



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

JOICE DE ANDRADE JAQUES

**A PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO
DA PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: reflexões
sobre o retrocesso jurisprudencial com a edição da súmula 438 pelo
STJ**

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

JOICE DE ANDRADE JAQUES

**A PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO
DA PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: reflexões
sobre o retrocesso jurisprudencial com a edição da súmula 438 pelo
STJ**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Graduada, sob orientação do prof. Esp. Marcos Cardoso Atalla.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

JOICE DE ANDRADE JAQUES

**A PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA COMO CAUSA DE
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: reflexões sobre o retrocesso jurisprudencial com
a edição da súmula 438 pelo STJ**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada ao Curso de Direito do
Instituto de Ensino Superior “Pres.
Tancredo de Almeida Neves” como
requisito parcial à obtenção do título de
Graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Esp. Marcos Cardoso Atalla (Orientador)

Prof. Esp. Ricardo Arruda Pecorelli

Prof. Esp. Fabrizia Lelis Naime de Almeida Coelho

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos”.

Marcel Proust

AGRADECIMENTOS

Agradeço toda essa vitória, primeiramente, à pessoa que me deu à luz, que me fez ser o que sou hoje, que lutou ao meu lado para que esse sonho se realizasse. Agradeço a você mãe, sem você nada disso teria acontecido.

Agradeço a meu pai, que mesmo não presente, sempre me deu a força espiritual que precisava e me guiou.

Agradeço a minha família pelo apoio, carinho e força.

Agradeço a meu grande amor, pela proteção, conselhos, paciência e incentivo.

Agradeço a todos os meus verdadeiros amigos pelas palavras certas nos momentos mais difíceis.

Agradeço aos professores Marcos Atalla, Pedro H. S. Pereira, Carla Campos, pelo conhecimento que me proporcionaram.

RESUMO

O presente trabalho abordará o tema da prescrição antecipada, instituto de demasiada importância no âmbito do Direito Penal e Processo Penal por levar em consideração a extinção da punibilidade. Para desenvolvimento do referido estudo, utilizou-se primeiramente o método de pesquisa bibliográfica para demonstrar que a alegação da prescrição antecipada tão logo é identificada corrobora com o desaforamento de processos no Poder Judiciário, além de economizar o tempo e dinheiro ao movimentar a máquina judiciária com um processo inútil. Embora os benefícios de sua aplicabilidade sejam enaltecidos, o Superior Tribunal de Justiça repele a sua aplicabilidade através da Súmula 438. Em que pese o posicionamento sumulado, o instituto da prescrição antecipada é polêmico, principalmente por confrontar princípios constitucionais basilares e valiosos do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais questionam o Poder Judiciário e força o legislador a considerar um vindouro debate de um projeto de lei.

Palavras- chave: Prescrição. Prescrição Antecipada. Extinção da Punibilidade. Súmula 438 do STJ.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DA PRESCRIÇÃO.....	9
1.1 Do Direito de Punir do Estado e causas de extinção da punibilidade.....	9
1.2 Conceito de Prescrição no Direto Penal Brasileiro	10
1.2.1 Evolução histórica.....	11
1.3 Das modalidades de prescrição no código penal brasileiro	11
1.3.1. Prescrição da pretensão punitiva.....	12
1.3.1.1 Prescrição Punitiva em Abstrato.....	12
1.3.1.2 Prescrição Punitiva Retroativa.....	12
1.3.1.3 Prescrição Intercorrente ou Superveniente	13
1.3.1.4 Prescrição Antecipada ou Virtual.....	13
1.3.2. Prescrição da Pretensão Executória.....	14
2. DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA.....	16
2.2 Conceito	16
2.1 Fundamentos teóricos	17
2.1.1 Teorias a favor da aplicação da prescrição antecipada	17
2.1.1.1 Ausência do interesse de agir	17
2.1.1.2 Princípio da economia processual.....	19
2.1.1.3 Constrangimento ilegal causado pelo processo penal	20
2.2.1 Teorias contrárias à aplicação da prescrição antecipada	20
2.2.1.1 Princípio da Legalidade	20
2.2.1.2 Princípio da Presunção de Inocência	21
2.2.1.3 Obrigatoriedade da Ação Penal.....	22
3. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E A SÚMULA 438 DO STJ	24
3.1 Bases e entendimento da súmula 438 do STJ	24
3.2 Da ausência de razão de ser da súmula 438 do STJ: a prescrição em perspectiva e razões para sua aplicação pelo judiciário	26
3.3 Nosso posicionamento	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS.....	36

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, o abarrotamento judiciário é causa de preocupação e questionamento social. Tem-se que as demasiadas leis que surgem fervorosamente e o conhecimento da sociedade sobre a defesa de seus direitos são as maiores consequências para este caos.

Frente a tamanho acúmulo no judiciário, necessário se faz criar mecanismos mais céleres e eficazes para o judiciário brasileiro em especial para as investigações criminais.

Cabe ao Estado criar mecanismos que reduzam o aglomerar de processos, sob pena de ferir de forma inequívoca grandiosos princípios previstos na Constituição Federal, como o Princípio da Razoável Duração do Processo.

A inobservância do Estado de processos fadados a insucesso gera a prescrição, que de acordo com o Código Penal Brasileiro, é uma das formas de extinção da punibilidade do agente, conforme preceitua o artigo 107, inciso IV.

A prescrição penal acarreta a perda do direito de punir que o Estado pode exercer sobre a pessoa que comete um delito, diante do lapso de tempo decorrido sem o pronunciamento Estatal.

Dentre as formas de prescrição, há a chamada prescrição virtual ou a em perspectiva, que será melhor analisada no presente trabalho. Em que pese não estar positivada no ordenamento jurídico pátrio, é considerada uma construção doutrinária e jurisprudencial, possuindo diversos entendimentos favoráveis à sua aplicação.

Segundo tal teoria, tendo-se o conhecimento do fato jurídico penal, bem como as circunstâncias que levariam o juiz a aplicar a pena levando-o a uma provável condenação, tomar-se-ia por base a pena virtualmente considerada e far-se-ia a averiguação da possível prescrição, quando então não houve o interesse em dar prosseguimento na ação penal, cabendo assim a extinção da punibilidade.

Com tal instituto visa-se possibilitar a maior efetividade na tutela jurisdicional, acabando com as demandas inócuas. Visto que, tem-se como escopo evitar a utilização do maquinário judiciário de forma desnecessária, pois é previsível a prescrição contida no Código de Processo Penal no momento da

sentença.

Várias vantagens também podem ser apontadas do acolhimento e reconhecimento da prescrição virtual como a celeridade processual ou combate a morosidade da justiça, economia das atividades jurisdicionais em prestígio da boa utilização do dinheiro público, preservação do prestígio e imagem da justiça pública ou atenção a processo úteis em detrimento daqueles que serão efetivamente atingidos pela prescrição, etc.

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça sempre foi firme em não admitir a chamada prescrição virtual ou em perspectiva, já que esta modalidade não encontra previsão legal no Código Penal, violando, diversos princípios como o da legalidade, devido processo legal, presunção de inocência, entre outros.

Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Seção, aprovou em 02/05/2010 a Súmula nº 438, rechaçando a hipótese de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena em perspectiva ou hipoteticamente considerada. Entretanto, muitos questionam que esta Súmula é um retrocesso ou descaso com o dinheiro público, pois, se tudo indica que chegará na prescrição pela pena que realmente o réu receberá, porque não se pode observar os princípios da celeridade processual, da dignidade da pessoa humana, da economia processual entre outros.

Compeende-se que o entendimento jurisprudencial do STJ, consolidado na Súmula nº 438, não impede que o Ministério Público e o Juízo avaliem o preenchimento das condições de ação, dentre eles o interesse de agir, que é o principal fundamento da prescrição virtual, que acarreta a ausência de justa causa para o início do prosseguimento da ação penal.

Nessa esteira, conforme se expõe o assunto a ser tratado é de extrema divergência e importância por não existir ainda a previsão legislativa, e já existirem casos em que esse tipo de prescrição já foi aplicado. A prescrição virtual é uma causa de extinção da punibilidade e deve ser prevista em lei na reforma do Código Penal.

1. DA PRESCRIÇÃO

1.1 Do Direito de Punir do Estado e causas de extinção da punibilidade

Antes de iniciarmos o estudo sobre a prescrição no direito penal, necessário se faz abordar em breves linhas o direito de punir do estado, também denominado de *jus puniendi*.

O estado detém o *jus puniendi*, que se caracteriza pela sua legitimidade para punir a pessoa que infringe determinada norma penal. Trata-se do poder-dever estatal, inerente a sua natureza.

No que tange ao exercício do poder de punir, Fernando Capez (2011, p. 614), assevera que: "o Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*). Tratando-se de manifestação de poder soberano, tal direito é exclusivo e indelegável."

Nessa esteira, compreende-se que o magistrado, investido do poder de jurisdição estatal, é o encarregado de exercer a prestação da jurisdição, julgando o caso em concreto, podendo, após o devido processo legal, proferir uma condenação ao réu, promovendo a execução da pena que foi aplicada.

A realização de um ato tipificado como crime dá ao Estado o direito de punir o infrator, aplicando-lhe uma sanção penal correspondente. A essa capacidade jurídica de aplicação de pena dá-se o nome de punibilidade.

Entretanto, há motivos que obstam que o Estado exerça o seu direito de punir. A esses motivos damos o nome de causas extintivas da punibilidade. O artigo 107 do Código Penal Brasileiro enumera de forma exemplificativa as possíveis causas de extinção da punibilidade. Ela poderá se dar pela morte do agente criminoso, por *Abolitio Criminis*, pela Decadência, pela Perempção, pela Prescrição, pela Renúncia, pelo Perdão do ofendido, pelo Perdão judicial, pela Retratação do agente, por Anistia, Graça ou Indulto.

Importante ressaltar, que uma corrente majoritária defende a natureza jurídica do instituto, que afirma e entende que são causas resolutivas do *jus puniendi*, por cessarem a relação jurídico-punitiva surgida com a prática do delito.

O consagrado doutrinador Fernando Capez (2011, p.615) entende que

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

Nesse sentido, as causas de extinção de punibilidade são os fatos ou atos jurídicos que, expressamente previstos na lei, extirpam do Estado o direito de realizar o seu poder e dever de punir o infrator da norma jurídico-pena.

Por conseguinte, é cabível que o sujeito pratique uma infração penal, e ocorra uma causa extintiva da punibilidade, impeditiva do *jus puniendi* do Estado, em especial, temos a prescrição, modalidade de estudo do presente trabalho.

1.2 Conceito de Prescrição no Direito Penal Brasileiro

No artigo 107, do Código Penal brasileiro estão elencadas as causas extintivas da punibilidade. Em especial, no inciso IV, encontra-se previsto o instituto da prescrição que tem como fundamento a perda do direito de punir do estado.

Quando o sujeito viola uma norma penal, surge o direito do Estado em punir, através de uma sanção penal ao infrator, que deve ser aplicada dentro de um determinado tempo hábil, pois, passado esse tempo ficará impedido de exercer e impor a punição.

A prescrição penal é a perda do direito de punir do Estado no decurso de tempo, que o impede de exercer esse direito, extinguindo-se a punibilidade do agente.

Na compreensão atual, Luiz Regis Prado (2012,p.828), conceitua a prescrição como "(...) a perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado."

No mesmo sentido, conceitua Fernando Capez (2011,p.615), entendendo ser uma perda do exercício de direito de agir do Estado, expondo que é a "perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo".

Assim, quando o Estado não exerce a pretensão punitiva, ou executória no prazo legal, extingue-se a punibilidade, pondo-se fim a ação penal.

1.2.1 Evolução histórica

O instituto da prescrição encontra sua origem no Direito Romano. Foi lá que se iniciou a construção de como seria a prescrição na forma atual.

De início, tinha-se a idéia de que a prescrição relacionava-se a perdão, e, por isso, não podia ser aplicado aos crimes de maior potencial ofensivo.

Nesse diapasão, tem-se que o Direito Romano corroborou as demais legislações que foram surgindo na história, de modo que, na França, com o Código Penal de 1791 surgiu a prescrição da condenação, fruto da Revolução Francesa. Logo em seguida, outros países como Alemanha e Itália também reconheceram o instituto.

No Brasil, a partir de 1832, com o advento do Código Processual Criminal, a prescrição da pretensão punitiva ganhou previsão nos artigos. 54 a 57 do referido diploma legal. Até esse momento, ainda não se admitia a prescrição da pretensão executória, vindo a ser introduzida na legislação brasileira apenas em 1890, pelo art. 4º do Decreto 774. Posteriormente, então, o Código Criminal promulgado ainda em 1890 passava a tratar de ambas as formas de prescrição: da ação penal e da condenação.

A partir de então, demasiadas modificações e inovações surgiram. Passou-se pela instituição de crimes imprescritíveis como, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, até chegarmos ao dias de hoje de desenvolvimento da prescrição penal regulado pela nova parte Geral do Código Penal, aprovada pela Lei nº 7.209 de 11/07/1984, com consideráveis mudanças ocorridas ao passar do tempo, em especial da Lei nº 12.234/2010.

1.3 Das modalidades de prescrição no código penal brasileiro

Prevê o artigo 107, IV do Código Penal, duas espécies de básicas de prescrição: a Prescrição da Pretensão Punitiva e Prescrição da Pretensão Executória. Como dicotomia, tem-se que a primeira ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto a segunda que ocorre após o trânsito em julgado, quando a pena aplicada não é executada.

Em outras palavras, podemos dizer que quando o Estado se depara com uma infração penal, cabe a ele, através de seu poder de *jus puniend* aplicar a pena cabível. Ocorre que esse direito se restringe em dois momentos. O primeiro é conhecido como *jus puniendi*, no qual o Estado pode prolatar a sentença. O segundo é o *jus punitiois*, o momento no qual o Estado pode obter a sentença.

1.3.1. Prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva, também denominada prescrição da ação penal, é conhecida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal, e tem como resultado natural a extirpação de todo o efeito do crime.

Dessa forma, o transcorrer do tempo cessa o poder-dever do Estado em punir, acarretando a prescrição da pretensão punitiva. Essa pretensão só tem razão se ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tanto para a acusação, quanto para a defesa.

Vale ressaltar, que a doutrina apresenta quatro modalidades de pretensão punitiva, a saber: prescrição em abstrato, prescrição intercorrente, prescrição retroativa e, como sustentar-se-á ao final, prescrição virtual ou antecipada.

1.3.1.1 Prescrição Punitiva em Abstrato

A pretensão da prescrição punitiva em abstrato encontra amparo legal no artigo 109 do Código Penal brasileiro. Ele aparece como uma espécie da pretensão punitiva que só pode ocorrer antes do trânsito da sentença condenatória, regendo-se pela pena máxima cominada ao delito.

O reconhecimento da referida modalidade de prescrição pode e deve ocorrer em qualquer momento do processo antes da sentença, já que após esta a prescrição passa a basear-se na pena *in concreto*. (BALTAZAR, 2003, p. 38)

1.3.1.2 Prescrição Punitiva Retroativa

Ela está definida no artigo 110, § 2º do Código Penal, o qual determina uma espécie de prescrição em concreto que é contada para trás. Rogério Greco (2007. p. 737) traz a seguinte definição:

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o calculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a data do fato.

Sendo assim, a prescrição retroativa, da mesma forma que a anterior, se efetua antes do trânsito em julgado da sentença, entretanto é regulada pela pena em concreto, por já haver trânsito em julgado para a acusação ou improvimento do seu recurso.

1.3.1.3 Prescrição Intercorrente ou Superveniente

No que concerne a prescrição intercorrente ou superveniente, origina do enquadramento de dois artigos do Código Penal, o artigo 109, *caput* e 110,§1º, podendo se verificar em dois casos: (a) havendo trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação; e (b) sendo desprovido o recurso interposto pela acusação.

Nas lições de Luiz Regis Prado (2012, p. 834), compreende-se que

a prescrição superveniente (intercorrente ou subsequente) é hipótese excepcional em que a prescrição punitiva não é regida pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominado, mas sim pela pena imposta na sentença condenatória.

Tem-se que a prescrição intercorrente ou superveniente, se difere da abstrata, pois o seu prazo é contado da sentença em diante até o trânsito em julgado. Esta afeta o dever-poder de punir do Estado, uma vez que impede a execução judicial.

1.3.1.4 Prescrição Antecipada ou Virtual

Por fim, há a prescrição antecipada ou virtual, que é objeto do presente estudo, conforme posicionamento de Fernando Capez (2007, p. 586-587): “é a prescrição reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz, no momento futuro da condenação.”

Tal prescrição se originou da doutrina e da jurisprudência, defendendo a evitar o dispêndio desnecessário de tempo com julgamentos inócuos, visto que, mesmo antes do término do processo, ou seja, antes da sentença, os fatos e provas já apontam para um futuro reconhecimento da prescrição. Torna-se assim, desnecessário o tempo e a verba gasto pelo Estado em um processo onde, de forma inquestionável, ocorrerá a extinção da punibilidade pela prescrição, sem sequer impor sanção concreta ao condenado.

Mister esclarecer, que a presente modalidade de prescrição será mais bem analisada e conceituada no próximo capítulo, visto que, esta é objeto do presente trabalho.

1.3.2. Prescrição da Pretensão Executória

O *caput* do artigo 110 do Código Penal preceitua e prevê a aplicação da Prescrição da Pretensão Punitiva Executória.

A prescrição da pretensão executória é a perda do poder-dever de o Estado - devido à sua própria inércia - executar a sanção penal a qual o acusado fora condenado por sentença transitada em julgado para ambas as partes (CAPEZ, 2007, p. 589).

De acordo com o posicionamento de Luiz Regis Prado (2012, p.833) a prescrição da pretensão executória também pode ser nomeada de prescrição da pretensão da condenação, na qual faz desaparecer o direito de execução da sanção penal imposta. O autor ainda complementa, dizendo que a prescrição regula-se pela pena em concreto, observado o disposto no artigo 109 do Código Penal.

Compreende-se que desde a época em que o réu comete crime até o trânsito em julgado da sentença o Estado tem o poder de exercer sua pretensão punitiva. Ocorre que, uma vez transitada em julgado, surge o *jus executionis*, para ser efetivamente aplicado a sanção penal. Todavia, a sanção executória

não é eterna no tempo, mas sim limitada ao tempo, de acordo com a quantidade de pena imposta na sentença. Nesse sentido, a pena perderá sua eficácia se não for exercitado pelo Estado dentro dos prazos previstos no artigo 109 do Código Penal

Tem-se assim que, se o Estado não aplicar a sanção imposta em um determinado período, ele está sujeito a perda do poder-dever de punir. Sendo assim, a pretensão da pretensão executória é a extinção da pretensão de executar a pena, em face do decurso do tempo previsto em lei.

2. DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

2.2 Conceito

Diante de inúmeros instrumentos para dar mais celeridade e eficiência aos foros criminais, encontramos o instituto da prescrição em perspectiva.

Tal instituto, também conhecido como virtual ou antecipado, nada mais é do que o reconhecimento da prescrição retroativa, logo no início do processo, antes da prolação da sentença, ou até mesmo da denúncia, tomando-se por base a pena que seria imputada ao réu no caso de condenação.

Acerca da prescrição virtual, conceitua Capez (2007, p. 586-587): “é a prescrição reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz, no momento futuro da condenação.”

Esta espécie de prescrição de baseia-se na pena futura a ser aplicada, e visa o afastamento do Poder Judiciário de processos inúteis. Tem-se que, a partir do momento em que se realiza toda a fase processual investigatória, é possível auferir as circunstâncias que serão valoradas para a dosimetria da pena.

Nesse sentido, logo no início do processo é possível vislumbrar a pena base, bem como, fixar a condenação que seria imputada ao condenado, e acima de tudo, analisar a necessidade ou não do prosseguimento do processo criminal.

Entretanto, na maioria das vezes, para não dizer em todas as máquinas judiciárias deixa de fazer esta investigação inicial, para constatar se realmente há, a necessidade de prosseguir com o processo, ou se este, pode, por sua vez, em razão das circunstâncias, ser considerado extinto, em razão da prescrição antecipada.

O que por demasiadas vezes ocorre dentro do âmbito processual criminal, é que após uma delonga processual, envolvendo todos os trâmites necessários, o juiz, incumbido de proferir a sentença declarando a condenação do acusado, é obrigado, logo em seguida, a declarar e reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição antecipada, tornando desnecessário todo o trabalho e tempo gasto no curso do processo.

Vemos assim, a possibilidade do juiz reconhecer a prescrição antecipada antes da sentença, com base na pena que seria aplicada ao condenado, evitando o desperdício de tempo com um processo predestinado à extinção da punibilidade.

A prescrição antecipada foi desenvolvida apenas no ordenamento jurídico pátrio e é uma criação da doutrina e da jurisprudência, não estando, pois, prevista na legislação brasileira.

2.1 Fundamentos teóricos

De acordo com a doutrina e jurisprudência encontramos vários fundamentos para o instituto da prescrição antecipada. Nesse diapasão, esboçaremos didaticamente as teorias mais alegadas, sejam elas contra ou a favor.

2.1.1 Teorias a favor da aplicação da prescrição antecipada

Embora esta seja a corrente minoritária dentro da doutrina e jurisprudência, encontramos vários fundamentos para defender a aplicação da prescrição antecipada, invocando diversos princípios penais e processuais penais.

2.1.1.1 Ausência do interesse de agir

O fundamental e mais utilizado embasamento para defender a aplicação da prescrição antecipada é o da falta de interesse de agir. Sendo considerado o pilar primordial da prescrição antecipada.

Dessa forma, a prescrição antecipada encontra seu principal fundamento na falta de interesse de agir, que acarreta a ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal, dando ensejo a uma prestação jurisdicional inútil. E, por conseguinte, um processo inútil, porque sem nenhum resultado prático, constitui constrangimento ilegal que não pode ser tolerado num Estado Democrático de Direito. (JAWSNICKER , 2009).

A falta de justa causa para o exercício da ação penal acarreta a ausência do interesse de agir. Assim, o Estado ao tramitar uma ação penal inútil, que resultaria em uma extinção da punibilidade, acaba por desperdiçar tempo em um processo sem justa causa, visto que, não se tem um dos requisitos essenciais para o direito de ação.

Corroborando com esse fundamento já decidiu o Tribunal de Justiça da Bahia, conforme se demonstra na ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO EM CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO PELA FALTA DE INTERESSE DE AGIR, HAJA VISTA O RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA, PELO JUÍZO A QUO. PRELIMINARES SUSCITADAS PELOS RECORRIDOS DE FALTA DE CABIMENTO E DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO CABÍVEL E TEMPESTIVO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE VISA A REFORMA DA SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO VIRTUAL. ACOLHIMENTO. SÚMULA 438 DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. Não há falar em intempestividade do recurso interposto pelo Ministério Público, uma vez que tanto o apelo, quanto as razões, foram apresentados dentro do prazo legal. Não se pode confundir a falta de interesse de agir com a prescrição virtual ou antecipada. Enquanto aquela representa a constatação, sem espaço para dúvida, da impossibilidade de o jus puniendi se efetivar ao final do trâmite processual, esta leva em conta a pena que provavelmente seria imposta ao réu no caso de condenação e, em consequência disso, reconhece a extinção da punibilidade. O ordenamento jurídico pátrio compreende inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça: "é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal". Preliminares rejeitadas. Recurso PROVIDO. (TJ-BA - APL: 00012554420018050001 BA 0001255-44.2001.8.05.0001, Relator: Carlos Roberto Santos Araújo, Data de Julgamento: 11/10/2012, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 17/11/2012)

Nesse sentido, a improficuidade do processo criminal retira do Estado o poder-dever de agir.

2.1.1.2 Princípio da economia processual

O Princípio da Economia Processual também é considerado um dos defensores da prescrição antecipada, visto que questiona o motivo de se movimentar a máquina judiciária com um processo fadado ao insucesso, ou seja, fazer todos os trâmites processuais sem a devida necessidade, já que, no final será declarada extinta a punibilidade.

“Ora, o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada outra coisa não é senão uma economia processual extraordinária, que beneficia o réu e o Estado” (BALTAZAR, 2003, p. 111).

Assim, ao analisar este argumento de economia processual, devemos nos voltar para o que for menos custoso tanto para o acusado, quanto para o Estado. Não há a necessidade de desgaste de tempo e da máquina judicial para movimentar o um processo que no final será considerado extinto a punibilidade.

Contribuindo com esse entendimento, tem-se o seguinte recurso julgado pelo TRF-5:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (ART. 171, PARÁGRAFO 3º, CP). RECONHECIMENTO DA "PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU VIRTUAL". DESCABIMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELOS RÉUS. PREETENSÃO RECURSAL DE OBTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. FALTA DE INTERESSE. NÃO CONHECIMENTO. - Hipótese em que a irresignação dos apelantes dirige-se contra a sentença que, reconhecendo a chamada "prescrição virtual" (prescrição pela pena em perspectiva), declarou extinta a punibilidade dos mesmos. Não satisfeitos, buscam a declaração da nulidade da sentença, com o retorno dos autos à Primeira Instância, a fim de que seja prolatada sentença onde o mérito da causa seja devidamente apreciado. - Conquanto se reconheça que essa modalidade vanguardista de declaração da extinção da punibilidade já não mais encontra eco nos tribunais, há que se ressaltar que da sentença não resultou qualquer prejuízo aos apelantes, falecendo-lhes, portanto, interesse recursal em sua reforma. - Recurso de apelação que não se conhece.

(TRF-5 - ACR: 4506 CE 0048841-74.2005.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 06/04/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/05/2006 - Página: 854 - Nº: 102 - Ano: 2006).

Ademais, devemos levar em consideração a celeridade e a eficácia do Poder Judiciário em julgar e movimentar os processos, devendo este, dar mais atenção e prosseguimento aos processos realmente válidos e úteis.

2.1.1.3 Constrangimento ilegal causado pelo processo penal

Outro fundamento utilizado pela corrente favorável à aplicação da prescrição virtual baseia-se no argumento de que um processo que acarretará a eventual e provável extinção da punibilidade pela prescrição retroativa causa constrangimento ilegal ao réu (JAWSNICKER, 2009).

Se não há justa causa para agir o processo, não há justa causa para sujeitar o acusado desnecessariamente a todo o incômodo e constrangimento de um processo inútil, fadado ao insucesso.

Com o mesmo posicionamento, encontramos o seguinte julgado o Tribunal do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PRIVILEGIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. MAIS DE CINCO ANOS TRANSCORRIDOS DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DIREITO DO ACUSADO A UM PROCESSO CÉLERE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO. Ordem concedida. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

2.2.1 Teorias contrárias à aplicação da prescrição antecipada

Os defensores desta corrente são considerados majoritários dentro da doutrina e da jurisprudência. Para repelir o instituto da prescrição antecipada, encontram diversos respaldos e fundamentos impeditivos para derrubar a aplicação da prescrição no início do processo.

2.2.1.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é o mais invocado pelos opositores da aplicação da prescrição antecipada. Eles defendem que deve haver uma

sentença penal condenatória, da qual não se pode mais recorrer, para se aplicar a prescrição antecipada.

Conforme preceitua o artigo 110, parágrafo primeiro e segundo, a prescrição só pode ocorrer depois que for prolatada a sentença e não houver mais a possibilidade de recorrer. Sendo assim, acabam por excluir a possibilidade de aplicar o instituto da prescrição antecipada no início do processo, visto que não há previsão legal para tal procedimento.

A seguinte jurisprudência obtida do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é a favor desse fundamento:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU PROJETADA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Vigê 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 provido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70050526292, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 12/12/2012). (TJ-RS - RSE: 70050526292 RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 12/12/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/01/2013).

Nesse sentido, dizem que a prescrição antecipada antes da sentença fere a legislação nacional, pois esta, não pode ocorrer antes trânsito em julgado para a acusação ou improvido do recurso.

2.2.1.2 Princípio da Presunção de Inocência

Outro argumento utilizado é o Princípio da Presunção de Inocência, amparado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, que dispõe que ninguém será considerado culpado antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Embora o presente tópico apresentado indique apenas o Princípio da Inocência, este encontra-se rodeado a outros princípios constitucionais como o contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal.

Sustentando este entendimento encontramos o seguinte julgado:

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, seguindo os tribunais superiores, não reconhece a prescrição antecipada: “A prescrição antecipada da pena contraria o sistema legal vigente, pois tem como referência uma condenação hipotética que revela o prejuízo da causa, em flagrante desrespeito às garantias constitucionais da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa” (Turma de Câmaras Criminais Reunidas – Ação Penal Originária nº. 93097/2007 – Relator Desembargador Paulo da Cunha – Julgado de 02 de outubro de 2008 – Fonte: site do TJMT).

Para esses opositores, contribuir para uma condenação antes do exercício do contraditório e da ampla defesa, afeta diretamente o devido processo legal, e, por conseguinte o princípio da presunção de inocência.

2.2.1.3 Obrigatoriedade da Ação Penal

O princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal também é considerado uma barreira para a aplicação da Prescrição Antecipada.

De acordo com a tese contrária apresentada, o Ministério Público está obrigado a oferecer a ação penal tão só tenha ele notícia do crime e não existam obstáculos que o impeça de atuar. Este princípio embasa-se no pensamento latino “*nec delicta maneat impunita*”, que diz que nenhum crime deve ficar impune.

De acordo com esta teoria apontamos o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. SEGURO DESEMPREGO. PRESCRIÇÃO. PENA IDEAL. NÃO CABIMENTO. SUMULA 438 STJ. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A despeito de a prescrição pela pena em perspectiva fundamentar-se em razões de política criminal e atender ao princípio da economia processual, impedindo o trâmite de ações penais fadadas ao insucesso e desafogando o Poder Judiciário, a sua aplicação não possui respaldo na legislação pátria. 2. O reconhecimento

antecipado da prescrição pela pena ideal, em perspectiva ou virtual, violaria o princípio constitucional da presunção da inocência, da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando ao acusado o direito de obter uma sentença absolutória, bem como afetaria, por via transversa, o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre o tema ao editar a Súmula 438. 4. Recurso provido, determinando-se o recebimento da denúncia. (TRF-2 - RSE: 200351015014770 RJ 2003.51.01.501477-0, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 15/08/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::28/08/2012 - Página::34/35).

Nesse ínterim, decorrente do Princípio da Legalidade, este princípio da ao do Ministério Público a obrigação de oferecer a denúncia, dando início a ação penal sempre esta for pública, e desde que estejam presentes os pressupostos que permitam a propositura da ação. Lado outro, quando se tratar de ação penal de iniciativa privada, o ofendido, levando em consideração o princípio da indisponibilidade tem a faculdade de propor ou não a ação penal.

3. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E A SÚMULA 438 DO STJ

3.1 Bases e entendimento da súmula 438 do STJ

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a prescrição virtual é aplicada de acordo com o vislumbre de uma possível pena a ser aplicada ao acusado, levando em consideração o reconhecimento antecipado de uma provável extinção do processo antes da prolação da sentença, ou até mesmo da denúncia, visando o afastamento do Poder Judiciário de Processos fadados ao insucesso.

A jurisprudência majoritária contrária a aplicação da prescrição virtual é sólida, e abrange inúmeros posicionamentos do STF e STJ.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 02/05/2010 aprovou a Súmula 438, que repele a possibilidade de se aplicar a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

A Súmula trouxe o seguinte enunciado: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. ”

Tal previsão incide por consequência, sobre o instituto estudado, e também tem guarida no entendimento do STF, que vem decidindo no mesmo sentido em seus arestos, a exemplo, no RE 602.527, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, que inclusive teve repercussão geral¹:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do

¹ Criada em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, a Repercussão Geral é um instrumento que permite ao STF selecionar e julgar os recursos extraordinários e agravos de instrumento que tratem de temas com relevância social, econômica, política ou jurídica que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Ao mesmo tempo, as demais instâncias judiciárias devem aplicar o entendimento da Suprema Corte a todos os recursos que tratem de tema idêntico ao que teve a Repercussão Geral reconhecida e julgada. Enquanto a decisão no Supremo não ocorre, os tribunais devem manter esses processos parados, o que na linguagem jurídica é chamado de “sobrestamento”. (STF, 2011)

CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. (STF- RE 602527 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL- MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-11 PP-01995).

Portanto, a súmula versada consolidou o posicionamento da corrente contrária à aplicação da prescrição virtual que já vigorava entre os Tribunais Superiores, vencendo o instituto da prescrição virtual criado pela doutrina e jurisprudência.

As bases teóricas para a criação da Súmula 438 do STJ vão de encontro aos fundamentos já abordadas pela corrente contrária a aplicação da prescrição virtual. Dentre este rol de fundamentações para o entendimento, encontra-se a falta de amparo legal, violação do princípio da individualização da pena, princípio da violação do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência.

O instituto sumulado foi relatado pelo ministro Felix Fischer e teve como principal amparo para a sua existência legal os artigos 109 e 110 do Código Penal, que regem ser a prescrição viável apenas pela análise da pena abstrata, ou seja, antes da sentença condenatória ou pela pena em concreto, após sentença condenatória, sem mencionar futura pena hipotética.

A Lei nº 12.234/2010 alterou o artigo 110, § 1º do Código Penal, e lhe atribuiu a seguinte redação: " 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."

A nova redação repele a prescrição retroativa, e, em consequência, a prescrição virtual ou antecipada ou em perspectiva, pois, elimina a possibilidade da prescrição ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Ademais, levou-se em consideração o fato da prescrição virtual ser uma criação doutrinária e jurisprudencial, não havendo dispositivo legal a seu respeito que pudesse normatizar o instituto. Nesse sentido, ponderou-se a idéia de que é inadmissível o reconhecimento da prescrição em perspectiva por ausência de previsão legal.

A Súmula versada alavancou diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em relação ao tema, acarretando divergências e fortalecendo a corrente contrária a aplicação da prescrição virtual.

3.2 Da ausência de razão de ser da súmula 438 do STJ: a prescrição em perspectiva e razões para sua aplicação pelo judiciário

Embora a Súmula 438 do STJ aduza que não pode o magistrado reconhecer de plano a prescrição virtual prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, muitos doutrinadores defendem a aplicabilidade do instituto no Direito Penal.

Grande parte da doutrina entende que a prescrição virtual deve ser aplicada em razão de dois motivos essenciais e fundamentais: a falta de interesse de agir e economia processual.

Diversos estudiosos entendem que é inútil gastar todo o trabalho da máquina judiciária com um processo fadado ao insucesso. Sobre este assunto Mattioni relata que:

Por meio da prescrição virtual, prega-se o reconhecimento antecipado de uma provável extinção futura do processo, pelo mesmo argumento da prescrição. Antecipa-se, num dado momento da fase processual ou mesmo pré-processual, que a possível pena ao fato criminoso investigado provavelmente não será cumprida, por conta do provável reconhecimento futuro de uma outra espécie de prescrição, não há como não se imaginar que tal operação não seja mais adequada do ponto de vista da economicidade, uma vez que, em tempo mais breve, chega-se a mesma conclusão a que provavelmente se chegaria após um tortuoso galgar procedimental (MATTIONI, 2011, p.130).

Tem-se assim que o processo deve buscar sempre atingir sua finalidade com maior eficiência possível, com menor dispêndio de recursos e tempo.

Daí parte-se para o questionamento de ser um retrocesso ou descaso com o dinheiro público a manutenção de um processo que muito provavelmente chegará na prescrição pela pena que realmente o réu receberá. Porque não se pode observar os princípios da celeridade processual, da economia processual, eficiência, dentre outros?

Como podemos perceber um dos principais pontos de enfoque para o reconhecimento da prescrição antecipada é a questão do interesse de agir e economia processual, cuja análise impõe a verificação da necessidade de movimentar a máquina judiciária, pois se não há interesse de agir e, se há pena em perspectiva, uma vez concretizada, deve-se levar ao reconhecimento da prescrição da ação penal.

Os defensores da prescrição virtual aduzem na mesma medida que não se pode negar a aplicabilidade do instituto em virtude de eventual falta de previsão legal. O ordenamento jurídico pátrio é claro, e diz que na falta de ausência de lei deve-se levar em consideração a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme estipula o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, visto que, o mesmo pode ser utilizado quando for em benefício do réu.

Em relação ao uso do instituto da analogia no Direito Penal, por mais que alguns julgadores entendam que não deve ser aplicada no âmbito da prescrição virtual, temos que este importante mecanismo pode ser aplicado desde que seja voltado a beneficiar o réu.

Ademais, sobre o tema o artigo 3º do Código de Processo Penal é claro e diz que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. ”

Nesse sentido, não há razão para expandir essa negação ao instituto da prescrição virtual, já que o mesmo decorre de uma das modalidades de prescrição existentes no Código Penal, e ao mesmo tempo existe em pertinência aos princípios gerais do direito.

Ademais, quando o STF fundamenta que é impossível a aplicação da prescrição por falta de previsão legal, ele fere um dos mais importantes princípios do Código Penal: o *in dubio pro reo*, que diz que na dúvida o judiciário deve favorecer o agente, pois, se não há no ordenamento jurídico certeza da tese em contrario, deve esta ser aceita como forma de beneficiar o agente.

Nesta esteira, é inadmissível aceitar a tese de que a prescrição virtual afeta o princípio do devido processo legal, pois a decisão não fere a ninguém, conforme explicita Medeiros:

Tal postulado diz que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Pois bem, a decisão que reconhece a prescrição antecipada não priva o indiciado ou acusado de coisa alguma. Pelo contrário, o livra de um processo sem justa causa (*apud* JAWSNICKER, 2009).

Sendo assim, o agente livra-se de um processo sem justa causa através da prescrição que pode ser declarada de forma antecipada, não lhe privando do devido processo legal, já que este não há nenhuma necessidade de existir.

É oportuno destacar que por mais que o STJ sumulou de forma contrária ao reconhecimento da prescrição virtual, e demasiados sejam os seus adeptos, é imperativo afirmar que esta modalidade está expressamente prevista no art. 37 do Anteprojeto da Reforma do Código Penal, vejamos:

Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Este dispositivo do Anteprojeto da Reforma do Código Penal discorre sobre o instituto da prescrição virtual, e resgata a possibilidade da aplicação e legitimação da prescrição penal antecipada, tema de inúmeras divergências por parte dos operadores do direito.

Vê-se assim, a possibilidade da aplicação do instituto da prescrição virtual mesmo com a criação da Súmula 438 que trouxe novos limites, visto que, a sua possibilidade de reconhecimento encontra vasto aparato e fundamentação legal para a sua aplicabilidade.

Segundo Medeiros as razões de sua aplicabilidade são simples:

Por outras palavras, não se vê utilidade, nem ao menos necessidade, de mover todo um aparato estatal (Promotor de Justiça, Magistrado, Defensoria Pública, etc.) sabendo que, ao final, a pena não será aplicada em razão da ocorrência da prescrição. Em tais hipóteses, a manutenção da *persecutio criminis in iudicio* se mostra um *non sense*, em perfeito descompasso com os modernos princípios de direito processual (eficiência, economia, instrumentalidade, etc.).[...] Na sistemática processual penal dos dias atuais, não tem lógica, ilude as garantias da liberdade e fraudada a finalidade do processo penal

constitucional o atual posicionamento do STF de não reconhecer uma espécie de prescrição que, inclusive, já está sendo prevista no próprio Anteprojeto do Código Processual Penal (MEDEIROS, Júlio. Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal. Uma questão de princípios).

Firma-se ainda, ao defender a aplicação da prescrição antecipada que a alteração da Lei nº 12.234/10 em seu artigo 110, § 1º do Código Penal, provocou apenas uma vedação a parte e não total, podendo ainda, mesmo diante a nova redação ter aplicabilidade. Vejamos o que diz Myrian Pavan (2011):

Ocorre que com o advento dessa novel lei, a prescrição da pretensão punitiva retroativa não acabou por completo, isto porque a lei apenas vedou, na nova redação do artigo 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição que tenha por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa. Ou seja, proibiu a prescrição retroativa pré-processual, aquela que poderia ser alegada pela demora na fase investigativa policial, contada da data do fato até o recebimento da peça acusatória, senão vejamos sua nova redação: 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. Como se vê, continua existindo a prescrição da pretensão punitiva processual, vale dizer, aquela que ocorre entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a sentença condenatória com TJ para a acusação, contada para trás.

Tem-se ainda, que a alteração da Lei nº 12.234/10 em seu artigo 110, § 1º do Código Penal, não pode retroagir para os casos ocorridos antes do início do vigor da Lei, já que configura "*novatio legis in pejus*".

Por fim, as razões contrárias ao reconhecimento da prescrição virtual são inconsistentes, tendo todas elas motivos para caírem por terra.

Ademais, a vedação ao instituto é considerado um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que atinge negativamente, não apenas aos acusados como, também, toda máquina judiciária, em trabalhos realizados em vão.

3.3 Nosso posicionamento

Mesmo diante de diversos posicionamentos doutrinários me firmo na possibilidade de ser aplicada a prescrição virtual tão logo seja reconhecida.

Ao se posicionar pela impossibilidade da aplicação da prescrição virtual o Superior Tribunal de Justiça presta um desserviço à doutrina, em parte da jurisprudência e do legislativo, que nos dias atuais busca a elaboração de um novo modelo de Direito Penal e Código de Processo Penal mais justo e adequado sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Ao ser contrário à prescrição virtual, o Superior Tribunal de Justiça volta um passo à construção de um Direito Penal mais adequado a contemporaneidade, visto que este deve ser mais amoldado às contingências cotidianas

Assim, com todo respeito aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, entendo que a Súmula 438 representa um retrocesso nessa nova fase por que passa o Judiciário brasileiro.

Ao negar a aplicabilidade da prescrição virtual, o Superior Tribunal de Justiça acaba por afrontar princípios modernos como o princípio da celeridade processual, da economia processual, eficiência, entre outros.

Entendo ser descabido posicionamento do STJ em não reconhecer uma espécie de prescrição que inclusive está prevista no Anteprojeto do Código Processual Penal, visto que, de acordo com os dias atuais, tal entendimento frustra as garantias de liberdade e corrói a finalidade do processo penal constitucional, já que é o Código de Processo Penal que tem que se adequar a Constituição e não o contrário.

É certo que o magistrado pode suspender um processo quando entender que a pena não será devidamente aplicada ao acusado, mesmo que para tal pratica não haja previsão legal. Excelentíssimo Juiz tem o poder de assim decidir para as benesses da maquina do poder judiciário e de acordo com o melhor beneficia o réu.

Conforme relatou o Desembargador Federal Olindo Menezes: “se o Estado não exerceu o direito de punir em tempo socialmente eficaz e útil, não convém levar em frente ações penais fadadas de logo ao completo insucesso.” (TRF da 1ª Região. RCCR 2002.34.00.028667-3/DF. Voto-vista. Terceira Turma. Publicação: 14/01/2005. DJ: p.33).

Por conseguinte, os princípios modernos do direito processual que hoje nos permeiam encontram-se mortos frente à decisão. Não há utilidade, muito menos a necessidade de mover toda a máquina judiciária para dar seguimento a um processo morto, já que se poderia estar dando seguimento a um processo que realmente tem necessidade e utilidade de ser movido, não havendo razão para abarrotar ainda mais o poder judiciário.

Entendo ser grande retrocesso do STJ a adoção da Súmula 438 que veda a prescrição em perspectiva, tal súmula apenas abarrotava mais ainda o judiciário, pois um processo natimorto ou morto não tem razão de ser.

Percebo, que por mais preponderantes sejam os argumentos contrários a aplicação do instituto, os mesmos não se mostram suficientes ao ponto de abolir a aplicação da prescrição antecipada. Acredito, na possibilidade, mesmo que no futuro, ser reconhecido a prescrição antecipada. O recente julgado abaixo se mostra pertinente ao caso, e se mostra capaz de questionar e levantar maior discussão acerca do instituto. Vejamos:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM INQUÉRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. SUPERVENIÊNCIA DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA, CONSIDERADA A PENA MÁXIMA PREVISTA ABSTRATAMENTE. INÉRCIA DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO QUANTO A EVENTUAL ADITAMENTO DA DENÚNCIA. EMBARGOS REJEITADOS, MAS RECONHECIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PRIMEIRO DENUNCIADO. 1. Não há nenhuma omissão, obscuridade ou contradição no acórdão impugnado. A simples leitura do voto evidencia que foram examinadas e rejeitadas as teses de ausência de individualização de condutas pela denúncia e de eventual erro na ata da sessão de julgamento. 2. A jurisprudência desta Casa de Justiça é firme em rejeitar a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antecipada ou prescrição em perspectiva (Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 602.527, da relatoria do ministro Cezar Peluso). 3. Essa forma de equacionar a problemática da extinção da punibilidade não se confunde com outro entendimento assentado pelo Plenário desta Casa Brasileira de Justiça. Tanto que na Questão de Ordem na Ação Penal 379, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, por votação unânime, distinguiu-se a hipótese em que a prescrição em perspectiva decorre da consideração da pena máxima abstratamente cominada ao delito. 4. No caso, nem mesmo a imposição de

uma pena concreta, no máximo permitido pelo tipo penal (5 anos), manteria a higidez da pretensão estatal punitiva. Sendo certo que em momento algum sinalizou o órgão acusatório pela possibilidade de aditamento à denúncia ou mesmo de nova capitulação jurídica da conduta debitada aos acusados. 5. Embargos de declaração rejeitados, mas reconhecida a extinção da punibilidade do primeiro denunciado pela prescrição, com a conseqüente baixa dos autos à Justiça Federal de São Paulo para o prosseguimento da ação penal, em relação à segunda denunciada. (STF - Inq: 2584 SP , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 01/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2013 PUBLIC 07-02-2013)

O presente caso exposto, é considerando uma exceção, na qual o denunciante defende a extinção da punibilidade antes da prolação da sentença

O Ministro César Peluzo (Presidente) entendeu que:

prosseguir com o presente processo consistiria em praticar uma série de atos, material e absolutamente, inúteis e custosos para todos: custosos para o estado, custosos para o réu que sofre o constrangimento da pendência do processo. (2012)

O Ministro Cezar Peluso vai além e ainda comenta o julgado dizendo que:

é muito interessante este julgamento. Tenho a impressão de que é o primeiro julgamento em que reconhecemos a prescrição em perspectiva, mesmo em perspectiva da pena máxima cominada ao crime. (2012)

Através do presente julgado podemos visualizar um precedente de aceitação e reconhecimento do instituto da prescrição antecipada já recentemente reconhecido no cenário jurídico brasileiro. Ademais, temos que, diante do sistema jurídico atual permeado na morosidade da prestação jurisdicional e acúmulo processual, alternativas possíveis como esta deve ser criada a fim de gerar maior eficácia ao serviço estatal.

Nesse sentido, nas lições de Medeiros (2010) compreendemos que:

Os argumentos alegados pelo Supremo - contrários ao reconhecimento da prescrição virtual -, são inconsistentes e falaciosos, uma vez que, partindo-se da premissa que deve o processo penal ser entendido como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu, jamais se poderia admitir que argumentos de lógica formal pudessem subjugar o direito à liberdade do

acusado - até por força do princípio processual penal do *favor libertatis*.

Nesse sentido, ainda de acordo com o pensamento de Medeiros (2012), nota-se que o problema prescrição antecipada esta atrelado a uma jurisprudência conservadora. Lado outro, não podemos suportar um processo penal autoritário e típico de um Estado Policial, pois é o Código de Processo Penal que deve adequar-se à Constituição e não o contrário.

A respeito as Súmula 438 do STJ, acredito que no futuro a mesma possa vir a ser revogada, para que então a prescrição antecipada seja integrada a legislação brasileira, com seus devidos limites e características próprias, visto que, a prescrição antecipada deve ser aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho, pode-se perceber que por mais que a prescrição antecipada, também chamada virtual, hipotética, projetada ou em perspectiva, não é prevista na lei de forma expressa, tratando-se, pois, como dito, de uma criação jurisprudencial e doutrinária, apresentando diversas divergências de pensamento.

Podemos verificar que a prescrição é a perda do poder-dever de punir o infrator por desídia ou inércia do aparelho estatal durante certo lapso temporal estabelecido em lei, tendo como fundamento o decurso do tempo, devido ao desinteresse do Estado em apurar o fato criminoso ocorrido, e a negligência com que se houve a autoridade.

Nota-se que, atualmente, muito se tem discutido acerca da possibilidade, ou não, do reconhecimento da prescrição penal antecipada como forma de extinção da punibilidade. Existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para os dois lados.

Não obstante há entendimentos contrários, mostrando-se possível o reconhecimento da prescrição da pretensão virtual, por uma simples questão prática, uma vez que não haveria razão de se esperar o final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, para, então, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição.

Sabemos bem que o Direito deve se adaptar as necessidades da sociedade, nesse sentido, não basta termos uma belíssima norma escrita se não darmos a ela a verdadeira utilidade a que se destina.

De acordo com os tempos, acredito, mesmo diante da barreira apresentada recentemente pela Súmula 438 do STJ que o legislador no mais tardar encontrará meios possíveis de adaptar a prescrição antecipada ao Processo Penal. Tem-se que, através deste posicionamento, o legislador passará a compreender que por mais que viole alguns princípios constitucionais, ele trás a tona diversos outros princípios garantidores de benefícios para o Direito Penal e Processual Penal como um todo.

Ressalta-se que diante todo este embasamento teórico, este estudo não tem por objetivo defender a impunibilidade. Longe disso. O que se almeja

defender é a possibilidade dos operadores do Direito, em especial os magistrados, reconhecerem a prescrição antecipada como causa extintiva da punibilidade, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto – especialmente circunstâncias de fato e das condições pessoais, em respeito ao princípio da economia processual, evitando, em consequência, um constrangimento desnecessário ao réu causado pela demora na prestação jurisdicional, diante de flagrante falta de interesse de agir do Estado.

Contudo, mesmo não expresso em lei, a prescrição virtual causa deve ser aceita. É consabido que a lei é o reflexo da sociedade, que por ser dinâmica está em constante evolução, sempre visando o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática.

Assim, a lei deve ser interpretada do modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses da sociedade, sempre objetivando tornar o Direito cada vez mais atual, dinâmico e efetivo nos fins a que se destina.

Nessa esteira, não possuindo mais o Estado o interesse de agir, condição elementar para instaurar-se e dar continuidade a demanda, deve-se valer de seus princípios norteadores para encerrar a demanda, porque seria inútil a utilização da máquina estatal, se ela, em tese, ao término, não for apta a produzir a punição do autor do ilícito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Reflexões sobre a súmula nº 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2597, 11 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17163>>. Acesso em: 8 maio 2014.

BAHIA, Tribunal de Justiça. APL: 00012554420018050001 BA 000125544.2001.8.05.0001, da 2º Camara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: J.M.S. de M. Relator: Dr. Des. Carlos Roberto Santos Araújo. Salvador, 17 de Novembro de 2012. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115373271/apelacao-apl-12554420018050001-ba-0001255-4420018050001> php>. Acesso em 17 de maio de 2014.

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição penal.** Bauru: Edipro, 2003.

BORGES, Ana Andrade. **Prescrição pela pena em perspectiva. Uma análise à luz das condições da ação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3264, 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21944>>. Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. ESPECIALIZADA, Segunda Turma. TRF-2 – Recurso em Sentido Estrito: 200351015014770 RJ 2003.51.01.501477-0. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: M.R.F.C. Relator: Desembargadora Federal Liliane Roriz, Data de Julgamento: 15/08/2012, Segunda Turma Especializada, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 28 de Agosto de 2012, Página: 34/35. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22260123/recurso-em-sentido-estrito-se-200351015014770-rj-20035101501477-0-trf2> php>. Acesso em 17 de maio de 2014.

BRASIL, STF, 2010. HC 1006337/BA, Relª. Minª. Ellen Grace, 2ª T., Dje: 25/6/2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

BRASIL, STF, 2013. AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral [...]. RE 602527 QO-RG, Relator: Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-11 PP-01995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

BRASIL, STF, 2012. Inq: 2584 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 01/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2013 PUBLIC 07-02-2013. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24808082/embdecl-nos-embdecl-n-o-inquerito-inq-2584-sp-stf>>. Acesso em: 15 de set. de 2014.

BRASIL, STJ, 2012. PENAL E PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VERBETE SUMULAR N. 438/STJ. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA [...] AgRg no AREsp 70.792/PI, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 22/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

BRASIL, TRF da 1ª Região, 2005, RCCR 2002.34.00.028667-3/DF. Voto-vista. Terceira Turma. Publicação: 14/01/2005. DJ: p. 33. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. ACR: 4506 CE 0048841-74.2005.4.05.0000, da 12ª Vara Federal Do Ceará. Apelante: J.A.R.C e J.S.A. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 06 de Abril de 2006, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/05/2006 - Página: 854 - Nº: 102 - Ano: 2006. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8039782/apelacao-criminal-acr-4506-ce-0048841-7420054050000> php>. Acesso em 17 de Maio de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. 8ª edição, Niterói: Impetus. 2007.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**. Considerações acerca do instituto da prescrição penal antecipada, indicando, inclusive, julgados com as diferentes orientações sobre o tema. Direito.Net. 20 de agosto de 2009. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5209/Prescricao-penal-antecipada>. Acesso em 17 de Maio de 2014.

MATTIIONE, Daniel. **A prescrição virtual no processo penal e a súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça**. Direito em Debate. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais de Unijuí. Ano XX, nº35, jan./ jun. de 2011, p.123-139. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/File/608/338>>. Acesso em:

MEDEIROS, Júlio. **Prescrição penal virtual no Supremo Tribunal Federal**. Uma questão de princípios. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2436, 3 mar.2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14441>>. Acesso em: 8 ago. 2012

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a prescrição virtual, intercorrente ou antecipada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3172,

8 mar. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21244>>. Acesso em: 7 maio 2014.

PAVAN, Myrian. **Nova lei não extingue prescrição retroativa**. Consultor Jurídico, 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-28/prescricao-retroativa-nao-extinta-lei-trata-assunto>> . Acesso em: 17 out. 2014.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70023146061. Sexta Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini. Julgado em 13 de Março de 2008. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70023146061&num_processo=70023146061>. Acesso em 17 de maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito Nº 70050526292, Primeira Câmara Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: A.R. Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 12 de Dezembro de 2012. Data da Publicação: Diário de Justiça do dia 25 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112474307/recurso-em-sentido-estrito-rse-70050526292-rs> php>. Acesso em 17 de maio de 2014.