

Da (in)admissibilidade da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva

The (In)Admissibility of the Prescription of Punitive Claims in Perspective

VICTOR QUEIROZ BORGES VIEIRA

Discente de Direito (UNIPAM)
E-mail: victorqbv@unipam.edu.br

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOREIRA

Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: paulohrm@unipam.edu.br

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar a Prescrição Virtual, contemplando sua admissibilidade e a eficácia de sua aplicação, além de avaliar seus efeitos, que atualmente são vistos com grande importância no cenário jurídico brasileiro. Ademais, busca-se debater a respeito da Súmula 438 do STJ, que apresenta entendimento contrário à aplicação deste mecanismo, bem como a influência da Lei 12.234/2010 na utilização do instituto.

Palavras-chaves: Prescrição Virtual; aplicação; Súmula 438; STJ; Lei 12.234/2010.

Abstract: This study aims to analyze the Virtual Prescription, considering its admissibility and the effectiveness of its application, as well as evaluating its effects, which are currently seen as highly significant in the Brazilian legal scene. Additionally, it seeks to discuss the STJ's (Superior Court of Justice) Summary 438, which presents an understanding contrary to the application of this mechanism, as well as the influence of Law 12.234/2010 on the use of the institute.

Keywords: Virtual Prescription; application; Summary 438; STJ; Law 12.234/2010.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, o sistema jurídico nacional enfrenta uma desordem evidente em diversos setores. No âmbito do Judiciário, observa-se uma elevada morosidade na tramitação dos processos. Neste contexto, o presente estudo propõe uma reflexão sobre a utilização da Prescrição Virtual, avaliando sua legalidade e seu papel na promoção da celeridade processual, além de evitar a continuidade de processos sem interesse estatal.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar a prescrição virtual antecipada como um instrumento fundamental do Estado, considerando o cenário vigente. Em termos gerais, prescrição refere-se à perda da pretensão de um direito em razão de seu não exercício dentro de um período estabelecido. No direito penal, a prescrição implica a perda do poder-dever do Estado de punir, devido ao não exercício do *jus puniendi* no tempo previsto.

A prescrição penal é um instituto de direito material presente no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizado como uma causa de extinção da punibilidade do agente, conforme o artigo 107, inciso IV, do Código Penal. A prescrição penal divide-se em dois tipos principais: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. A prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição abstrata, prescrição retroativa e prescrição intercorrente ou superveniente. Em contrapartida, a prescrição executória não possui subtipos.

No que tange à prescrição da pretensão punitiva, esta resulta na exclusão dos efeitos primários e secundários da condenação. Em contraste, a prescrição executória, uma vez que já houve sentença penal com trânsito em julgado, exclui apenas os efeitos secundários da condenação.

A prescrição virtual, objeto de análise desta pesquisa, não constitui propriamente uma modalidade prescricional, mas sim um instituto antecipatório da prescrição retroativa. Isso ocorre porque, em análise geral do processo no caso concreto, existem situações em que é possível estimar a pena concreta e prever o resultado inevitável de uma prescrição retroativa. Assim, para evitar um processo destinado à prescrição, antecipa-se sua incidência com base na pena prevista a ser aplicada ao réu.

Todavia, essa modalidade de prescrição doutrinária, desde o advento da Lei 12.234/2010, não vem sendo admitida pelos tribunais superiores, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), razão pela qual foi editada a Súmula 438, que rejeita a hipótese de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento na pena em perspectiva ou hipoteticamente considerada.

Embora a prescrição virtual seja proibida pela Súmula 438, sua utilização continua sendo observada nos tribunais. Este estudo busca discutir a viabilidade de sua aplicação e seus efeitos no processo. Além disso, questiona-se a proibição diante da falta de interesse de agir por parte do Estado, considerando os elevados custos e a morosidade gerada pela manutenção de processos destinados à extinção da punibilidade.

A relevância dessa questão é destacada pelo cenário atual, onde processos cuja pretensão punitiva será inevitavelmente atingida pela prescrição são mantidos ativos de forma desnecessária. Tal prática resulta em uma posição inócua, desgastante e dispendiosa para um Poder Judiciário já sobrecarregado. Este artigo visa questionar se a proibição de um instituto que é repetidamente utilizado como meio de contornar a lentidão processual deve prevalecer no ordenamento jurídico.

O trabalho foi desenvolvido pelo método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica com análise da doutrina e jurisprudência. Além disso, buscou-se a valência de princípios constitucionais discutidos na esfera penal, considerando a existência de uma aplicação ambivalente da prescrição virtual em casos de desinteresse processual. Através desses métodos, obteve-se um esclarecimento indispensável dos sentidos analisados pelos doutrinadores, em função da situação vigente do tema em discussão.

2 CONTORNOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

A prescrição penal possui previsão tanto na Constituição quanto em lei federal. No âmbito criminal, a prescrição é regida pelo Código Penal, sendo considerada uma das causas de extinção da punibilidade conforme previsto no artigo 107 desse código.

No âmbito constitucional, a prescrição é mencionada em interpretação *contra legem* do art. 5º, incisos XLII e XLIV, que indicam os crimes imprescritíveis: o crime de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Apesar das controvérsias sobre sua natureza, no Brasil, a prescrição penal é reconhecida como um instituto de direito material.

Damásio de Jesus (2020, p. 884) define a prescrição penal como um mecanismo pelo qual "o Estado limita o jus puniendi concreto e o jus punitivis a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição feita pelo sujeito". Assim, se o Estado deixar de exercer seu direito de punir o indivíduo que violou a norma penal dentro do prazo estipulado pela lei, por falta de interesse processual, ocorrerá a extinção da pretensão punitiva ou executória.

Nesse sentido, ao definir a prescrição, André Estefam (2018, p. 560) destaca que ela se refere à perda, pelo Estado, do poder-dever de punir devido à falta de utilização da pretensão punitiva ou executória dentro de um prazo específico estabelecido pela lei, considerando a gravidade do delito.

Caso o Estado não puna o indivíduo conforme a norma penal dentro desse prazo legal, ocorrerá a prescrição da pretensão, seja ela punitiva ou executória. Assim, a prescrição penal é geralmente dividida em duas categorias principais: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, as quais serão discutidas detalhadamente a seguir.

2.1 DO BREVE HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição penal é um instituto jurídico cujas origens remontam ao Direito Romano. O mais antigo texto de lei relacionado a esse instituto é a *Lex Julia de Adulteriis*, datada do século XVIII a.C., que regulava a punição dos crimes de adultério, estupro e lenocínio, estabelecendo um prazo prescricional de cinco anos para esses delitos.

Posteriormente, o instituto da prescrição foi ampliado, tornando-se uma regra geral para a maioria dos crimes, com exceção dos considerados horrendos pela sociedade da época, os quais eram tidos como imprescritíveis. Entre esses crimes, incluíam-se o parricídio, o parto suposto, a lesa majestade e a falsificação de moeda.

Sobre o prazo quinquenal da prescrição prevista na *Lex Julia de Adulteriis*, Eduardo Reale Ferrari (1998, p. 2) explica:

A escolha do prazo quinquenal, segundo relatam os historiadores, ocorreu em decorrência das festas lustrais comemoradas a cada cinco anos. Fulcrada na idéia de perdão e da purificação do homem, a festa lustral impedia a punição do delinqüente, visto que purgado pelo tempo. O tempo, segundo os romanos, não só isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, por meio das festas lustrais, mas também bastava para a expiação do criminoso.

Nos termos do magistério de Bitencourt (2020, p.961), "o desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente, através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e de outros povos". Na Idade Média, observou-se uma tendência de

redução excessiva dos prazos prescricionais, o que desencadeou uma reação enérgica. Nesse contexto, renomados juristas clássicos, como Beccaria, Bentham e Ferri, manifestaram críticas contundentes a essa prática.

Com o transcorrer do tempo, o instituto da prescrição assumiu novos contornos. Inicialmente, era conhecido apenas como prescrição da pretensão punitiva, fundamentada na pena máxima abstratamente cominada ao delito. Somente a partir de 1791, com a promulgação do Código Penal Francês, foi introduzida a chamada prescrição da condenação, atualmente denominada prescrição da pretensão executória, que logo se disseminou entre os ordenamentos jurídicos europeus.

Nos Códigos Penais modernos, a prescrição da pretensão punitiva é amplamente aceita, embora, conforme alertam Martins Tourinho e Muller Dantas (1999), "a prescrição da condenação ainda seja rejeitada por algumas legislações, como a da Inglaterra". No Brasil, o instituto da prescrição penal fez sua primeira aparição no Código de Processo Penal de 1832, que regulava a prescrição da ação penal, levando em consideração a fiançabilidade do delito, bem como a presença do infrator em território nacional e o conhecimento de seu paradeiro.

Entretanto, quanto à prescrição da condenação (executória), o Código Penal de 1830 ainda refletia a relutância da sociedade da época em aceitá-la, conforme evidenciado pelo seu artigo 65: "as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum". Somente com o advento do Código Penal de 1890 (Decreto nº 774), ambos os tipos prescricionais, tanto da ação quanto da execução da pena, foram reconhecidos, estando previstos entre os artigos 78 e 86 do referido diploma. Apesar da liberalidade do Código de 1890, com a promulgação da Lei nº 513, de 1898, o legislador mais uma vez admitiu a imprescritibilidade do crime de moeda falsa, quando o infrator possuísse domicílio fora do Brasil.

A partir do advento do Código Penal de 1940, a prescrição penal consolidou-se em seus dois tipos: prescrição da ação e prescrição da condenação. Com a Lei 7.209 de 1984, houve uma significativa reforma na parte geral do Código Penal, resultando em uma mudança paradigmática na prescrição penal. Além de consagrar os tipos prescricionais, a reforma instituiu de forma definitiva as chamadas prescrição retroativa e prescrição intercorrente, estas últimas subespécies da prescrição da pretensão punitiva, modelo adotado atualmente.

Em 2011, por meio da Lei 12.234, o Código Penal sofreu uma modificação significativa no que diz respeito à prescrição. Essa alteração visava coibir o fenômeno conhecido como prescrição retroativa, bem como o instituto da prescrição virtual ou antecipada, que havia sido criado pela jurisprudência nacional. Bittencourt (2020, p. 995) assevera:

Embora a Lei 12.234/2010 não tenha suprimido o instituto da prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a prescrição retroativa em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da proporcionalidade e da duração razoável do processo. A violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os -, a pretexto de combater a

impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que porventura possam ser atingidos.

Diante desse cenário, a prescrição penal atualmente é categorizada em dois tipos principais: a prescrição da pretensão punitiva, que se desdobra em prescrição da pena abstrata, prescrição retroativa e prescrição intercorrente, e a prescrição da pretensão executória.

2.2 DAS ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

No que diz respeito à definição da prescrição, Estefam (2018, p. 560) destaca que a prescrição penal consiste na perda pelo Estado do poder-dever de punir devido à falta de exercício da pretensão punitiva ou executória após o transcurso de um determinado prazo estabelecido pela lei, levando em consideração a gravidade do delito. Caso o Estado deixe de punir o indivíduo conforme estipulado pela lei, ocorrerá a prescrição da pretensão, seja ela punitiva ou executória. Com isso, a prescrição penal se divide principalmente em duas categorias: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, que serão detalhadas a seguir.

A prescrição da pretensão punitiva refere-se àquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, anterior à execução da pena. Esse tipo de prescrição se desdobra em diversas subcategorias, a saber: a) prescrição da pena em abstrato; b) prescrição intercorrente; e c) prescrição retroativa.

2.3 DA PRESCRIÇÃO DA PENA EM ABSTRATO

Quanto à prescrição em sua essência, também conhecida como prescrição da pena em abstrato, seu embasamento legislativo está estabelecido no artigo 109 do Código Penal, o qual dispõe o seguinte:

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.

Segundo Nucci (2020, p. 813), a prescrição da pena em abstrato é caracterizada pela perda da pretensão punitiva do Estado, tendo como referência a pena máxima abstrata atribuída ao crime. Esse tipo de prescrição é aplicado quando o Estado ainda não determinou a pena concreta, ou seja, aquela efetivamente imposta pelo juiz, sem possibilidade de recurso adicional da acusação.

Portanto, a prescrição que ocorre antes da sentença condenatória, devido à ausência de uma pena determinada concretamente, é considerada em abstrato. Isso significa que é avaliada com base na pena máxima prevista para o crime em questão, levando em consideração sua gravidade, conforme estabelecido no artigo 109 do Código Penal. Nesse sentido, é fundamental destacar as lições de Damásio (2020, p. 887):

Na prescrição da pretensão punitiva (chamada impropriamente de prescrição da ação), o decurso do tempo faz com que o Estado perca o direito de punir no tocante à pretensão de o Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata (aspiração de punição). Não se trata de o Estado perder o direito de ação, pois a prescrição atinge imediatamente o jus puniendi, ao contrário do que ocorre com a preempção e a decadência, que primeiro atingem o direito de ação, para, depois, por via indireta, atingir o direito de punir.

A prescrição da pena em abstrato, também conhecida como prescrição propriamente dita, é uma modalidade clássica de prescrição da pretensão punitiva, cujo surgimento remonta aos primeiros conceitos de prescrição existentes.

Conforme estabelecido no artigo 111 do Código Penal, o início da prescrição, que ocorre antes da prolação da sentença condenatória, é determinado de acordo com a natureza do crime: no dia em que o crime foi consumado, para crimes comuns; no momento em que cessou a atividade criminosa, em casos de tentativa; no dia em que cessou a permanência, para crimes permanentes; na data em que o fato se tornou conhecido, nos casos de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil; e na data em que a vítima completar 18 anos, nos casos de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no Código Penal ou em legislação especial, a menos que já tenha sido proposta a ação penal.

2.4 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM CONCRETO

Quanto à prescrição da pretensão punitiva, Estefam (2023) esquematiza duas espécies: a prescrição da pena em abstrato e a prescrição da pena em concreto, sendo esta última subdividida em prescrição retroativa e prescrição intercorrente. A distinção entre esses tipos prescricionais (retroativa e intercorrente) em relação à prescrição propriamente dita reside no fato de que, ao contrário desta última, que considera a pena máxima aplicável ao delito (em abstrato), aquelas levam em consideração a pena efetivamente aplicada ao delito pela sentença condenatória, em conformidade com o que Damásio chamava de "princípio da pena justa".

Consigne destaque feito por Damásio (2020, p. 900):

Enquanto a genuína prescrição da pretensão punitiva é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade, a prescrição retroativa devia ser considerada em face da pena concreta, nos termos da exceção prevista naquele dispositivo. Tinha por fundamento o princípio da pena justa. Significa que, tendo transitado em julgado a sentença condenatória para a acusação ou improvido o seu recurso, a pena

imposta na sentença era, desde a prática do fato, a sanção adequada e justa como resposta penal ao crime cometido pelo sujeito. Daí dever reger os períodos prescricionais entre a consumação do delito e a publicação da sentença condenatória.

No que tange aos tipos prescricionais que têm como base a pena aplicada *in concreto*, o legislador estabeleceu o fundamento comum no artigo 110, § 1º, do Código Penal:

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.

Em um segundo momento, é fundamental destacar as distinções entre a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa. A prescrição retroativa, como sugere o próprio nome, tem seu início após a proclamação da sentença condenatória, retroagindo até a data do recebimento da denúncia, desde que tenha ocorrido o trânsito em julgado para a acusação ou a rejeição de seu recurso.

Conforme os ensinamentos de Capez (2022, p. 765), a prescrição intercorrente refere-se à prescrição que ocorre entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado. Essa modalidade é também conhecida como superveniente à sentença condenatória, pois seu prazo é calculado com base na pena concreta estabelecida na sentença, não utilizando como referência o máximo abstrato cominado.

Por sua vez, segundo Bitencourt (2020, p. 981), a prescrição intercorrente, assim como a retroativa, considera a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória. Ambas modalidades prescricionais, a retroativa e a intercorrente, são semelhantes, com a diferença de que a retroativa volta-se para períodos anteriores à sentença, enquanto a intercorrente refere-se a períodos subsequentes à sentença condenatória passível de recurso.

No contexto mencionado, tanto a prescrição retroativa quanto a prescrição intercorrente têm como base a pena efetivamente imposta pela sentença condenatória. Contudo, para que essas formas de prescrição sejam aplicadas, é essencial que haja o trânsito em julgado para a acusação, uma vez que, após esse momento, não é mais possível aumentar a pena. A distinção entre essas modalidades reside na forma como são calculadas: enquanto a prescrição retroativa retroage desde a publicação da sentença até o recebimento da denúncia, a prescrição intercorrente abrange o período do trânsito em julgado para a acusação até o trânsito em julgado para a defesa.

2.5 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

A prescrição da pretensão punitiva implica na limitação do poder e do dever do Estado de perseguir a imposição da pena, enquanto a prescrição da pretensão executória, conforme Nucci (2020, p. 814), refere-se à incapacidade de efetivamente executar a pena. Esta última ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes, mas antes do início do cumprimento da pena ou da reincidência.

Para que a prescrição executória seja configurada, é fundamental que exista uma sentença condenatória com trânsito em julgado para ambas as partes, em contraste com os casos de prescrição retroativa e intercorrente, que ocorrem antes do trânsito em julgado definitivo. Essas modalidades de prescrição têm efeitos distintos, como será discutido posteriormente.

O artigo 112, inciso I, do Código Penal determina que o início da contagem da prescrição executória ocorre com o trânsito em julgado para a acusação, embora a execução da pena possa ser interrompida, exceto quando tal período de interrupção deve ser incluído na pena. Isso implica aguardar a confirmação da sentença condenatória, mas iniciar a contagem a partir da preclusão do prazo para a acusação recorrer. Por outro lado, o inciso II da mesma norma estipula que o início pode ser a interrupção da execução, ressaltando-se a inclusão desse período na pena.

É relevante notar a incompatibilidade entre essa norma e o artigo 110, § 1º, do Código Penal, que estabelece o trânsito em julgado para o Ministério Público como ponto de partida para a prescrição intercorrente. Essa questão, objeto de Repercussão Geral no Tema 788, com o processo ARE 848.107 como *leading case*, será abordada após algumas considerações essenciais.

3 DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E SUA UTILIZAÇÃO

A análise da prescrição virtual é um ponto central neste estudo, discutindo a interpretação atual desse mecanismo. Este artifício tem gerado considerável debate sobre sua aplicação, conforme estabelecido por teorias doutrinárias e decisões judiciais. Apesar de persistirem controvérsias, a prescrição virtual continua a ser uma solução frequente adotada por juízes de primeira instância.

Segundo Cléber Masson (2023, p. 447), prescrição virtual é definida como "uma construção doutrinária e jurisprudencial que decreta a extinção da punibilidade baseada na expectativa de que, mesmo em caso de condenação eventual, ocorrerá inevitavelmente a prescrição retroativa".

Juscelino Gomes (2016) define a prescrição virtual como uma ferramenta exclusiva do sistema jurídico nacional, que reconhece o interesse processual com base na possibilidade de aplicação da prescrição retroativa desde o início do processo, antes do recebimento da denúncia ou da prolação da sentença. Esta teoria considera uma pena hipotética calculada com base nas circunstâncias apuradas até aquele momento. O objetivo desta abordagem é evitar a análise pelo poder judiciário de processos considerados fúteis, ou seja, aqueles em que as circunstâncias do fato e/ou as condições pessoais do acusado indicam uma eventual sentença condenatória com uma pena hipotética determinada, na qual seria possível constatar a prescrição.

Portanto, seu uso consiste essencialmente na antecipação da prescrição retroativa da pretensão punitiva. Busca-se o reconhecimento prévio da extinção da punibilidade diante da expectativa de arquivamento dos autos, uma vez que a prescrição retroativa será inevitavelmente aplicada no caso de uma condenação efetiva. Assim, trata-se de um instrumento destinado a evitar a manutenção de processos que não resultariam em uma condenação, economizando recursos e tempo do sistema judiciário.

Com a promulgação da Lei 12.234/10, vigente desde 05/05/2010, alterações significativas foram introduzidas no Código Penal brasileiro, particularmente nos artigos 109 e 110, com a intenção declarada de abolir a prescrição retroativa e, conseqüentemente, modalidades como a prescrição em perspectiva, por prognose, virtual ou antecipada. Rogério Sanches (2011) observa que esta legislação, ao afirmar erroneamente a exclusão da prescrição retroativa, impactou diretamente o entendimento e aplicação desses institutos.

Além disso, em resposta a essa mudança legislativa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu a Súmula 438 em 13/05/2010, estipulando que "é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou andamento do processo penal". Essa súmula reflete o posicionamento da corte superior sobre a interpretação e aplicação da prescrição penal sob a nova legislação, restringindo o uso de critérios hipotéticos para determinar a prescrição.

Com a edição da Súmula 438 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), percebe-se um esforço do tribunal em reafirmar a intenção legislativa de proibir a criação doutrinária da prescrição virtual. No entanto, como mencionado anteriormente, é evidente que o legislador falhou em sua tentativa de eliminar a prescrição retroativa, e conseqüentemente a utilização da prescrição virtual. Isso resultou em uma situação onde houve um aperto nos critérios para a aplicação tanto da prescrição retroativa quanto da prescrição virtual, devido às mudanças ocorridas.

Rogério Sanches (2011) comenta:

Parece muito acertado afirmar que a prescrição virtual também se extinguiu **pela metade**. Como assim? Ela já não pode ser contabilizada entre a data do fato e a denúncia (isso é que está proibido pela nova lei). Mas pode ser contada a partir do recebimento da denúncia ou da queixa.

Diante dessa análise, observa-se que a Súmula 438 do STJ permanece em vigor formalmente, mas a prescrição virtual continua a ser aplicada de fato nos tribunais de primeira instância. Isso é evidenciado pelo elevado número de recursos em segunda instância¹ que revertem sentenças de extinção da punibilidade com base neste instituto.

Nesse contexto, frente à morosidade processual do Poder Judiciário, a prescrição antecipada emerge como um agente eficaz na redução dessa inércia. Esta prática demonstra ser uma realidade consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo frequentemente utilizada como uma ferramenta para mitigar os impactos do acúmulo de processos e a lentidão nas decisões judiciais.

¹(STF - HC: 198709 SP 0049245-56.2021.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/04/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 14/04/2021) (TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10701160237320001 Uberaba, Relator: Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 23/02/2022, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/03/2022) (STJ - AgRg nos EDcl no REsp: 2026697 SC 2022/0291849-6, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 09/05/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2023)

4 FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E SUA EFETIVIDADE

Como é sabido, a morosidade do sistema Judiciário brasileiro é uma questão crônica que perdura há décadas, refletindo uma inércia processual sem perspectiva de solução imediata. A falta de novos programas eficazes para resolver essa lentidão resultou na naturalização desse aspecto lento e prolongado no funcionamento do sistema judicial.

Diante desse cenário, observa-se um claro interesse por parte dos operadores do judiciário, especialmente na primeira instância, em utilizar instrumentos que possam acelerar a tramitação processual. A aplicação da prescrição virtual tem sido adotada como uma medida prática para lidar com os problemas recorrentes de lentidão processual.

A utilização deste instituto se fundamenta principalmente em razões de política criminal, buscando auxiliar na administração de uma justiça frequentemente sobrecarregada, tornando-a mais ágil. Além disso, visa economizar recursos humanos e materiais ao reduzir a carga de trabalho de pessoas e equipamentos, e evitar o desgaste judicial provocado pela ineficiência das decisões. Importante também é garantir que o réu não seja prejudicado pela demora excessiva do sistema judicial (Amorim, 2005).

Portanto, o instituto da prescrição virtual visa evitar a mobilização desnecessária do aparato estatal na persecução penal, argumentando que não há interesse do Estado em continuar um processo quando a punibilidade já está extinta. Em resposta às demandas por uma justiça mais ágil e eficiente, este novo mecanismo surge impulsionado por motivos de política criminal (Amorim, 2005).

Segundo Damásio de Jesus (2020, p. 698), o princípio político subjacente à prescrição retroativa é a busca pela "pena justa". Assim, se não há recurso da acusação ou se este é indeferido, a pena determinada na sentença torna-se apropriada e suficiente desde a data do crime, servindo como base para o cálculo da prescrição a partir da consumação do delito.

Portanto, reconhecer antecipadamente a prescrição penal retroativa emerge como uma solução ideal para a morosidade do judiciário. Esse procedimento alivia a carga de processos em pauta, evitando a alocação de tempo valioso que poderia ser destinado a outros casos, em consonância com a prioridade de promover a celeridade na administração da justiça (Carvalho Júnior., 2017).

Embora não haja previsão expressa na legislação, a prescrição em perspectiva se fundamenta na falta de interesse estatal em prosseguir com um processo que, desde o início, está destinado à prescrição devido à provável pena a ser aplicada. Isso evidencia a ausência de justa causa para a continuidade da persecução criminal no judiciário. Conforme observado por Lenza (2018, p. 1298), "em algumas situações, contudo, a demora, causada pela duração do processo e pela sistemática dos procedimentos, pode resultar na total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido". Nesse sentido, a prescrição virtual surge da combinação entre a falta de interesse de agir estatal, a busca pela celeridade processual e a garantia da razoável duração do processo.

É importante ressaltar que o direito a um processo conduzido dentro de um prazo razoável deriva do princípio do devido processo legal. Em outras palavras, um

processo com duração adequada é uma consequência direta do devido processo legal, com o qual está intrinsecamente relacionado. Em última análise, é necessário equilibrar os valores constitucionais que envolvem o exercício do poder-dever de julgar (art. 5º, XXXV da CF de 1988) com o direito subjetivo à duração razoável do processo, fortalecido pela "cláusula de eficiência", conforme concebido por Dotti. Essa cláusula visa garantir os meios que promovam a celeridade da tramitação processual (art. 5º, LXXVIII da CF de 1988) (Bitencourt, 2020, p. 1980).

Segundo Greco (2022), o interesse de agir muitas vezes se dissipa quando a prescrição retroativa confirma a ausência de uma condenação definitiva, tornando evidente a perda de utilidade da ação penal. Nessa linha de raciocínio, questiona-se a relevância de uma ação penal que mobiliza toda a complexa e burocrática máquina judiciária, sabendo-se de antemão que, ao final do processo, a pena aplicada seria suficiente para resultar na extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal.

Aury Lopes Júnior (2022, p. 71) também argumenta que "o tempo é fundamental para a estruturação do direito, na medida em que tanto cria como aniquila o direito (prescrição), podendo-se resumir essa relação na constatação de que a pena é tempo e o tempo é pena". Em resumo, para os operadores do sistema judiciário, a adoção desse modelo prescricional não codificado representa uma maneira significativa de aumentar a eficiência processual local, diante da clara ineficácia do Estado em promover celeridade e economia processual.

Com efeito, é crucial analisar a Emenda Constitucional nº 45/2004, que, ao ampliar direitos e garantias fundamentais, incluiu no art. 5º, inciso LXXVIII, a garantia da celeridade e economia processual, como mencionado anteriormente. Nesse contexto, percebe-se que o princípio da celeridade se incorpora ao ordenamento jurídico como um claro princípio constitucional destinado a mitigar eventuais burocratizações processuais.

Dessa forma, a decisão recorrente pela aplicação do instituto da prescrição decorre do processo em sua totalidade, que visa atingir uma finalidade. Para assegurar uma prestação jurisdicional justa, é necessário romper com tudo aquilo que possa tornar o processo mais prolongado e dispendioso.

Alexandre de Moraes Rosa (2014), em sua análise crítica, observa que a decisão de um tribunal em prosseguir com um processo já prescrito representa um desperdício de recursos públicos. Portanto, é relevante considerar a eficiência e economia proporcionadas pela aplicação dessa prescrição, especialmente diante da inércia do Judiciário, que, ao seguir entendimentos como os expressos na Súmula 438 (Rosa, 2014), pode inadvertidamente diminuir a eficácia de suas próprias ações.

Por esses motivos, Alexandre de Moraes Rosa critica a decisão do tribunal ao prosseguir com um processo já prescrito, considerando-a um desperdício de recursos públicos. Ele ressalta que, embora exista a Súmula 438 do STJ sem caráter vinculante, não há sentido em continuar com um processo que claramente será atingido pela prescrição. Segundo sua visão, a aplicação da prescrição antecipada ou hipotética é justificada pela ausência de qualquer benefício compensatório. Ao verificar que a pena aplicável será alcançada pela prescrição, torna-se inviável e inútil prosseguir até uma sentença final condenatória, pois esta não terá efeito prático, dado que a prescrição já terá extinguido a punibilidade (Rosa, 2014).

Nesse contexto, Moraes da Rosa enfatiza a importância da eficiência e economia processual na aplicação deste instituto, especialmente considerando a inércia frequentemente observada no Judiciário, cujo entendimento muitas vezes contraria os princípios de celeridade e economia processual previstos na Constituição.

Rubens de Paula (2018) corrobora essa linha de raciocínio ao argumentar que a prescrição virtual dinamiza a máquina judiciária estatal ao aliviar a sobrecarga de processos acumulados. Ele enfatiza que muitos desses processos se tornam redundantes, uma vez que a prescrição retroativa é inevitável, o que demonstra uma falta completa de consideração pelo princípio da economia processual.

Diante do exposto, fica claro que a prescrição virtual encontra fundamento na sua utilização como um mecanismo proporcional. Há um conflito de direitos em que, proporcionalmente, há utilidade na redução da morosidade do judiciário e dos gastos associados. Isso ocorre porque evita-se a prolongação de processos que não contribuirão de forma alguma, além de representarem um dispêndio de tempo e recursos desnecessários. Portanto, a prescrição virtual se revela um instrumento eficaz na implementação dos princípios da celeridade e economia processual, alinhando-se com o interesse estatal na persecução penal de maneira eficiente.

5 DAS CONTRARIEDADES DA UTILIZAÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA

A utilização da prescrição da pretensão punitiva antecipada implica naturalmente na flexibilização de direitos, uma vez que para sua aplicação é necessário ponderar proporcionalmente entre garantias que serão mitigadas e outras que serão asseguradas. Nessa linha de raciocínio, surgem uma série de argumentos contrários à sua aplicação, destacando-se a legalidade, a presunção de inocência, o devido processo legal (compreendendo a obrigatoriedade da ação penal pública), além da ampla defesa e contraditório.

No que tange à legalidade, este é um dos principais pontos de discordância entre doutrinas e jurisprudências em relação à adoção da prescrição retroativa antecipada em nosso sistema jurídico. Muitos estudiosos argumentam que esse tipo de prescrição é uma construção doutrinária e não está positivado na legislação brasileira. A maioria da doutrina nacional rejeita a adoção da prescrição virtual, posição que tem sido corroborada pelos tribunais superiores. Eles sustentam que é inadmissível extinguir a punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, dado que não há previsão legal expressa para tal e existe o risco de violação de princípios constitucionais fundamentais.

Por outro lado, conforme destacado por Cássia Valim (2017), a interpretação da lei não deve se limitar estritamente à sua redação literal. O artigo 109 do Código Penal estabelece prazos e critérios para a prescrição, enquanto os artigos 59 e 68 permitem o cálculo da pena, e o artigo 395 do Código de Processo Penal oferece ao juiz a possibilidade de não aceitar a denúncia em certas circunstâncias. As causas extintivas da punibilidade listadas no artigo 107 do CP são apenas exemplos, como destacado por Rogério Greco (2022), havendo outras situações, como a reparação do dano no peculato culposo e o término do período de prova sem revogação do *sursis* processual.

Portanto, é plausível considerar a prescrição virtual como uma dessas causas extintivas da punibilidade. Além disso, é válido ressaltar que a falta de previsão legal direta não impede o reconhecimento do instituto por analogia, desde que isso não viole as garantias do processo penal. Assim, é possível encerrar um processo por falta de interesse estatal com base no artigo 395, inciso II do CPP, especialmente quando é evidente que o desfecho do processo caminha inevitavelmente para a prescrição.

O princípio da presunção de inocência, garantido pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, é um pilar fundamental do direito penal brasileiro que estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No contexto da prescrição virtual, surge um conflito evidente com esse princípio. A prescrição virtual implica na extinção do processo mesmo antes da conclusão da instrução processual, baseando-se em uma pena hipotética. Isso significa que o processo pode ser encerrado com a prescrição da pretensão punitiva antes mesmo da acusação ter sido provada ou antes de uma sentença condenatória definitiva ser emitida.

Argumenta-se, portanto, que a prescrição virtual representa uma medida prematura na ação penal. Reconhecer a prescrição no início do processo, antes da conclusão da instrução processual, constitui uma clara violação ao princípio da presunção de inocência.

Renato Brasileiro de Lima, ao discutir a presunção de inocência e a prescrição virtual, destaca que embora o reconhecimento antecipado da prescrição seja comum nos fóruns criminais e tenha o apoio de parte significativa da doutrina processual penal, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se posicionado contrariamente a esse instituto. Argumenta-se que a prescrição virtual não possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e contraria o princípio da presunção de não culpabilidade, pois parte do pressuposto de uma eventual condenação do acusado ao final do processo (LIMA, 2023 *apud* Valim, 2017).

Em contrapartida, defensores da prescrição virtual, como Cássia Valim (2017), argumentam que a consideração da pena hipotética foca na potencial condenação do acusado, não em sua certeza. Portanto, ao interromper o curso do processo penal, não se pode afirmar com segurança que ocorrerá uma condenação efetiva. Essa visão busca mitigar a morosidade processual e os custos associados, sem prejudicar a culpabilidade do acusado antes do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal, consagrado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, estabelece que todos têm direito a um processo justo e equitativo, servindo como uma barreira contra os excessos estatais e garantindo proteção contra a arbitrariedade. No âmbito penal, esse princípio demanda procedimentos pautados pela justiça, razoabilidade e proporcionalidade, legitimando o uso do direito penal de maneira eficiente e em conformidade com as garantias constitucionais.

A obrigatoriedade da ação penal, embora não esteja expressamente prevista na legislação, desempenha um papel crucial na asseguuração do devido processo legal. Para que a prescrição virtual seja utilizada, é necessário aplicar o princípio da proporcionalidade, considerando a flexibilização dessa garantia em determinados casos.

Além disso, derivados do princípio do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais intrínsecos ao processo jurídico. Esses direitos estão previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, garantindo às partes em processos judiciais ou administrativos, assim como aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, utilizando todos os meios e recursos inerentes a esses direitos. Juntos, esses elementos visam garantir o cumprimento das formalidades processuais adequadas na prestação da justiça, assegurando equilíbrio e garantias fundamentais no processo penal brasileiro.

O debate em torno da prescrição retroativa antecipada envolve questões fundamentais sobre os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A posição contrária à aplicação desse tipo de prescrição argumenta que ela implica em uma presunção de condenação sem o devido exame das provas e sem a conclusão da instrução processual, o que violaria garantias constitucionais essenciais.

Carla Rahal Benedetti (2006 *apud* Romão, 2009), enfatiza que ao utilizar a prescrição virtual, há uma presunção de culpa do denunciado sem que sejam consideradas todas as provas pertinentes e sem que haja oportunidade plena de contraditório e ampla defesa. Isso representa, segundo os críticos, um desprezo pela garantia constitucional conquistada, pois mesmo que hipoteticamente se argumente a culpa do acusado, isso ocorre sem um veredicto condenatório formal.

Por outro lado, defensores como Valim (2017) argumentam que a aplicação da prescrição virtual não viola o contraditório. Para eles, mesmo com a extinção do processo, o réu teve a oportunidade de se manifestar e contestar os pontos até aquele momento. A previsão de uma possível condenação é considerada apenas como uma hipótese, na qual, se ocorresse, resultaria na mesma extinção da punibilidade e arquivamento do processo. Assim, o que ocorre é uma antecipação do resultado final, sem que seja necessário um julgamento sobre o mérito do caso.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, surge a seguinte indagação: seria realmente a proibição da Prescrição Virtual o melhor caminho a seguir? Este questionamento não só abarca os estudos doutrinários, mas também reflete o cenário atual do direito, tratando-se, portanto, de um tema de relevância primordial. Destaca-se ainda a ampla discussão sobre a aplicação deste instituto jurídico, predominantemente contestado em seus fundamentos.

É amplamente reconhecido que o Estado mantém sua característica marcante de morosidade, evidenciada pela falta de soluções efetivas para esta questão, assim como pela questionável postura de proibir ferramentas que poderiam contribuir para mitigar esse problema. Neste sentido, observa-se um retrocesso notório no cenário atual, onde, em conformidade com a Súmula 438 do STJ, perpetua-se tanto a lentidão processual quanto o desperdício de recursos em processos já destinados à própria extinção.

Tendo isso em vista, questiona-se a prudência de continuar desperdiçando recursos públicos ao prosseguir com movimentações processuais facilmente evitáveis

mediante a aplicação hipotética da prescrição, além da clara contrariedade aos princípios constitucionais de celeridade e economia processual.

Nesse contexto, observa-se que, com a promulgação da Lei 12.234/2010, foram introduzidas severas alterações no campo da prescrição no Código Penal, embora de forma falha em seus objetivos, especialmente na proibição efetiva da prescrição virtual. Apesar da vedação pela Súmula 438 do STJ e da crítica predominante na doutrina brasileira, ainda se verifica a utilização desse instrumento nos tribunais de primeira instância. Isso se justifica pelos benefícios evidentes, principalmente na redução do acervo de processos destinados à extinção da punibilidade, evitando-se o desperdício de tempo e recursos financeiros na manutenção desses processos.

Portanto, apesar dos argumentos contrários ao instituto, é inegável a importância da chamada Prescrição Virtual, especialmente por seus efeitos em mitigar a lentidão do sistema judiciário. Conclui-se, neste artigo, que a utilidade da previsão antecipada da prescrição se destaca de maneira proeminente, e negar sua aplicação representa uma perda considerável, resultado de perspectivas desatualizadas frente à realidade nacional. Trata-se de um meio proporcional diante dos significativos benefícios decorrentes de sua aplicação.

Em suma, ao analisar o cenário atual do sistema jurídico brasileiro, torna-se evidente a necessidade de transformações tão urgentes quanto necessárias. Portanto, a não permissão desse dispositivo apenas reflete um caminho jurídico curioso, que contradiz a verdadeira eficiência processual. Assim, fica claro que novos métodos eficazes são necessários para desobstruir o panorama central do Brasil. Diante disso, a antecipação da prescrição se apresenta como uma alternativa simples e já consolidada no cotidiano brasileiro, que merece ser normalizada nos tribunais e, eventualmente, introduzida no ordenamento jurídico como norma positivada.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Bruno Nascimento. **Prescrição em perspectiva**: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 689, 25 maio 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1005 p.

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

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

CAPEZ, Fernando. **Coleção Curso de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. v. 1. 784 p.

CARVALHO JÚNIOR, José. **Prescrição Penal Virtual**: análise entre seus benefícios práticos e a ausência de previsão legal. Análise entre seus benefícios práticos e a ausência de previsão legal. 2017. Jurídico Certo.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 584 p.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998. 177 p.

GOMES, Juscelino. **O instituto da prescrição virtual: uma breve análise**. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 24. ed. rev. atual. e aum. Niterói: Impetus, 2022. 872 p. v. I

JESUS, Damásio de. **Direito Penal 1**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 986 p. v. I. Edição revisada e atualizada por André Estefam. ISBN 9788553619832.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**: esquematizado. 26. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 1. 1552 p. .

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 1.272. p.

MASSON, Cléber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 17. ed. rev. e atual. [S. l.]: Método, 2023. 936 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAULA, Rubens de. **Da prescrição antecipada**. Ministério Público do Estado de Mato Grosso. 2018.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual**: uma realidade no direito penal brasileiro: estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio. 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora. **Consultor Jurídico**, 2014.

SANCHES, Rogério. **Lei nº 12.234/10**: considerações iniciais. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814551/lei-n-12234-10consideracoes-iniciais>.

TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. Do instituto da prescrição penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999.

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