o reconhecimento da prescrição, não havendo necessidade da movimentação da máquina judiciária.

<sup>148</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em Sentido estrito Nº 71006235709*. Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 22/05/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/2017.

<sup>149</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70064854607*. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/07/2015. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.>> Acesso em 06/06/2017.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aduz ainda:

**Ementa: PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.** Tendo em vista que, no caso, tem-se a certeza que a punição futura não passará dos dois anos de prisão e multa (furto qualificado tentado de agente sem antecedentes), é possível reconhecer a declaração da prescrição da pretensão punitiva em nome da pena futura. E destaca-se que o processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil. Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social e com desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. DECISÃO: Recurso ministerial desprovido. Unânime. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70045083276, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 06/10/2011.)<sup>150</sup> (Grifos nossos).

Tal julgado é de suma importância, pois defende a aplicabilidade da prescrição prognostical sob a ótica da certeza de que eventual pena não passará do *quantum* de dois anos, reconhecendo-se a prescrição virtual em nome da pena futura, haja vista as circunstâncias e características pessoais do réu. Defendendo que a instrumentalidade do processo não tem razão de ser, pois o resultado final levará ao nada, arguindo ainda no sentido de que não há o interesse de agir, pois este exige da ação um resultado útil.

Assim, é possível concluir que o respeitável Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não obstante reconheça a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de não ser possível o reconhecimento da pena projetada, tem a aceitado em nosso ordenamento jurídico, havendo, claro, posição majoritária contrária, porém a aceitabilidade de algumas decisões de segundo grau, bem como de muitos magistrados de primeiro grau demonstra que temos caminhado no sentido de abrir um pouco a dogmática do direito penal, reconhecendo que há sim muitos casos passíveis de incidência deste instituto por todos os argumentos explanados ao decorrer deste trabalho, os quais são veementemente defendidos pela doutrina e ainda, por alguns eminentes julgadores, consoante jurisprudências aqui colacionadas.

---

<sup>150</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em Sentido estrito Nº 70045083276*. Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 06/10/2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

### 3.7.2 Superior Tribunal de Justiça

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça é contrário à aplicação da prescrição em perspectiva e com base nesse entendimento redigiu a súmula 438, a fim de afastar a incidência da prescrição virtual por alegar que a mesma não tem substrato legal, bem como fere o princípio da inocência, entre outros argumentos.

Neste sentido:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 96, III, DA LEI N. 8.666/1993. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. 2. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO VERIFICAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP OBSERVADOS. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. 3. AUSÊNCIA DE INTERESSE. NÃO CONSTATAÇÃO. **PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INSTITUTO NÃO ACEITO. SÚMULA 438/STJ.** 4. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito, situações que não ocorrem na hipótese dos autos. 2. Consta da inicial acusatória que, o recorrente, como responsável pela empresa AGRIMAT, superfaturou o valor aplicado na obra. Consta, ainda, "que, além da alteração irregular do objeto contratado, as medições foram calculadas em quantidades maiores do que as reais medidas da área pavimentada, incorrendo no superfaturamento de R\$167.339,8 (cento e sessenta e sete mil e trezentos e trinta e nove reais e oitenta centavos), conforme indicado no Laudo às fls. 237". **Dessa forma, verifico que a denúncia não é inepta nem lhe falta justa causa. Outrossim, não há se falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, porquanto devidamente observada a disciplina do art. 41 do Código de Processo Penal. 3. Quanto ao pedido de trancamento por ausência de interesse, em virtude da alegada prescrição em perspectiva, tem-se que é entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, no verbete n. 438, 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". Assim, ainda que o recorrente não peça a extinção da punibilidade mas sim o trancamento da ação penal, tem-se que a causa de pedir, consistente no prescrição virtual da pena, permanece inadmissível. Portanto, não há se falar em trancamento da ação penal.** 4. Recurso em habeas corpus improvido. (Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 2013/0300575-9, quinta Câmara Criminal, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Reynaldo soares da Fonseca Julgado em 16/05/2017).<sup>151</sup> (Grifos nossos).

No julgado supramencionado o Superior Tribunal de Justiça reforça o seu entendimento, embasado na aludida súmula entabulada por ele, aduzindo a falta de previsão legal e afastando a ausência de justa causa pela ausência do interesse de

<sup>151</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 2013/0300575-9*. Relator: Reynaldo soares da Fonseca Julgado em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br.>> Acesso em 06/06/2017.

agir, arguindo no sentido de que presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu:

**EMENTA:** PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 438/STJ. 1. **A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio não contempla a prescrição baseada em provável pena futura, denominada prescrição antecipada, projetada ou em perspectiva, como objetiva o recorrente, mas calcula-se o prazo prescricional pela pena em concreto, aplicada na sentença, ou pelo máximo da pena in abstracto cominada ao crime, na hipótese de ainda não haver a prolação de juízo condenatório, como ocorreu na hipótese. Incidência da Súmula 438/STJ.** 2. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 2017/0060320-5, quinta Câmara Criminal, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Reynaldo soares da Fonseca. Julgado em 02/05/2017).<sup>152</sup> (Grifos nossos).

Aqui, além de frisar que entende pela não aplicabilidade pelo fato de o ornamento jurídico pátrio não contemplar tal instituto, não sendo possível a perspectiva da pena futura, salienta o cabimento somente das prescrições previstas na lei, quais sejam, aquela pela pena em abstrato, na hipótese de ainda não haver sentença e aquela baseada na pena em concreto, aplicada na sentença quando do decreto condenatório.

Ainda neste sentido:

**EMENTA:** PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. REU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES. LESÃO CORPORAL CULPOSA. PENA ABSTRATA, QUE VARIA DE DOIS MESES A UM ANO DE DETENÇÃO. INEXISTENCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, QUE SE DA EM QUATRO ANOS. RECURSO ORDINARIO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. I - EM 16/09/90, O PACIENTE, MOTORISTA DE ONIBUS, ATROPELOU UM MENOR. FOI ENQUADRADO NO PARAGRAFO 6. DO ART. 129 DO CP, CUJAS PENAS ABSTRATAS VARIAM DE 02 MESES A 01 ANO DE DETENÇÃO. A DENUNCIA FOI RECEBIDA EM 30/06/94 O RECORRENTE ALEGA QUE COMO O PACIENTE TERA CONDENAÇÃO MINIMA (PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES), DEVER-SE-A, DE PRONTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. II - **AINDA QUE TUDO ESTEJA A INDICAR QUE A CONDENAÇÃO VA FICAR AQUEM DE UM ANO DE DETENÇÃO, NÃO SE TEM, MESMO ASSIM, COMO RECONHECER A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA POR ANTECIPAÇÃO. ENQUANTO NÃO HOVER TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATORIA, A PRESCRIÇÃO SE**

<sup>152</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 2017/0060320-5*. Relator Reynaldo soares da Fonseca. Julgado em 02/05/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 06/06/2017.

**REGULA IN ABSTRATO (ART. 109, V, C/C ART. 117, I, DO CP). III - RECURSO ORDINARIO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.** (Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 1995/0009402-9, sexta Câmara Criminal, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Adhemar Maciel. Julgado em 21/03/21995).<sup>153</sup> (Grifos nossos).

Neste caso o próprio Tribunal reconheceu a probabilidade de a pena a ser aplicada ser aquém de um ano de detenção, o que ensejaria a aplicabilidade da prescrição em perspectiva, todavia, muito provavelmente, a fim de não abrir precedente, deixou de reconhecer a aplicabilidade do instituto, alegando a necessidade de aguardar a prescrição pela pena em abstrato.

Porém, data vênia máxima ao eminente Ministro relator, bem como ao colendo Superior Tribunal, cabe expor que tal entendimento se faz contraditório, pois se o próprio Tribunal reconhece que a futura pena a ser aplicada não alcançará um ano, porque esperar quatro anos para aplicar a prescrição, se a mesma já ocorreu? Ademais, isso fere princípios constitucionais e condiciona ao réu o dissabor de continuar enfrentando tal processo criminal, o qual é inócuo, ao passo que o Egrégio Tribunal já pôde verificar o quantum de pena a ser aplicada.

Pelo exposto, pode-se inferir que não obstante o recurso tenha sido improvido, o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu a futura pena a ser aplicada em quantum inferior ao máximo previsto para o tipo penal, mas mesmo assim determinou que a prescrição fosse declarada com base em tal pena.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu ainda:

**EMENTA: RHC - CONSTITUCIONAL - PENAL - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA TOMA COMO REFERENCIA DADO ALEATORIO, OU SEJA, SUPOSTA DATA DE TRANSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATORIA, OU DE HIPOTETICA CONDENAÇÃO. HA EVIDENTE OBSTACULO CONSTITUCIONAL. A CONDENAÇÃO NÃO PODE SER ACEITA PELA PARTE. URGE DESENVOLVER O PROCESSO EM TODAS AS ETAPAS. SO A SENTENÇA GERA O 'STATUS' DE CONDENADO. IMPOR-SE-IAM, ADEMAIS, TODAS AS CONSEQUENCIAS, DE QUE SÃO EXEMPLOS CONFIGURAÇÃO DE ANTECEDENTE PENAL E TITULO EXECUTORIO NO CIVEL. INSISTA-SE, INADMISSIVEIS EM NOSSO QUADRO CONSTITUCIONAL. A CONDENAÇÃO RECLAMA O DEVIDO PROCESSO LEGAL.** (Recurso ordinário em

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 1995/0009402-9*. Relator: Adhemar Maciel. Julgado em 21/03/21995. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 06/06/2017.

Habeas Corpus Nº 1993/0020137-9, sexta Câmara Criminal, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 17/08/1993).<sup>154</sup> (Grifos nossos).

O Superior Tribunal de Justiça justificou a inaplicabilidade da prescrição antecipada com fulcro no princípio do devido processo legal, refutando a referência à data do trânsito em julgado ou à hipotética pena a ser aplicada quando da sentença, pois, segundo seu entendimento, somente a sentença tem o condão de impor o status condenado.

Com efeito, somente a sentença condenatória determina que aquele réu seja considerado condenado e surjam os efeitos de tal condenação, no entanto o instituto da prescrição virtual não tem o escopo de discutir o mérito, tampouco dar ao réu o status de condenado, o que se busca na verdade é um arquivamento pela ausência do interesse de agir, o que refuta totalmente a ideia de ausência de previsão legal, bem como de violação do princípios da inocência e do devido processo legal, porque, consoante já discorrido neste trabalho, não há que se falar em ferir o devido processo legal, quando tal processo sequer tem os requisitos para seu andamento, ademais, considerando que não se está discutindo o mérito, nem ao menos se coloca em dúvida a inocência do acusado, isso porque não havendo sentença condenatória o seu status é de inocente, nos termos da Constituição Federal.

Por fim, não obstante o posicionamento contrário deste Superior Tribunal, não deve prevalecer a ideia da não aplicabilidade da prescrição virtual, haja vista todos os argumentos explanados e discorridos neste trabalho, sem olvidar que, diante do tópico anterior, se visualiza a aplicabilidade pelos Tribunais de segundo grau, bem como pelos magistrados de primeiro grau.

### **3.7.3 Supremo Tribunal Federal**

O entendimento do Superior Tribunal Federal (STF), não destoia do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA

---

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 1993/0020137-9*. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 17/08/1993. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 06/06/2017..

FINANCEIRO NACIONAL. ARTIGO 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. INADMISSIBILIDADE. REPERCUSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (Agravamento Regimental no Recurso Extraordinário Nº 863709. Primeira Turma. Superior Tribunal Federal. Relator: Luiz Fux. Julgado em 03/05/2016).<sup>155</sup> (Grifos nossos).

Consoante aduz o julgado, o Superior Tribunal Federal, na mesma linha de raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela impossibilidade da prescrição virtual pela ausência de previsão legal.

Além disso, o Superior Tribunal Federal (STF) entendeu:

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. FATOS OCORRIDOS DURANTE O EXERCÍCIO DE MANDATO DE PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/67 E NA LEI 8.666/93. RECEBIMENTO PARCIAL. PRESCRIÇÃO. 1. Denúncia pela prática de crimes previstos no art. 1º, I e IV, do Decreto-lei 201/67 e arts. 89, 92 e 96, I, da Lei 8.666/93 imputados a Deputado Federal quando no exercício de mandato de Prefeito Municipal. 2. Prescrição da pretensão punitiva do crime previsto no art. 1º, IV, do Decreto-lei 201/67 e dos crimes previstos nos arts. 89 e 92, da Lei 8.666/93. 3. **O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 602.527 QO-RG), decidiu ser inadmissível decretar a prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva, antecipada ou projetada. Entendimento que se prestigia em homenagem aos princípios da segurança jurídica e colegialidade.** 4. Não é inepta a denúncia que descreve ação típica, individualiza a conduta do denunciado, menciona sua consciência quanto aos fatos imputados e aponta indícios de autoria e materialidade. 5. Não tem cabimento a alegação de ausência de dolo quando do juízo de admissibilidade da acusação, exceto quando demonstrada estreme de dúvidas. 6. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias. 7. Prefeito Municipal que, em tese, promove superfaturamento de preços de serviços e obras públicas visando desviar ou permitir o desvio de recursos públicos, comete o crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67. 8. Denúncia parcialmente recebida pelo crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67. (Inquérito Nº 3331. Primeira Turma. Superior

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravamento Regimental no Recurso Extraordinário Nº 863709*. Relator: Luiz Fux. Julgado em 03/05/2016. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>.> Acesso em 06/06/2017.

Tribunal Federal. Relator: Edson Fachin. Julgado em 01/12/2013).<sup>156</sup> (Grifos nossos).

Aqui o Superior Tribunal Federal manifestou-se pela inaplicabilidade do instituto em estudo por alegar afronta a princípios constitucionais, bem como aduzindo homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade.

Não obstante o entendimento deste eminente Tribunal, cabe ressaltar a discordância quanto ao ponto mencionado, isso porque não há que se falar em desrespeito à segurança jurídica, tampouco em suprimir grau de jurisdição, evitando o acórdão, o que violaria o princípio da colegialidade, pois, consoante já referido inúmeras vezes no discorrer desta monografia, se não há o interesse de agir a ação está maculada, devendo o processo ser extinto, o que prestigia a segurança jurídica, segurança de que ninguém será exposto a processo sem utilidade, gerando dispêndio do dinheiro público e dos recursos materiais e humanos etc.

Ainda no entendimento do Superior Tribunal Federal:

**Ementa: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO DE RECURSOS DE OUTROS TRIBUNAIS. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 598.365-RG, REL. MIN. AYRES BRITTO, TEMA 181). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (ARE 748.371-RG, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL COM FUNDAMENTO EM PENA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE (RE 602.527 QO-RG/RS, REL. MIN. CEZAR PELUSO, TEMA 239). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. . (Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário Nº 750432. Primeira Turma. Superior Tribunal Federal. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 18/08/2015).<sup>157</sup> (Grifos nossos).**

Muitos dos que se posicionam no sentido contrário à incidência da prescrição virtual, utilizam-se do argumento de que se estaria ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal, os quais foram, da mesma forma, utilizados por este respeitável Superior Tribunal Federal para rechaçar a aplicabilidade da prescrição prognostical.

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Inquérito Nº 3331*. Relator: Edson Fachin. Julgado em 01/12/2013. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>.> Acesso em 06/06/2017.

<sup>157</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário Nº 750432*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 18/08/2015. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>.> Acesso em 06/06/2017.

Mas, embora seja o entendimento da Suprema Corte, tais argumentos já foram rebatidos neste trabalho, onde, logrou-se êxito em demonstrar que a aplicabilidade da prescrição antecipada não fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, porque estes estavam presentes até o momento do arquivamento do processo, cabendo de tal decisão recurso, o que viabiliza o contraditório, ademais não há que se falar em violação do devido processo legal, pois tal processo não deveria estar em curso por não estarem presentes requisitos mínimos a justificar o seu andamento.

Desta forma, pode-se inferir que, desde o início se frisou a contrariedade jurisprudencial quanto ao tema escolhido, todavia a doutrina tem se inclinado no sentido de aceitar tal instituto, além disso, os magistrados de primeiro grau a utilizam frequentemente, bem como os de segundo grau, conforme decisões colacionadas, por tal razão há ainda esperança de mudança destes entendimentos, porque o que se consegue visualizar de forma cristalina é o medo da mudança e de abrir precedente, não que em alguns casos, como demonstrado aqui, os tribunais não reconheçam possível a visualização da pena futura, pois há mecanismos que possibilitam tal previsão, porém preferem utilizar-se do argumento de que não há expressa previsão legal para não aplicarem a prescrição virtual.

### **3.8 Possibilidade da prescrição em perspectiva ou necessidade de alterações legislativa?**

Tendo em vista que existem vários dispositivos legais que permitem a aplicabilidade da prescrição antecipada, tais como, artigos, 59, 68 e 110 do Código Penal; 395 e 61 do Código de Processo Penal; artigos 1º e 5º da Constituição Federal, não há que se falar em necessidade de alteração legislativa, logicamente que tal alteração auxiliaria muito para a aceitabilidade de tal instituto, no entanto exigir a alteração legal para possibilitar sua incidência seria o mesmo que concordar com o posicionamento jurisprudencial.

Por isso, entende-se que a aplicabilidade da prescrição virtual é plenamente possível sem a alteração da lei, pois nosso ordenamento jurídico, aceita, muito bem, a analogia, como mencionado em momento anterior, e, inclusive, fora colacionada jurisprudência em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

entendeu necessária a analogia com o artigo 109 do Código Penal para declarar a prescrição de uma falta grave no curso do processo de execução, pois não há previsão legal para tanto.

Contudo o próprio Tribunal admitiu a incidência da analogia no caso, tendo em vista que a Lei de Execuções Penais (LEP), não disciplinou acerca da prescrição de falta grave no curso da execução penal.

Pois bem, se no caso acima é possível a analogia da prescrição prevista no artigo 109, inciso VI, do Código Penal, para prescrição de falta grave, a qual não tem previsão legal, pode-se inferir também possível a analogia da prescrição retroativa prevista no artigo 110 do Código Penal, com base na pena virtual, ou ainda, fazer analogia a qualquer outro caso que extinga o processo por ausência de interesse de agir, pois de fato se o processo está fadado à prescrição, não há que se falar em interesse Estatal em movimentá-lo.

Nessa linha de raciocínio, considerando que o Direito Penal aceita a analogia, que nada mais é do que aplicar a uma circunstância não regulada pela lei uma outra lei de caso parecido, análogo, plenamente cabível a prescrição virtual, não devendo ser aceito o argumento de ausência de substrato legal para refutá-la, ademais, importa salientar que a analogia só deve ser aplicada em prol do réu, o que se verifica ao determinar o arquivamento do processo.

Diante do explanado, não há necessidade de alteração da legislação, sendo aplicável a prescrição virtual por analogia, sem deixar de frisar que, obviamente, uma mudança legal facilitaria a sua aplicabilidade, mas esta não se faz necessária para a sua aceitação em nosso ordenamento jurídico.

## 4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto até agora, pode-se inferir que o estudo da prescrição virtual é de suma importância para o Direito Penal e Processual Penal e por tal razão merece maiores considerações por parte dos aplicadores do Direito, pois a resolução acerca de sua (in) aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio tende a trazer alívio e resposta a muitos.

Durante toda a pesquisa buscou-se esboçar a possibilidade da aplicação da prescrição em perspectiva fazendo-se uma analogia à prescrição retroativa prevista no Código Penal, bem como demonstrando a ausência de requisitos que dão guarida ao andamento da ação penal.

Todavia ao longo deste trabalho, não obstante se buscasse defender a aplicabilidade de tal instituto, intentou-se, da mesma forma, demonstrar a divergência entre a doutrina e a jurisprudência, até mesmo porque o tema não está pacificado em nosso ordenamento.

Desta forma, foram demonstradas as posições favoráveis e desfavoráveis para a aplicabilidade da prescrição em estudo, tanto do viés doutrinário, como do jurisprudencial.

E, enfim, conclui-se que, considerando que o instituto da prescrição em perspectiva vem ao encontro de inúmeros princípios constitucionais, bem como garantias individuais, não é plausível que seja rechaçado sob o argumento de ausência de previsão legal.

É notório o acúmulo de processos instalados em fóruns por todo o país, muitos deles desnecessários, devendo-se observar que dentro de cada processo está uma vida, a vida de uma pessoa que não deve ter seus direitos e garantias afastados por argumentos menos importantes do que o fato de ver-se livre de um processo inócuo, que lhe causa sofrimento e prejuízos.

Por isso insiste-se na ideia de frisar a necessidade de aceitação do instituto, ora estudado, pelo nosso ordenamento jurídico, a fim de resguardar os princípios da economia e celeridade processual, da dignidade da pessoa humana, da razoável duração do processo, bem como da ausência do interesse de agir.

Consoante se vem defendendo ao longo deste trabalho, uma vez aplicada a prescrição virtual estar-se-á evitando o gasto do dinheiro público, do trabalho dos

servidores, dos recursos materiais e humanos, o que homenageia a economia processual, fazendo com que se foque em processos que realmente terão utilidade e efetividade do *jus puniend*, gerando celeridade processual, ao passo que diminuirá o número de processos.

Ademais, a grande razão de ser da prescrição em perspectiva é a ausência do interesse de agir, porque não obstante o argumento de que não há substrato legal para a sua aplicação, o artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, prevê a necessidade de o magistrado rejeitar a denúncia quando faltar pressupostos para a ação, vejamos, neste sentido não estamos falando de extinção da punibilidade, mas de arquivamento do processo por ausência do interesse de agir, ou seja, falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação Penal.

Nesse diapasão, não se pode falar em ausência de previsão legal, tampouco em insegurança jurídica, até mesmo porque os artigos 59 e 68, do Código de Processo Penal, dão certeza ao magistrado acerca da pena a ser imposta, analisando as características do caso e do réu, ademais, não há que se dizer que houve desrespeito ao devido processo legal, porque este não foi abortado prematuramente, mas sim no momento correto, pois não há que se falar em suprimir atos que não estão aptos a existir pela ausência de interesse de agir e consequentemente justa causa para a ação.

Visto isso, é possível a inferência de que não foram, igualmente, atingidos os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois ainda que o processo não tenha chegado à sentença, cabe recurso da decisão que arquiva o processo, forte no artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal, o que viabiliza o contraditório, além disso, a ampla defesa do acusado foi assegurada até o momento do arquivamento.

O argumento no sentido de que a presunção de inocência está sendo desrespeitada, do mesmo modo, não deve prevalecer, pois sequer se coloca em dúvida a inocência do acusado, porque não houve sentença condenatória, ou seja, não se decidiu o mérito, o que garante ao acusado o *status* de inocente. Não é plausível usar este argumento para prejudicar o acusado, pois caso intente uma absolvição ao final do processo poderá manifestar-se neste sentido e inclusive o próprio magistrado de primeiro grau poderá retratar-se da decisão, desta forma não

é viável dizer que sua inocência está sendo posta a prova, pois tal princípio visa beneficiar o acusado e por isso não deve ser interpretado de forma perniciosa, não cabendo ao magistrado elucubrações acerca disto, pois qual réu desejaria permanecer em um processo infundável a ver-se livre dele? Ainda mais sob o argumento de que sua inocência estaria sendo ferida, quando na verdade sequer analisou-se o mérito do caso.

Diante disso, não se pode olvidar do fato de que muitos processos ultrapassam os prazos legais e acabam se arrastando por período desarrazoado, o que leva à prescrição da pretensão punitiva, assim, pode-se corroborar que a incidência da prescrição prognostical prestigia o princípio da razoável duração do processo dentre os demais aqui mencionados.

Desta forma, por todo o apresentado, tem-se que planamente possível a aplicabilidade do instituto da prescrição virtual em nosso ordenamento jurídico, devendo ser os princípios constitucionais por ela contemplados, mormente o da dignidade da pessoa humana, princípio de suma importância em nosso ordenamento jurídico, porque se não há o interesse estatal na demanda, via de regra ela não deveria existir o que frustra a possibilidade de violação a quaisquer princípios decorrentes de um processo improfícuo, sem condições mínimas para sua existência.

Ao fim e ao cabo, não obstante o posicionamento contrário dos Superiores Tribunais, tem-se que tal instituto está ganhando força na doutrina e estudos de juristas e cada vez mais avança no sentido de que sua aplicabilidade não é impossível, mas causa temor pela mudança que trará em seu bojo, pois infelizmente nosso sistema tende a ser conservador, de difícil mudança, o que se pode perceber ao observar as datas do Código penal e de Processo Penal, os quais vigem há quase 80 anos.

## REFERÊNCIAS

ALFRADIQUE, Eliane. *Apud FERREIRA, Cleber Damasceno. Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos.* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Católica de Brasília: Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572> e acesso em 16/09/2016.

AMORIM, Bruno Nascimento. *Prescrição em perspectiva: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, nº 689, 25/05/2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6781>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio, Curso de Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BINS, Denise Dias de Castro. *Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal à luz do sistema constitucional e processual penal contemporâneo.* Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/70769/termo inicial prescrição bins.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/70769/termo_inicial_prescricao_bins.pdf). Acesso em 08/11/2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral.* 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Resolução nº 1122/2016.* Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/administrativa/>>. Acesso em 11/06/2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 146. A prescrição Penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 415. O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente

cominada ao delito praticado. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 750432*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 18/08/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 63709*. Relator: Luiz Fux. Julgado em 03/05/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Inquérito Nº 3331*. Relator: Edson Fachin. Julgado em 01/12/2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 2017/0060320-5*. Relator Reynaldo soares da Fonseca. Julgado em 02/05/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 1993/0020137-9*. Relator: : Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 17/08/1993. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 1995/0009402-9*. Relator: Adhemar Maciel. Julgado em 21/03/1995. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em Habeas Corpus Nº 2013/0300575-9*. Relator: Reynaldo soares da Fonseca Julgado em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo Nº 70072184195*. Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 25/05/ 2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70064854607*. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/07/2015. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70070603774*. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 31/05/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime Nº 70072180359*. Relator: Fabianne Breton Baisch. Julgado em 29/03/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70073752404*. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 07/06/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus Nº 70072988256*. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 26/04/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em Sentido estrito Nº 70045083276*. Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 06/10/2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em Sentido estrito Nº 70069969616*. Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 31/05/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em Sentido estrito Nº 71006235709*. Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 22/05/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em sentido Estrito nº 70045083276*. Relator: Sylvio Baptista Neto. Julgado em 06 de outubro de 2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso em sentido Estrito nº 70070603774*. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 31 de outubro de 2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus>> Acesso em 06/06/2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso. et. al. *Código penal comentado*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, Cleber Damasceno. *Prescrição em perspectiva: aspectos positivos e negativos*. 2008. Monografia (Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília 2008. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3572>. Acesso em 16/09/2016.

FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010 .

JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. Curitiba: Juruá, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual ou em perspectiva*. Salvador: JusPodivm, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. S.A., 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal Parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

REIS, Carlos Gustavo Ribeiro. *Prescrição antecipada*. Rio de Janeiro: Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2007.

ROMÃO, Cesar Eduardo Lavoura. *Prescrição Virtual: uma realidade no Direito Penal Brasileiro*. 2009. Monografia (Curso de Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 07/06/2017.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da Prescrição Penal: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SALVADOR, Higor Contrato. *(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. Monografia (Curso de Direito). Fundação Universidade Federal de Rondônia. Rondônia 2016. Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1052/1/MONOGRRAFIA%20HIGOR.pdf> e acesso em 08/11/2016.

TRAVESSA, Julio Cezar Lemos. *O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa*. JusPodivm, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial*. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61749/>. Acesso em 07/06/2017.