

A PRESCRIÇÃO VIRTUAL: UMA REALIDADE JURIDICAMENTE POSSÍVEL

Marcelo Lagrota¹

Resumo

O presente estudo busca abordar a aplicabilidade da Prescrição Virtual no Direito Penal Brasileiro. O tema constitui o padrão de discussão dos tribunais brasileiros em relação às controvérsias doutrinárias acerca de sua admissibilidade. Pretende-se, a partir de uma análise principiológica e hermenêutica do Direito, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, bem como dos critérios legais extraídos do Código Penal para a aplicação da pena, conferir sua aplicabilidade para aprimorar a gestão de recursos humanos, materiais e tempo na justiça criminal.

Palavras-chave. Penal e Processo Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição penal. Reconhecimento antecipado ou virtual.

Abstract

The present study seeks to address the applicability of Virtual Prescription in Brazilian Criminal Law. The topic constitutes the standard of discussion in Brazilian courts in relation to doctrinal controversies regarding their admissibility. It is intended, based on a principled and hermeneutic analysis of Law, the Introduction Law to the norms of Brazilian Law, as well as the legal criteria extracted from the Penal Code for the application of the penalty, to check its applicability to improve human resources management, materials and time in criminal justice.

Keywords. Criminal and Criminal Procedure. Extinction of punishment. Criminal prescription. Early or virtual recognition.

1 INTRODUÇÃO

O tempo é um dos mistérios da humanidade e ainda é assunto de debate entre os pensadores e os cientistas.

¹ Juiz de Direito, Diretor-Geral da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB); Professor de Direito Penal da Universidade do Estado da Bahia (UNEB); Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA); Mestre em Segurança Pública (UFBA), Especialista em Direito Público (UNEB) e em Docência do Ensino Superior (UFRJ); membro do Conselho Científico e Editorial da Revista Jurídica Entre Aspas da Universidade Corporativa TJBA-UNICORP

A questão da realidade do tempo levou vários filósofos a elaborarem ideias a seu respeito. Para Kant (1987), por exemplo, o tempo, seria uma condição subjetiva, necessariamente devida à natureza da mente humana.

De igual sorte, o tempo é fator de alta relevância para o Direito e, por conta disso, não pode ser desconsiderado pelo sistema jurídico. Consiste em um fato jurídico desencadeador de direitos e obrigações, e a luta contra sua passagem exige uma reflexão mais detalhada, especialmente no processo penal garantista sob a ótica de um Estado Democrático de Direito.

Seu gerenciamento é um fator de risco que pode promover a fragilidade da justiça criminal em sua atividade de soberania e retirar a possibilidade de imposição de uma sanção penal. A partir da data do fato típico, começam a correr prazos que, uma vez ultrapassados, geram a perda do direito de punir do próprio Estado.

No processo penal, não há propriamente institutos como o da tutela antecipada ou julgamento antecipado da lide. No caso da justiça criminal, o decurso do tempo vai consumindo vestígios do delito, contribuindo para apagar a memória das testemunhas, além de manter a submissão dos acusados ao desgaste moral e psíquico do curso processual. O passar do tempo, portanto, sem que a ação penal tenha chegado à sentença, ou execução da pena, faz desaparecer a coerção penal e a própria utilidade da medida sancionatória. Nesse sentido, *“seria um grande mal para a sociedade que o Estado mantivesse o direito de punir ao autor do fato, por todo o tempo”* (Teles, 1998, p. 243). Como consequência, advém inúmeras causas de extinção da punibilidade a fim de que o delito não fique sobrepassando eternamente na “vida do réu” como uma incólume nuvem sombria.

Dentre as causas extintivas de punibilidade, destaca-se a prescrição penal. Na lição de José Frederico Marques (Marques, 1997), consiste na perda do direito de punir pelo não exercício da pretensão punitiva durante certo período de tempo. Tal limitação é consequência da falta de reação do Estado que não logrou êxito em punir o autor do delito no prazo oportuno.

Battaglini (1973, p. 82) assevera inclusive que com o reconhecimento da prescrição “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos, a atenua ou a enfraquece”.

De outro lado, relatório do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2024, indica que 34% (trinta e quatro por cento) dos municípios brasileiros são providos com apenas uma vara, revelando expressiva quantidade de juízos únicos (1.908), ou seja, com competência para processamento de todos os tipos de feitos. Atualmente, existem 82.787.320 de processos pendentes de julgamento, o que termina por impedir um melhor gerenciamento da dinâmica processual. (CNJ, 2024)

A presente investigação, multidisciplinar, tem por objetivo verificar uma certa falta de concepção de um fluxograma que forneça viabilidade à punição, ausência esta agravada, por outro lado, na sua execução, pelos entraves da mecânica judiciária processual (inúmeros meios impugnativos das decisões judiciais), bom como diagnosticar a existência de processos juridicamente desvinculados de qualquer utilidade prática.

Dai exsurge o problema: a prescrição virtual é medida legal e pode otimizar os recursos do sistema judiciário (Estado julgador), conferindo maior celeridade na tutela jurisdicional, extinguindo-se, antecipadamente, aqueles processos nos quais o Estado perdeu o direito de punir em virtude do decurso do prazo?

A matéria é extremamente polêmica, “havendo ponderáveis razões de um e de outro lado” (Teles, 1998, p. 261-262). Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 766) são contrários a prescrição virtual, reconhecendo, entretanto, a existência de um “movimento doutrinário bem estruturado” em defesa de sua admissibilidade.

Neste propósito, tem-se por objetivo analisar o efeito do tempo no Direito Penal, sob o enfoque da prescrição penal no Direito brasileiro e suas modalidades: prescrição em abstrato (calculada pela pena máxima prevista pelo legislador) e prescrição em concreto (que tem lastro na pena aplicada pelo juiz), a fim de reconhecer a viabilidade jurídica de seu reconhecimento antecipado ou mesmo virtualmente projetado pelo julgador.

Tribunais de Justiça da Bahia, Goiás e, inicialmente, o do Rio Grande do Sul (RSE nº 70003634714, 5ª Câmara Criminal, TJRS, rel. Paulo Moacir Aguiar Vieira, julgado em 16/10/2002) acenam para o seu reconhecimento (Medeiros, 2010). Em 2022, o Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou a prescrição virtual no julgamento do RSE 0009777.75.2011.8.26.0405 SP. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Piedade, 2012) fundamenta que o instituto contraria a lei por tomar como base uma condenação hipotética. O Tribunal de Justiça do Paraná, decidiu que a prescrição penal antecipada viola o princípio da presunção de inocência. (Jawsnicker, 2010, p. 124). O TJ mineiro concluiu que a hipótese de extinção virtual da pena não é prevista em lei, julgando pela sua inadmissibilidade (TJ-MG – RSE 10024161068531001, Belo Horizonte, acórdão publicado em 29/09/2021).

A turma recursal dos juizados especiais do Rio Grande do Sul manifestou-se favorável, apesar de as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça serem atualmente contrárias à prescrição virtual, sobretudo após entendimento sufragado pelo STJ.

O Enunciado nº 75 do FONAJE permitia a aplicação da prescrição virtual considerando os critérios orientadores dos Juizados Especiais Criminais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2010, editou a súmula 438 sobre o tema, posicionando-se contrário a aplicação da prescrição virtual. O Supremo Tribunal Federal (STF) provocado por Reclamação 70070780853 do Ministério Público do Rio Grande do Sul entendeu pela aplicabilidade do entendimento sumulado pelo STJ aos Juizados Especiais.

Sobreveio a Lei Federal 13.655, de 25 de abril de 2018 que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942), importante direcionamento:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Portanto, faz-se oportuna uma sistematização do debate, com devido rigor científico, para ensejar uma fecunda reflexão acerca da possível superação da Súmula 438, do STJ, como indicador da necessidade de se reconhecer a aplicabilidade do instituto da prescrição virtual que

poderá trazer inúmeros impactos para o sistema de justiça, inclusive com a seleção de tais processos (inviáveis) por meio da inteligência artificial.

2 O QUE DIZ A LEI?

O Código Penal brasileiro define parâmetros prescricionais no artigo 109:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II – em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8(oito) anos e não excede a 12(doze);

III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4(quatro) anos e não excede a 8(oito);

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4(quatro);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1(um) ano, ou sendo superior não excede a 2(dois);

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1(um) ano. (BRASIL, 2022).

O art. 110 estabelece que a prescrição, depois da sentença condenatória, é regulada pela pena aplicada, sendo calculada pelos prazos fixados no artigo anterior. Para tanto, é possível que diante da pena em abstrato não se verifique uma prescrição que poderá revelar-se apenas na aplicação da pena em concreto.

A prescrição virtual exige um raciocínio lógico em perspectiva e de forma prospectiva, quando da instalação e desenvolvimento do processo, a partir da análise das possibilidades de fixação da possível pena em concreto pelo julgador.

O prazo para exercício da punição é contado a partir da data do fato. Por exemplo, um crime cuja pena máxima seja inferior a 01(um) ano, em cotejo a tabela do art. 109 do Código Penal, opera-se, abstratamente, a prescrição em 03(três) anos. Prevista pena máxima de 01(um) a 02(dois) anos de reclusão, segundo o mencionado dispositivo legal, o crime prescreverá em 04(quatro) anos. Simulemos um crime X, ocorrido em janeiro de 2020, que tenha pena legalmente prevista de 06(seis) meses a 03(três) anos, e que se compreenda em sua aplicabilidade, por exemplo, uma pena final de 06(seis) meses ou 10(dez) meses de reclusão. Numa contabilidade simples, de acordo com o artigo 109, IV, do Código Penal (CP), a

prescrição *pela pena em abstrato* somente ocorreria em 08(oito) anos a partir da data do fato, resultando no prosseguimento do processo com designação de audiências e final sentença que poderá ser proferida até o ano 2028. Suponhamos que o processo já esteja tramitando há 04 anos. Caso as circunstâncias legais sejam favoráveis ao acusado e o juiz aplique na sentença condenatória, uma pena inferior a 01 (um) ano de reclusão, ainda que imediatamente prolatada a sentença em janeiro de 2024, o parâmetro do cálculo prescricional passaria a ser de 03(três) anos - inciso VI, do art. 109 - pena máxima até 01(um) ano, (art. 110, do Código Penal).

Portanto, mesmo com uma imediata imposição de pena, o crime já estaria prescrito desde janeiro de 2023. Ou seja, o trabalho judicial de movimentação do processo, a partir de janeiro de 2024, com designação de audiências, realização de perícias, intimações e até mesmo uma condenação formal, levaria a uma obrigatória proclamação final da prescrição, eis que será tomada como parâmetro a pena aplicada (que já se afigurava inferior a um ano).

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, de forma definitiva, sobre o instituto. Entretanto, como mencionado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 438, que não possui caráter vinculante, mas dispõe: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo”.

3 REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Nos discursos das ciências jurídicas, há ausência de uma análise sistemática da prescrição virtual. A presente investigação ressoa da exigência de uma reflexão científico-judiciária a fim de orientar uma práxis que tem sido experimental e tópica, diante dos fundamentos para sua inadmissibilidade (falta de parâmetros legais e insegurança jurídica na aplicação da prescrição virtual).

Apesar da multicitada súmula (não vinculante), o debate continua mobilizado os juristas que tem aprofundado significativamente a concepção da nova mecânica instaurada, com repercussão em diversos julgados dos tribunais do país.

No panorama doutrinário no Brasil, em oposição aos Tribunais Superiores e na defesa dessa prática inclusive como medida de política criminal, destacam-se, José Antônio Paganella Boschi (Ação Penal, Aide, 1997, pp. 99-112), Ada Grinover (As Nulidades no Processo Penal, RT, 1998, p. 65), Afrânio Silva Jardim (Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres, Forense, 1986, p. 58), Antônio Scarance Fernandes (A Provável Prescrição e a Falta de Justa Causa para a Ação Penal, Cadernos de Doutrina e Jurisprudência da APMP, nº 6), Edison Aparecido Brandão (Prescrição em Perspectiva, RT, 710/391), Luiz Sérgio Fernandes de Souza (A Prescrição Retroativa e a Inutilidade do Provimento jurisdicional, RT 680/435), Maurício Antônio Ribeiro Lopes (*O Reconhecimento Antecipado da Prescrição, RBCCC, nº 3, ano 1*).

Ademais, leciona Berman (1988), que o mundo moderno convive em um tempo no qual as coisas sólidas se desmancham. Até mesmo em outras ciências concebidas como exatas, Heisenberg (2015) no início do século passado demonstrou por meio de regra de comutação cônica para variáveis de posição e movimento de uma partícula que as leis físicas são probabilidades e podem ser relativizadas. Portanto, com muito mais propriedade, o entendimento jurídico em questão não é imutável pela existência da súmula.

Qual a razão para desencadear toda a atuação do Poder Judiciário, aplicando-se recursos intelectuais e materiais custeados pela sociedade, num processo evidentemente lançado ao insucesso?

Existe interesse de agir do Estado em tais situações? A prescrição virtual colide com os princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência, por ser projetada mentalmente tomando-se por base uma virtual condenação?

Há critérios legais objetivos e científicos para o cálculo e conseqüente projeção mental confiável da pena?

Tais indagações promovem um esforço de diagnose, na tentativa de preservar a própria função da lei, estabelecendo-se uma dinâmica de execução no raciocínio antecipado do cálculo da pena para se conferir uma agilidade e um cuidado intenso à questão da dinâmica processual, sob o enfoque da prescrição.

4 DENOMINAÇÕES E CONCEITO

Trata-se de um instituto de criação recente, a partir de 1980, por meio da jurisprudência do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo com base na construção jurisprudencial do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição retroativa (MACEDO, 2007, p. 77).

Os autores utilizam inúmeras denominações como prescrição em perspectiva ou antecipada, retroativa hipotética, precalculada, projetada ou prognose prescricional (Lemos, 2003) e, ainda, prescrição pela pena presumida (Dotti, 2006). Prescrição da pretensão punitiva virtual, perspectiva ou antecipada (Bonfim; Capez, 2004, p. 865). Adotam, por exemplo, a expressão virtual os autores Mationi (2011) e Coutinho (2006).

Optou-se, nesse estudo, pela denominação prescrição virtual por abranger a extinção da punibilidade e o cálculo da pena resultante de um exercício mental sistematizado do julgador, percorrendo o critério trifásico previsto na legislação sobre a provável pena que seria imposta ao réu.

Consiste em se reconhecer, de modo antecipado, a prescrição, por intermédio de uma projeção mental pelo julgador - daí o nome prescrição virtual – nos precisos termos na lei para aquele determinado caso concreto. Analisando a pena em abstrato o delito pode não estar prescrito, mas com a projeção de uma possível pena em concreto, verifica-se a extinção da punibilidade.

Origina-se, pois, da nítida característica instrumental do processo, que requer justa causa para a deflagração da ação penal, bem como do resultado útil, não se podendo conceber

a instauração ou continuidade de uma ação penal que será conduzida, fatalmente, à declaração da extinção da punibilidade pela ausência da pretensão punitiva.

Na mesma linha de entendimento, preconiza Baltazar (2003, p. 105) que “a prescrição antecipada é uma fórmula anômala de prescrição, que visa evitar o dispêndio desnecessário de tempo com julgamentos inócuos.”

O objetivo é ofertar uma hermenêutica voltada para os fins úteis (efetividade da persecução penal) e necessários (imposição de uma pena) do processo penal, consistindo no arquivamento de inquéritos e extinção de feitos criminais, sem razão de ser, pela evidente ausência de interesse de agir, evitando-se uma sanção penal inútil (Travessa, 2008, p. 79).

5 INEXISTINDO LEI EXPRESSA, COMO APLICAR A PRESCRIÇÃO VIRTUAL?

A ciência jurídica se resume a lei? Bertasso (2010, p. 1), contrário à prescrição virtual, afirma que “o STJ, porém, deixou claro que a falta de previsão legal impede o reconhecimento do instituto.”

O Direito, entretanto, não se sustenta apenas no seu caráter normativo, pautado meramente na lei, mas no contato direto com a realidade, que, atualmente, exige uma ação penal útil, com plena possibilidade de imposição de sanção, sendo formado por um conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação humana. Assim, não há prejuízo à ordem jurídica se o magistrado aplicar a prescrição ao verificar o prazo prescricional lastreado em uma pena hipotética, a partir da realidade e dados específicos dos autos.

A necessidade de um processo penal democrático, instrumental e finalista, vinculado à imprescindibilidade de celeridade e economia processuais, sobretudo se ausentes o interesse de agir e a justa causa para a deflagração ou continuidade do procedimento criminal, são alguns

princípios que implicam na legitimação da prescrição virtual como caminho seguro para os novos tempos. Nesse sentido, Vargas (2005, p.356) ressalta que:

[...] não seria humano manter-se uma pessoa indefinidamente sob ameaça de punição. Ademais, o decurso do tempo enfraquece ou faz desaparecer as provas, de modo que eventual sentença condenatória poderia afastar-se da verdade do fato criminoso. Todas essas razões de ordem social vão ao encontro do senso comum, legitimando-se. O que não se compreende, de outra forma, e que, depois de toda a movimentação do aparelho repressivo do Estado, bem como da máquina judiciária, com aplicação de recursos de ordem material e intelectual, custeados pela sociedade, venha-se mais tarde a declarar, que embora o réu tivesse sido condenado a cumprir determinada pena, aquela condenação, na verdade, inexistente.

Inclusive as embrionárias posições da jurisprudência e da doutrina sugeriram da leitura da realidade social contemporânea ou realismo jurídico, despertando a necessidade de criação de uma solução viável, a partir da interpretação do sistema penal, impedindo-se deste modo o ajuizamento de ações penais inócuas nas situações em que se antevê a ocorrência da prescrição.

Ou seja, *“A inovação não traduz ilegalidade, mas resulta de interpretação sistemática, com assento em duas concepções: o da instrumentalidade do processo e a do interesse de agir”*. (Vargas, 2005, p. 355)

Para a aplicação da prescrição virtual, existe sim o elemento suposição. Contudo, a projeção da pena é feita a partir de dados concretos presentes nos autos (a exemplo das oito circunstâncias do art. 59, Código Penal), e não de modo aleatório. Uma vez constatado que o crime já estaria prescrito, seria contraditório, incoerente e até mesmo ineficiente manter-se uma ação criminal, mobilizando-se desnecessariamente toda a máquina judiciária, mesmo sabendo da inutilidade do processo.

Nesse sentido, revela-se bastante esclarecedor acórdão da Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma (publicado em 8/11/2021), colacionando diversos julgados do Tribunal de Justiça da Bahia, concluindo:

Ementa. RESE. DIREITO PROCESSUAL. ART. 155 DO CP. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELO MAGISTRADO A QUO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DA TESE DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I- A prescrição virtual, como o próprio

nome já sugere, leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao réu por ocasião da futura sentença. A referida prescrição permite ao magistrado vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima, possibilitando ao operador do direito antever que, ao final, eventual pena imposta seria alcançada pela prescrição, não podendo tal cálculo ser feito com base na pena máxima em abstrato. II. **O magistrado, com a experiência e conhecimento que possui, saberá, desde logo, que pena a ser aplicada naquele caso concreto não poderia ser estabelecida muito acima do mínimo, levando-se em conta, as circunstâncias judiciais preconizadas no art. 59 do CP.** (TJ-BA, RSE 20148050004) [Grifos].

Evidencia-se do julgamento que a dosimetria da pena não é uma fixação judicial aleatória ou de aventura, perseguindo o magistrado uma sistemática de aplicação sob critério jurídico bem definido pelo Código Penal por meio de três fases para se chegar à imposição da sanção final (Schmitt, 2020).

Na mesma linha de entendimento, enfatizam Sérgio Habib e Fabiano Pimentel (2004, pp. 46-47) que a prescrição virtual se calcula por meio de uma previsível pena que seria imposta ao acusado, assinalando:

Ora, o magistrado no momento de aplicar a pena não se baseia apenas em elementos subjetivos de seu convencimento pessoal, deve, outrossim, fundamentar sua sentença também em elementos objetivos trazidos pela lei. Devido a estes elementos, a aplicação da pena traz em si uma certa dose de previsibilidade, não podendo o magistrado ir além destes pressupostos, sob pena de prolatar sentença ilegal e abusiva (HABIB; PIMENTEL, 2004, pp. 46-47).

Portanto, há parâmetros jurídicos seguros para o cálculo da pena a ser mentalmente projetada pelo magistrado.

6 UMA RELEITURA DA SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Buscando dirimir a controvérsia existente nos tribunais, conferindo maior eficácia ao entendimento doutrinário dos opositores da prescrição virtual, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 28 de abril de 2010, editou a Súmula nº 438 que foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico, em 13 de maio de 2010, aduzindo “ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (STJ).

A súmula menciona “sorte do processo” e consagra como argumento fundamental para a inadmissibilidade da prescrição virtual no Brasil a inexistência de artigo de lei (Mattioni, 2011). Destaque-se, mais uma vez, que a projeção de pena a ser calculada pelo magistrado não é realizada com base em dados empíricos ou “na sorte” e sim em dados concretos extraídos dos autos em cotejo a legislação.

Por este motivo, a Súmula 438 não vem sendo acolhida de forma unânime por outros tribunais do país, a exemplo de São Paulo e Bahia, sobretudo por não possuir natureza vinculante.

O simples fato de não existir previsão legal seria um argumento que não se sustenta pois confunde a lei com o Direito, amparando-se em um sistema jurídico enclausurado e sem lacunas. Portanto, a inexistência de lei, “não impede que se reconheça, por analogia (*in bonam partem*), tal possibilidade, desde que compatível com as garantias inerentes ao direito e processo penal” (Queiroz, 2011, p. 494), máxime diante das significativas contribuições que podem advir da atividade interpretativa do juiz para a evolução do Direito.

A esse respeito, destaque-se que inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) construiu o significado da prescrição retroativa através da Súmula 146 que, posteriormente, transformou-se nos artigos 109 e 110, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984. Tal fato revela a possibilidade de se avançarem também os debates em torno do objeto da presente pesquisa, havendo um paradoxo na posição do Superior Tribunal de Justiça em negar a aplicação da prescrição virtual pela suposta omissão legislativa (Jawsnicker, 2010).

Conforme Mattioni (2011), pode-se inclusive refutar a aplicação desta Súmula atacando-se o seu próprio conteúdo. Para o autor, o STJ adotou uma percepção “autoritária e policialesca do processo penal, como se o processo “tivesse vida própria”, e “não servisse – como deve servir – para a aplicação do direito material a cada situação concreta” (Mattioni, 2011, p. 134). Ao se defender uma instauração e manutenção indistinta do processo, o Superior Tribunal de Justiça contribui para o “engessamento” do próprio Poder Judiciário, pondo em

perigo sua própria capacidade de trabalho e “busca pela justiça” (Souza *apud* Jawsnicker, 2010, p. 116).

Se a lei confere ao juiz avaliar a transgressão pelo réu em relação a ordem pública para decidir acerca da prisão preventiva (artigo 312 do CPP), nada impede que também “valore a necessidade ou não do processo penal como meio ao reconhecimento da prescrição virtual” (Mattioni, 2011, p. 136).

Por fim, obrigar um indivíduo a responder a um processo criminal cuja pena, previamente, por constatação empírica, sabe-se não ter serventia qualquer (prevenção geral ou especial), fere os objetivos do Estado Democrático de Direito, sobretudo a própria concepção de prevenção geral positiva.

Ademais, o princípio da economia processual também confere legitimidade a aceitabilidade da prognose prescricional, e consiste na forma em que as exigências relativas ao processo devem ser adequadas e proporcionais à finalidade que se almeja, evitando-se a execução de atos processuais desnecessários e inúteis.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tempo é uma criação humana de profunda indagação científico-filosófica cujo decurso traz implicações também ao Direito Penal. A importância do tempo e o tratamento da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro é fato reconhecido por todos os estudiosos do Direito Penal.

O Poder Judiciário brasileiro não tem conseguido acompanhar o alto grau de litigiosidade social, encontrando-se muitas vezes recluso em rigores formais sem o devido gerenciamento do tempo, havendo forte necessidade de se combater a morosidade na tramitação dos feitos na justiça criminal, sobretudo por envolver a liberdade e a própria estigmatização do

processado, advindos dos entraves da mecânica processual, aliás uma das preocupações do Conselho Nacional de Justiça.

Por outro lado, raciocinar o Estado Democrático de Direito brasileiro, implica em interpretar o Direito à luz dos princípios constitucionais a fim de se construir um novo caminho, que atenda, de fato, ao dinamismo das relações sociais pós-modernas. Sendo assim, apesar da ausência de previsão legal expressa no Código Penal, existe a proveitosa modernização promovida pela lei Federal 13.655, de 25 de abril de 2018, além de diversos princípios jurídicos que fundamentam a aplicabilidade da prescrição virtual no Direito Penal Brasileiro.

Diante da agressão a um bem jurídico fundamental, nasce para o Estado o direito de punir o infrator, aplicando-se a sanção cabível à hipótese, por meio do devido processo legal, assegurado o direito de ampla defesa. Com o cumprimento da pena imposta, nos moldes fixados pelo Estado-juiz, extingue-se ordinariamente a punibilidade.

Entretanto, o Código Penal brasileiro, através do art. 107, prevê situações em que a punibilidade deverá ser extinta, antes mesmo que o Estado ofereça a efetiva resposta ao descumprimento do preceito por si imposto, o exercício do *jus puniendi* concreto. Destaca-se, *in casu*, a prescrição, fruto do efeito deletério do tempo no Direito, e que, a depender da fase em que for reconhecida, poderá operar sobre a pretensão punitiva, seja antes de a sentença penal condenatória haver transitado em julgado ou mesmo sobre a pretensão executória, calculada com base na pena aplicada pelo julgador.

A doutrina e a jurisprudência, com lastro nas regras que fundamentam a prescrição retroativa, formularam a tese da prescrição virtual. Entenderam que, torna-se um contrassenso jurídico que seja instaurada a relação processual ou se continue na persecução penal até a sentença, a qual, ainda que seja condenatória, nenhum efeito produzirá, pois já alcançada pela prescrição penal.

Os Tribunais Superiores e grande parte dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Federais vem se posicionando contrários à prescrição virtual, alegando falta de amparo legal, apegados a uma legalidade formal já sepultada pela era pós-positivista e pelas alterações da LINDB.

De outro lado, os princípios do devido processo legal, da dignidade humana, do exercício jurisdicional rápido e eficaz se alinham com o reconhecimento jurídico da prescrição virtual.

Não haverá interesse de agir e justa causa quando a ação penal for desnecessária e inútil, configurando-se a manutenção de uma ação penal fadada ao insucesso e verdadeiro exemplo de transgressão ao devido processo legal e a nova redação do artigo 20 da LINDB.

A projeção do cálculo (virtual) pelo magistrado obedece, portanto, a legislação na forma da aplicação da pena (artigos 59, 61, 62, 65 do código Penal) em face do critério trifásico da dosimetria reconhecido no art. 68 do Código Penal.

No que concerne ao suposto obstáculo do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, convém salientar que, ao atuar no processo penal, o Ministério Público lastreia-se nos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, os quais garantem autonomia ao seus integrantes no exercício da missão conferida pela Constituição Federal de intentar privativamente a ação penal (art. 127, I), devendo pautar a sua atuação para os processos úteis sob o ponto de vista da própria realização da norma.

Assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, tão sobejamente prestigiado na dogmática positivista, encontra-se, atualmente, mitigado na ordem jurídica pátria, seja pela transação penal e suspensão condicional do processo previstas nos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95, seja pelos artigos 28 e 395 do Código Processo de Penal, que disciplinam o acordo de não persecução, o arquivamento e as condições da ação, conferindo significativa margem de discricionariedade na valoração dos fatos pelo Ministério Público.

Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa é, dentre tantos relevantes, o valor principal a nortear o intérprete na ponderação dos direitos fundamentais, razão pela qual a utilização desnecessária e inútil do processo penal deve ser renunciada, porquanto além ferir o caráter instrumental do processo penal, viola a dignidade humana, tornando o acusado um número, uma coisa, não podendo a ação penal continuar servindo apenas de ferramenta simbólica de consternação e estigmatização social.

Como estudado, o sistema penal vem sofrendo uma forte crise de legitimidade na medida em que o discurso jurídico-penal do sistema jurídico fundamentado na segurança nacional (e agora urbana), a despeito de se assentar no princípio da legalidade, não vem cumprindo sua missão. A ordem penal somente funcionaria dentro da legalidade se os órgãos para os quais convergem desempenhassem o *munus* segundo a programação legislativa, tal como idealizada pelo discurso jurídico-penal, o que, lamentavelmente, não vem ocorrendo sobretudo nos países da América Latina (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 362).

De modo que é preciso reconhecer que o Direito não se restringe somente a lei, pois esta não logra prever, clara e absolutamente, todas as garantias fundamentais à comunidade social. Além do mais, a lei de introdução ao direito brasileiro exige, expressamente, que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Ademais, o sistema jurídico é fonte inesgotável de direitos, donde se extrai um complexo de princípios orientadores para o atuar não só do legislador, mas de todos os atores do sistema de justiça. E o Direito contemporâneo, perfaz-se por meio de um verdadeiro diálogo das fontes do Direito de modo a garantir os direitos fundamentais proclamados na própria Constituição Federal.

A aplicabilidade da prescrição antecipada relaciona-se, portanto, com o poder/ dever do Estado na medida em faz com que o juiz reconheça imediatamente a prescrição através de um cálculo simples (e científico), alinhando-se com o garantismo penal e os ditames constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência.

A projeção mental do julgador calculada sobre uma hipotética condenação não implica em prejuízo ao réu ou violação da presunção de inocência, servindo sim de parâmetro para conduzir o raciocínio do juiz para a extinção a punibilidade, eliminando-se os constrangimentos sofridos com a possível demora do processo penal.

Portanto, a projeção da pena calculada antecipadamente não gera riscos e insegurança jurídica uma vez que se fundamenta no próprio ordenamento jurídico e nos parâmetros e critérios jurídicos confiáveis do Código Penal brasileiro, existentes nos artigos 59 e 68 do

Código Penal que conferem ao julgador a segurança para a fundamentação do cálculo projetado mentalmente.

O reconhecimento jurídico da prescrição virtual adequa-se, portanto, aos reclamos atuais por uma justiça mais célere e eficiente, princípios estes inerentes ao direito processual e Constitucional, evitando-se o emperramento de outros processos viáveis nas varas criminais, implicando na otimização dos trabalhos judiciais, podendo reduzir consideravelmente parte do elevado acervo de processos existentes, priorizando-se aqueles aptos do ponto de vista das condições da ação e que poderão caminhar para uma sentença de mérito.

Com a aplicação desta ferramenta jurídica pode ser evitado ou mesmo minorado o desgaste de uma máquina estatal que tem dificuldade de se movimentar adequadamente, sem a devida administração do acervo existente e que perde tempo com os processos que efetivamente já se encontram alcançados pela perda do direito de punir.

O Juiz analisando, por exemplo, as condições jurídicas do indiciado, confirmando que está diante de um réu primário, possuidor de bons antecedentes, e que os fatos imputados a este apontam um tipo penal livre de qualificadoras, poderá adotar mentalmente a pena mínima prevista no tipo penal como sendo a máxima em abstrato, possibilitando através deste cálculo projetar a pena virtual, reconhecendo a prescrição antecipada.

A orientação consubstanciada na Súmula 438, do STJ não é obstáculo para o reconhecimento jurídico da prescrição virtual, pois não se trata de súmula vinculante. O Projeto de Lei nº 156/2009 para elaboração de Novo Código de Processo Penal brasileiro, atualmente em tramitação no Senado Federal, contempla a possibilidade da prescrição virtual, de forma expressa, na legislação. (BRASIL, 2009)

Por estas razões, o reconhecimento da prescrição virtual consiste em importante fator de utilidade para a dogmática penal e processual penal, contribuindo, desta forma, para a reafirmação dos princípios jurídicos do devido processo legal, interesse de agir, da celeridade, da economia processual e da duração razoável do processo.

Na medida em que os operadores do Direito passarem a adotar esse instituto, em perfeita sintonia com a atual LINDB, haverá maior celeridade processual e otimização dos trabalhos, uma vez que a máquina judiciária excluirá dos sistemas os processos inócuos sob a ótica da prescrição virtual, trazendo como corolário a efetividade do processo penal.

REFERÊNCIAS:

BALTAZAR, Antônio Lopes. **Prescrição penal: prescrição da pretensão punitiva;** retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. São Paulo: EDIPRO, 2003.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal.** Trad. Paulo José da Costa Júnior, Armida Bergami Miotto e Ada Pellegrini Grinover. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1973.

BERTASSO, Marcelo. **As novas súmulas do STJ em matéria penal – brevíssimos comentários.** Disponível em: <<https://mpbertasso.wordpress.com/2010/05/04/as-novas-sumulas-do-stj-em-materia-penal-brevissimos-comentarios/>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

BONFIM, Edílson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRANDÃO, Edison Aparecido. **Prescrição em perspectiva.** *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 710, p. 391-392, dez./1994.

BRASIL. **Código Penal. Legislação Saraiva de Bolso.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2024/Conselho Nacional de Justiça-Brasília: CNJ, 2024. p. 380.** Disponível em <bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/handle/123456789/860>. Acesso em: novembro/2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal. Dispõe sobre o novo Código de Processo Penal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83640&tp=1>>. Acesso em 10 de setembro de 2009.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Prescrição Virtual.** *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal.* São Paulo - Ano II, nº 9, dez.-jan. 2006.

DOTTI, René Ariel. **Prescrição pela pena presumida.** *In Revista Forense,* ano 102, n. 385, maio-jun. 2006.

FONAJE, Forum Nacional de Juizados Especiais. **Enunciado 75. XVII Encontro – Curitiba/PR**. Maio/2005. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. **Prescrição antecipada: certos e desacertos**. In: Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VIII, n. 179, junho/2004.

HEISENBERG, Werner. **The Physical Principles of the Quantum Theory**. Reimpressão de 2015 da edição de 1930. Martino Fine Books, 2015.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 2ª ed. (ano 2008), 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Coleção os pensadores Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

LEMOS, JR, Ricardo Teixeira. **Prescrição penal retroativa e antecipada: face à competência**. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.

MATTIONI, Daniel. **A prescrição virtual no processo penal e a Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça**. Direito em Debate. In: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XX nº 35, jan.-jun. 2011/ nº 36, jul.-dez., 2011, pp. 123/139.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **[A prescrição retroativa pela pena em concreto perspectiva no direito penal brasileiro](#)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2459, 26 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14532>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

PIEIDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. **Sem amparo constitucional prescrição retroativa antecipada é ilegal**. Disponível em: <[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2012-JUN-27/ANTONIO-PIEIDADE-PRESCRICAO-RETROATIVAANTECIPADA](http://WWW.CONJUR.COM.BR/2012-JUN-27/ANTONIO-PIEIDADE-PRESCRICAO-RETROATIVAANTECIPADA)ilegal?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>. Publicado em: 27 jun. 2012. Acesso em: 20 nov. 2023.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal – Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática**. 14ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 680: 435-438, 1992.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. II, Arts. 32 a 120 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 1998.

TRAVESSA, Julio Cezar Lemos. **O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.