



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

GÉSSYKA MARIA PINTO PINHEIRO DE SOUZA

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DA SUA
APLICAÇÃO PELO JUÍZO CRIMINAL DE PRIMEIRO GRAU**

**SOUSA | PB
2016**

GÉSSYKA MARIA PINTO PINHEIRO DE SOUZA

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DA SUA
APLICAÇÃO PELO JUÍZO CRIMINAL DE PRIMEIRO GRAU**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo.

SOUSA | PB

2016

Ficha Catalográfica

XXXX

Souza, Géssyka Maria Pinto Pinheiro de.

Prescrição Virtual: Aspectos Positivos decorrentes da sua aplicação pelo juízo criminal de primeiro grau/ Géssyka Maria Pinto Pinheiro de Souza. – Sousa, 2016.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa: UFCG, 2016.

Curso: Direito.

Orientadora: Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo.

Prescrição. Prescrição virtual. Prescrição retroativa. Causa extintiva da punibilidade.

CDD: XXXX

GÉSSYKA MARIA PINTO PINHEIRO DE SOUZA

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DA SUA
APLICAÇÃO PELO JUÍZO CRIMINAL DE PRIMEIRO GRAU**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo.

Data da defesa:

Banca Examinadora

Prof.^a Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo – **Orientadora**
CCJS/UFPG

Examinador (a) Interno 1
Instituição

Examinador (a) Interno 2
Instituição

A **Deus**, fonte de toda sabedoria. Aos meus pais, **Lauro e Gorette**, que tanto se esforçaram para que eu pudesse concluir mais uma etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido ânimo e perseverança durante toda a minha graduação.

Aos meus Pais, Lauro e Gorette, por sempre acreditarem no meu potencial.

Aos meus irmãos, Lauro Júnior, Jônatas e Joab, por todos os anos de companheirismo.

À minha amiga, Amanda, que sempre esteve ao meu lado.

Às minhas irmãs em Cristo, Fernanda, Liane, Anyelle, Luana e Victória, por todos os momentos de comunhão e crescimento espiritual.

À minha orientadora, Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo, por todo apoio e compreensão.

À Igreja Sara Nossa Terra, por ter me acolhido e me mostrado que a verdadeira felicidade consiste em servir ao Senhor.

À 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB, por todos os meses de convívio e aprendizado.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apontar os aspectos positivos decorrentes do reconhecimento do instituto da prescrição virtual pelos juízes de primeiro grau. A prescrição virtual é fruto de uma criação tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, principalmente dos juízes de primeira instância que enxergaram no referido instituto um importante instrumento de combate à morosidade judicial. Embora a aplicabilidade da prescrição virtual seja rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula de número 438 consolidando o seu posicionamento, não há óbice quanto à possibilidade dos magistrados decidirem de forma diversa, uma vez que a Súmula em questão não possui efeito vinculante. Além do combate à morosidade judicial, os juízes têm adotado a prescrição em perspectiva com o intuito de promover a observância aos postulados da economia processual e da razoável duração do processo, garantindo também o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os objetivos da presente pesquisa são a análise das características e dos benefícios trazidos pela adoção da prescrição virtual pelos magistrados, para tanto, utilizou-se o método de abordagem dialético, através de um método de procedimento comparativo, com consulta a doutrina, legislação, jurisprudência, artigos científicos e sites da internet. Em primeiro lugar, será explorado o direito de punir do Estado e analisadas as causas que impedem a sua execução, com ênfase para a prescrição e suas espécies. Em seguida, será aprofundado o estudo acerca do instituto da prescrição hipotética, desde a sua origem até a sua aplicação prática, momento em que serão examinadas sentenças oriundas da 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB. Por fim, serão apresentados argumentos contrários e favoráveis ao instituto em tela, com destaque para as vantagens decorrentes do seu reconhecimento pela primeira instância do Poder Judiciário, concluindo-se pela adoção da prescrição virtual.

Palavras-chave: Prescrição. Prescrição virtual. Prescrição retroativa. Causa extintiva da punibilidade.

ABSTRACT

This work objectives to appoint the positive aspects resulting from the recognition of virtual prescription institute by the first instance judges. The virtual prescription is the result of a creation of both the doctrine and the jurisprudence, mainly of first instance judges that see in this institute an important instrument to combat the judicial delays. Even though the applicability of virtual prescription is rejected by the Superior Court of Justice, which edit the number 438 Docket, consolidating its position, there is no obstacle regarding the possibility of judges decide differently, since the precedent in question does not have binding effect. Besides the fight against delays, the judges have adopted the prescription in perspective aiming to promote compliance with the postulates of procedural economy and reasonable duration of process, guarantying, still, the respect to the principle of human person dignity. The objectives of this research are to analyze the characteristics and benefits brought by the adoption of virtual prescription by the judges, for that, we used the dialectic method of approach, through a method of comparative procedure, in consultation with the doctrine, legislation, jurisprudence, scientific articles and websites. First of all, it will explore the right of punishment of the State and analyzed the causes which prevent its implementation, with emphasis on the prescription and its species. Then, it will get deeper studying about the institute of hypothetic prescription, since its origin until its practical application, where we will examine sentences from the 6th Mixed Court of Sousa/PB District Court. Finally, it will presents contrary and favorable arguments about the discussed institute, highlighting the vantages resulted from the recognition by the first instance of the Judiciary, concluding for the adoption of virtual prescription.

Keywords: Prescription. Virtual Prescription. Retroactive Prescription. Extinctive of Punishment Cause.

SUMÁRIO

	Pág.
1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	12
2.1 FUNDAMENTO E FINALIDADE DO DIREITO PUNIR	12
2.2 CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE	16
2.3 CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO	20
2.4 FORMAS DE PRESCRIÇÃO.....	24
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL	26
3.1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL	26
3.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL	28
3.3 ANÁLISE DE PROCESSOS JUDICIAIS QUE TRAMITARAM NA 6ª VARA DA COMARCA DE SOUSA ONDE FOI RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO VIRTUAL...31	31
4 ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL NA PRIMEIRA INSTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ...37	37
4.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL	37
4.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL	41
4.3 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A GESTÃO JURISDICIONAL	44
4.4 ASPECTOS POSITIVOS DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU	46
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51
ANEXO – SENTENÇAS JUDICIAIS TJ/PB	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre o instituto da prescrição em perspectiva, hipotética ou virtual e apresentará os aspectos positivos decorrentes da sua adoção pelos juízes de primeiro grau, trazendo à baila os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais tanto daqueles que a defendem, quanto daqueles que são contrários à aplicação do referido instituto.

A prescrição virtual será reconhecida pelos magistrados entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença, através de uma pena virtualmente cominada ao agente, a partir das circunstâncias judiciais apuradas no processo.

A sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro divide doutrinadores e juristas desde o seu surgimento. Aqueles que são a favor argumentam que há ausência de interesse de agir na continuidade do processo; aqueles que são contra alegam que a referida subespécie prescricional não possui previsão legal, não podendo, portanto, ser adotada em respeito ao princípio da legalidade.

No entanto, por tratar-se de uma forma de prescrição retroativa antecipada, a prescrição em perspectiva passou a ser utilizada pelos juízes de primeira instância com o objetivo de desafogar os gabinetes judiciais, sempre tão abarrotados, em clara observância ao princípio da economia processual.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, fixou entendimento contrário ao reconhecimento da prescrição hipotética, tendo, inclusive, externado o seu posicionamento no enunciado da súmula de nº 438.

Todavia, por não dispor a referida súmula de efeito vinculante, não há óbice quanto à possibilidade dos magistrados decidirem de forma diversa, questão que torna o tema bastante relevante.

Desse modo, o presente trabalho objetiva fazer uma análise sobre o instituto da prescrição virtual; analisar as suas características e sua forma de aplicação; observar o tratamento recebido pelo instituto sob a ótica doutrinária e jurisprudencial; e, por fim, analisar os aspectos positivos que decorrem do seu reconhecimento perante a justiça de primeiro grau.

O presente estudo é de fundamental importância para o meio acadêmico e jurídico pátrio, tendo em vista tratar de um tema bastante discutido por doutrinadores e juristas que apresentam importantes argumentos prós e contra o instituto.

Para que sejam alcançados os objetivos citados, será usado o método dialético como método de abordagem, uma vez que serão analisados os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro, através do método de procedimento comparativo, a fim de solidificar o entendimento de que a prescrição virtual deve ser adotada pelo juízo criminal de primeiro grau. Com relação às técnicas de pesquisa, será usado o método de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos, jurisprudência e sites da internet, para justificar e fundamentar o posicionamento defendido no presente trabalho.

No primeiro capítulo da presente pesquisa serão abordados os aspectos gerais da prescrição no Direito Penal Brasileiro, analisando-se o direito de punir do Estado, suas finalidades e fundamentos, bem como as causas que impedem a sua execução, com destaque para a prescrição e suas diversas espécies.

Em seguida, no segundo capítulo, serão tecidas considerações acerca da prescrição virtual, discutindo-se a sua origem e natureza jurídica, com apresentação dos seus principais traços e da fase processual em que ocorrerá o seu reconhecimento. Após, serão examinados processos oriundos da 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB em que o magistrado aplicou a prescrição em perspectiva.

Por fim, no terceiro capítulo, serão apresentados os argumentos contrários e favoráveis ao reconhecimento da prescrição virtual, com ênfase para os aspectos positivos decorrentes da sua aplicabilidade pelo juiz de primeiro grau, tendo como base dados estatísticos referentes ao Poder Judiciário do Estado da Paraíba, os quais foram extraídos de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça.

2 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O ente estatal possui legitimidade para aplicar sanções aos agentes que cometeram infrações penais, pautando-se na busca pela pacificação social e respeitando os limites previstos pelas normas e princípios constitucionais e legais.

Com vistas a restringir o *jus puniendi* estatal, evitando o cometimento de arbitrariedades pelos agentes públicos, a lei penal previu causas de extinção da punibilidade do agente, dentre elas a prescrição, que é reconhecida ante o decurso do tempo e se divide em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, as quais serão objeto de estudo no presente capítulo.

2.1 FUNDAMENTO E FINALIDADE DO DIREITO PUNIR

Ao Estado Brasileiro incumbe o direito de punir os atos atentatórios aos bens jurídicos essenciais ao convívio social, devendo tal prerrogativa estatal desenvolver-se nos limites previstos pela Constituição Federal e pela própria lei penal, com o fim de evitar o cometimento de arbitrariedades pelos agentes públicos e autoridades responsáveis pela persecução penal.

O *jus puniendi* estatal pauta-se na existência de um hipotético contrato social realizado entre o povo e o Estado, através do qual, aquele abriu mão de parcela de sua liberdade, transmitindo para o ente estatal o direito de punir, devendo esse, em contrapartida, garantir a proteção da sociedade.

A teoria do contrato social foi desenvolvida por Rousseau, em sua obra “Do Contrato Social”, no ano de 1762, sendo a mesma lembrada pelo ilustre penalista Beccaria, em seu livro “Dos Delitos e das Penas” (1764, p. 09), ao afirmar que:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Constata-se que a ideia do “soberano do povo”, trabalhada por Beccaria, faz alusão ao Estado como ente legitimado para fazer uso da força com o intuito de garantir a segurança social. Desse modo, o poder punitivo estatal não corresponde apenas a um direito, sendo também um dever, tendo em vista que cabe ao ente público o ônus de tanto proteger a integridade física e moral dos indivíduos, quanto de conter a prática de infrações penais, com o objetivo de obter a tão almejada paz social.

Como já asseverado, o direito de punir estatal encontra limites nos princípios e regras estabelecidos pela Carta Magna, em especial, nos pressupostos do devido processo legal, da anterioridade penal, da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural e da legalidade.

O princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, impõe a necessidade de um processo pautado na lei processual e conduzido pelo Poder Judiciário, onde os direitos do acusado, tais como o contraditório e a ampla defesa, sejam respeitados, para que só então seja aplicada a sanção penal.

A anterioridade penal, nos termos do art. 5º, inciso XL, da CF/88, determina que, em regra, as leis penais somente serão aplicadas para fatos posteriores à sua edição, salvo no caso de leis que beneficiem o agente, pois essas poderão retroagir atingindo fatos pretéritos.

Pelo postulado da inafastabilidade da jurisdição, constante no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, não poderá o legislador criar leis que afastem os indivíduos do Poder Judiciário, devendo, em contrapartida, aproximá-los do Órgão Julgador, como o fez com a criação dos Juizados Especiais.

Outra vertente do princípio em tela diz respeito à imposição legal de que toda lesão ou ameaça a direito seja levada ao conhecimento do Poder Judiciário, que então aplicará a sanção cabível, após o decurso de um processo legal.

No que se refere ao princípio do juiz natural, art. 5º, inciso LIII, da CF/88, esse dispõe que os jurisdicionados possuem o direito de serem julgados pelo juiz competente, sendo vedada a criação de qualquer juízo ou tribunal de exceção, conforme prevê o art. 5º, inciso XXXVII, da CF/88.

Por último, o pressuposto da legalidade, nos termos do art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, determina a necessidade de existência de lei anterior à prática do fato, que contenha tanto a previsão do crime, quanto a sua cominação legal, para que o agente possa ser por ela condenado.

A Constituição Federal não apenas prevê os limites para a atuação estatal frente ao *jus puniendi*, como também é responsável pela seleção dos bens jurídicos considerados essenciais, os quais serão objeto de proteção do Direito Penal, nesse sentido aponta Greco (2012, p. 4) que:

Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.

Assim, com base no princípio penal da fragmentariedade, o Direito Penal apenas irá cuidar da proteção dos bens essenciais ao convívio social equilibrado, de modo que o Direito Penal deve ser *a ultima ratio*, sendo utilizado apenas quando nenhum outro ramo do direito puder solucionar o conflito em questão.

No momento em que o Estado faz uso do seu *jus puniendi*, ao indivíduo será aplicada uma sanção penal, sendo esta na modalidade de pena ou de medida de segurança.

As penas, por sua vez, dividem-se em penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniária, conforme rol exemplificativo trazido pelo art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88.

Além de trazer as espécies de penas, a Constituição Federal também se preocupou em vedar toda e qualquer expressão do direito de punir estatal que pudesse violar a dignidade da pessoa humana, como pode ser observado a seguir pela transcrição do artigo 5º, inciso XLVII, da CF/88: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Sendo, na lição de Capez (2014, p. 39), “inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém”. Tal vedação esta pautada, primordialmente, na preservação à dignidade da pessoa humana, a qual foi elevada ao patamar de princípio constitucional, fazendo parte do núcleo essencial de todo e qualquer direito materialmente fundamental.

Desse modo, o direito de punir deve ser aplicado na medida e proporção essencial ao alcance da finalidade pretendida pelo Estado, com respeito ao princípio

da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer indivíduo.

No que se refere à finalidade da pena, três teorias buscaram explicá-la, quais sejam: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista.

A teoria absoluta ou retributiva explica que a pena deve ser aplicada com o intuito de retribuir o mal causado pelo agente com a prática do fato típico, nesse sentido discorre Bitencourt (2013, p.133) que:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas.

A teoria relativa ou preventiva, por sua vez, dispõe que a pena possui um caráter preventivo geral e um especial. O caráter preventivo geral está direcionado à sociedade, uma vez que aplicada a pena ao agente criminoso, esta impediria que novos agentes viessem a delinquir ante o temor causado pela pena aplicada.

Em seu aspecto especial, sendo o mesmo direcionado ao próprio agente criminoso, a pena aplicada impediria a reincidência criminosa, como bem explana Bitencourt (2013, p. 142):

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos.

Por fim, a teoria mista ou unificadora da pena, sendo esta a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, reconhece como válidas ambas as teorias anteriormente abordadas, de modo que a pena passa a ter tanto uma finalidade retributiva, quanto preventiva. Nesse sentido, discorre Mirabete (2010, p.231) que:

Já para as teorias mistas (eccléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

Ademais, a finalidade do direito de punir é tanto o de responder ao mal causado pelo delinquente, quanto o de impedir que este e que qualquer outro indivíduo da sociedade cometa novos delitos, tendo como balizador o respeito à dignidade da pessoa humana, a qual será objeto de estudo no decorrer da presente pesquisa.

2.2 CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

Uma vez reconhecida a prática da infração penal, nasce para o Estado o poder-dever de aplicar a sanção ao agente, com o intuito tanto retribuir o mal praticado pelo infrator, quanto de evitar a reincidência criminosa, ante o caráter preventivo da pena, conforme a teoria mista adotada.

No entanto, há casos em que, embora tenha ocorrido a prática de uma infração penal, o Estado não poderá aplicar uma sanção, tendo em vista a incidência de uma causa extintiva da punibilidade, como explica Greco (2012, p. 692):

Entretanto, também é certo que o Estado, em determinadas situações previstas expressamente em seus diplomas legais, pode abrir mão ou mesmo perder esse direito de punir. Mesmo que, em tese, tenha ocorrido uma infração penal, por questões de política criminal, o Estado pode, em algumas situações por ele previstas expressamente, entender por bem em não fazer valer o seu jus puniendi, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de extinção da punibilidade.

As causas extintivas da punibilidade estão elencadas, em rol não taxativo, no artigo 107 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

A primeira causa extintiva da punibilidade consiste na morte do agente criminoso, sendo esta demonstrada pela certidão de óbito, que é requisito

indispensável para que o juiz reconheça a extinção, após a oitiva do Ministério Público, consoante o artigo 62 do Código de Processo Penal, que assim determina: “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”.

Outras causas extintivas da punibilidade são a anistia, a graça e o indulto, os quais, segundo Capez (2014, p. 590) representam “renúncia do Estado ao direito de punir”. A primeira delas, a anistia nada mais é do que o perdão de determinado fato criminoso concedido pelo Estado através de lei.

A competência para a concessão do benefício em tela pertence exclusivamente à União, devendo a mesma ser externada mediante lei do Congresso Nacional, conforme preconizado nos artigos 21, inciso XVII e 48, inciso VIII, ambos da CF/88.

Por sua vez, a graça pode ser conceituada como um benefício individual concedido mediante provocação da parte interessada, enquanto que o indulto possui caráter coletivo e é concedido espontaneamente. Tal distinção é elucidada por Capez (2014, p. 592).

A graça e o indulto são concedidos pelo Presidente da República, o qual possui competência exclusiva para tanto, através de decreto presidencial, consoante o artigo 84, inciso XII, da CRFB/88.

A punibilidade do agente também se extingue com a ocorrência da *abolitio criminis*, ou seja, em decorrência da superveniência de lei nova que não mais considera crime o fato que era imputado ao réu em determinado processo penal. Tal instituto vem previsto no artigo 2º do Código Penal.

O artigo 107, inciso IV, do Código Penal, prevê as hipóteses de prescrição, decadência e perempção. A prescrição nada mais é do que a perda da pretensão pelo ente estatal de aplicar o seu *jus puniendi* ao caso concreto, o que ocorre ante o decurso do tempo. A referida modalidade será analisada de forma detalhada no decorrer deste trabalho.

A decadência, assim como a prescrição, também se dá ante o decurso do tempo, no entanto, aqui o que se tem é a perda do direito de queixa ou de representação pelo ofendido ou por quem o represente, consoante o artigo 103 do Código Penal:

Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Ressalte-se que em se tratando de penas restritivas de direito, estas observam os mesmos prazos prescricionais das penas privativas de liberdade, pois são substitutivas. Quanto à pena de multa, se esta for a única aplicada ao agente, prescreverá em dois anos, já se foi aplicada de forma alternativa ou cumulativa, a prescrição se dará no mesmo prazo estabelecido para a pena privativa de liberdade alternada ou cumulada.

Além do mais, o prazo prescricional será reduzido pela metade se na data do crime o agente era menor de vinte e um anos, ou se na data da sentença o agente for maior de setenta anos, nos termos do artigo 115 do Código Penal.

A perempção, por seu turno, aplica-se apenas às ações penais privadas, ou seja, àquelas que se iniciam mediante a propositura de queixa-crime, de modo que, uma vez reconhecida a perempção, o indivíduo não poderá dar continuidade à ação penal anteriormente proposta. Considera-se perempta a ação nas hipóteses previstas no artigo 60 do Código de Processo Penal:

Art. 60. (...) I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor (Código de Processo Penal).

Dando continuidade as causas extintivas da punibilidade, passar-se-á a análise das hipóteses, respectivamente, da renúncia ao direito de queixa e do perdão, sendo ambos os institutos aplicáveis aos crimes de ação penal privada.

Nas ações penais privadas, esta somente se iniciará pela vontade do ofendido ou de quem o represente, não cabendo ao Estado intervir na formação dessa vontade. Portanto, caso o ofendido opte por não apresentar a queixa-crime, peça inaugural da ação penal, decorrido o prazo decadencial de 06 meses, será reconhecida a extinção da punibilidade do agente.

No entanto, uma vez iniciada a ação penal privada, poderá o ofendido perdoar o agente criminoso. O perdão é ato bilateral, só produzindo a extinção da punibilidade nos casos em que o agente o aceite.

Saliente-se que, em decorrência do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, tanto a renúncia ao direito de queixa, quanto o perdão do ofendido, se oferecido a um dos agentes a todos aproveita.

Por fim, as últimas hipóteses de extinção da punibilidade trazidas pelo artigo 107 do Código Penal são a retratação do agente criminoso e o perdão judicial.

A retratação, nos exatos termos do artigo 143 do Código Penal, será cabível nos crimes de calúnia e difamação, devendo o agente, em momento anterior à prolação da sentença, retratar-se das ofensas feitas ao ofendido.

Já o perdão judicial será possível nos casos em que as consequências do ato criminoso para o agente que o praticou são de tal monta que se faz desnecessária a aplicação da sanção penal. Como bem assevera Greco (p. 704), o perdão judicial não se aplica à todas espécies de condutas típicas:

Inicialmente, é preciso destacar que o perdão judicial não se dirige a toda e qualquer infração penal, mas, sim, àquelas previamente determinadas pela lei. Assim, não cabe ao julgador aplicar o perdão judicial nas hipóteses em que bem entender, mas tão somente nos casos predeterminados pela própria lei.

Como exemplo de conduta criminosa que comporta a figura do perdão judicial tem-se o homicídio culposo, muito comum nos casos em que o pai culposamente mata o seu filho, como se extrai do seguinte julgado:

HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE DE FILHO. PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO E MANTIDO. Como destacou o Julgador, concedendo ao recorrido o perdão judicial pela morte involuntária do filho: "O réu foi indiscutivelmente abalado pela morte do filho. Tanto por referir isso quanto pelas reações tresloucadas que teve, ainda sob o impacto da morte, logo após o fato... A punição já foi suficiente e não seria equiparada por nenhuma pena aplicável neste feito - mormente considerando que o réu é merecedor de penas restritivas de direitos por ser primário. Isso basta para a concessão ao réu do favor legal." DECISÃO: Recurso ministerial desprovido. Unânime. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70054640156, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 31/07/2013).(TJ-RS - RSE: 70054640156 RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Data de Julgamento: 31/07/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/08/2013).

Ressalte-se que o magistrado, ao reconhecer a extinção da punibilidade do agente, poderá declará-la de ofício e em qualquer fase do processo, acarretando o conseqüente afastamento do *jus puniendi* estatal.

2.3 CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

A prescrição é uma das causas de extinção da punibilidade do agente, sendo reconhecida mediante o decurso do tempo, com a conseqüente limitação ao direito de punir do Estado, o qual nasce a partir do momento em que uma infração penal é cometida ou individuada, através do devido processo legal.

Desse modo, resta claro que não pode o Estado utilizar-se da sua prerrogativa de punir no momento em que bem desejar, ao contrário, deverá obedecer ao limite temporal trazido pela própria lei penal, como defende Capez, 2014, p. 614:

Punibilidade é a possibilidade de efetivação concreta da pretensão punitiva. Para satisfazê-la o Estado deve agir dentro de prazos determinados, sob pena de perdê-la. Há um prazo para satisfazer a pretensão punitiva e outro para executar a pena imposta. Prescrição é, justamente, a perda da pretensão concreta de punir o criminoso ou de executar a punição devido à inércia do Estado durante determinado período de tempo.

Corroborando o referido entendimento, Greco (2012, p.711) enfatiza, ainda mais, que o reconhecimento do instituto da prescrição se dá mediante a inércia estatal, veja-se, pois:

(...) poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade.

Decorrido o prazo prescricional previsto em lei, caberá à autoridade judicial o seu reconhecimento, o qual se dará de ofício, ou seja, independentemente de provocação das partes, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública.

No entanto, consoante o disposto no artigo 61, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não obstante a prerrogativa do magistrado em reconhecer de ofício

a incidência da prescrição, as partes também poderão pleitear o seu reconhecimento em qualquer fase processual.

Uma vez reconhecida a incidência da prescrição, o processo será extinto com resolução de mérito e fará coisa julgada material, não sendo possível a modificação do teor da sentença nem no processo em questão, nem em qualquer outro processo.

Embora, em regra, todos os crimes estejam submetidos à prescrição, existem crimes que excepcionam a regra, são os chamados crimes imprescritíveis, nesses casos, não importa quanto tempo se deu desde a ocorrência do fato típico à aplicação *do jus puniendi* estatal.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, alínea b, elenca os crimes imprescritíveis, sendo eles, o racismo, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

No que se refere aos fundamentos que norteiam a aplicação do instituto da prescrição, Bitencourt (2013, págs. 884 e 885) aponta os seguintes: “1º) o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato; 2º) o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; 3º) o Estado deve arcar com sua inércia e 4º) o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório”.

Logo, extrai-se dos fundamentos acima elencados que o decurso do tempo acarreta, para a sociedade, o esquecimento da infração praticada, não havendo mais razões que sustentem a aplicação da sanção penal, uma vez que esta não mais atingiria o seu caráter preventivo geral.

Assim, o Estado deve empenhar-se em apurar a infração cometida para com destreza aplicar a sanção penal correspondente e assim garantir que esta venha a impactar os membros da sociedade, evitando que estes se inclinem à prática criminosa com base em uma falsa ideia de impunidade.

Bitencourt (2013, p. 884) afirma que:

Se o alarma social é o que determina também a intervenção do Estado na repressão dos crimes, quando decorreu determinado período de tempo da prática do próprio crime sem que tenha sido reprimido, o alarma social desaparece pouco a pouco e acaba apagando-se, de tal modo que provoca a ausência do interesse que fez valer a pretensão punitiva.

Além do inevitável esquecimento, o decurso do tempo também pode culminar com a recuperação do criminoso, tornando desnecessária a aplicação da sanção cabível, uma vez que aquele já se encontra devidamente reinserido no meio social, não apresentando mais um risco à paz social.

A reinserção do indivíduo ao meio social é perquirida pela função preventiva especial da pena, de modo que, com a comprovada recuperação do criminoso, tal função mostra-se devidamente observada. Nesse sentido, aponta Bitencourt (2013, p.884):

Em se tratando de condenação, força é convir que o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social.

Outro fundamento da prescrição está na constatação de que o Estado deve arcar com a sua inércia. Embora o ente estatal possua o poder de punir, este encontra limites na lei, sendo um desses limites o limite temporal. Portanto, caso o prazo prescricional trazido pelo Código Penal decorra sem que o Estado aplique o seu *jus puniendi*, esse não poderá mais aplica-lo em outro momento.

A limitação temporal ao direito de punir do Estado se faz necessária frente à notória morosidade do Poder Judiciário Brasileiro. Por consequência, seria inconcebível a ideia de que os jurisdicionados pudessem sofrer a reprimenda pelo possível fato típico cometido a qualquer momento, independentemente da quantidade de anos que já se passaram desde a prática delitiva. É o que destaca Bitencourt (2013, p. 884) ao afirmar que:

É inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, ad infinitum, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A prestação jurisdicional tardia, salvo naquelas infrações constitucionalmente consideradas imprescritíveis, não atinge o fim da jurisdição, qual seja, a realização da justiça.

Também é possível citar como balizador da limitação temporal da teoria da prescrição, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso I, como fundamento da República Federativa do Brasil, e prevê que todos os indivíduos são dotados de valor moral, sendo este um limitador da atuação estatal.

Desse modo, não cabe ao Estado fazer uso do seu poder de punir quando desejar, deverá respeitar o espaço de tempo previsto na lei para tal, sob pena de ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, uma vez decorrido o prazo prescricional, a punibilidade do criminoso será extinta, não podendo mais este ser punido pelo fato que prescreveu.

Por fim, o último fundamento da teoria da prescrição trazido por Bitencourt (2013, p. 885), é o de que o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório. O referido autor explica que:

Este fundamento, pode-se dizer é de direito processual. O longo hiato temporal faz surgir uma dificuldade em coligir provas que possibilitem uma justa apreciação do delito. A apuração do fato delituoso torna-se mais incerta, e a defesa do acusado mais precária e difícil.

As provas são, em regra, produzidas pelas partes e destinam-se à formação da convicção do juiz acerca do fato em questão, uma vez que vigora no direito processual o princípio da persuasão racional, que dispõe que o magistrado é livre para decidir, desde que fundamente a sua decisão.

Os meios de prova no processo penal estão elencados nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal, em rol não taxativo, tendo em vista que são admitidos todos os meios de prova, contanto que não contrarie disposições legais e morais.

Para elucidar o último fundamento da teoria da prescrição devem-se tomar por base dois meios de prova, quais sejam, o depoimento da vítima e a prova testemunhal. Ambos pautados unicamente na capacidade de memorização de tais indivíduos.

Por consequência, é inevitável que, com o passar do tempo, as lembranças relacionadas ao fato em questão tornem-se mais superficiais, rasas, não sendo possível à vítima ou testemunha discorrer com exatidão e concretude sobre o acontecido, acarretando o enfraquecimento dos meios de prova.

Diante de todos os fundamentos ora expostos, a adoção da teoria da prescritibilidade das infrações penais pelo ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se acertada, sendo, ainda, uma importante aliada no combate à morosidade judicial.

2.4 FORMAS DE PRESCRIÇÃO

De acordo com a legislação penal, duas são as espécies de prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, a primeira se dá antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a segunda após.

A prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 109 do Código Penal e é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato ao delito, acarretando a consequente perda do direito de punir para o Estado, o que torna dispensável a continuidade da persecução penal na busca pelas provas da existência do crime e dos indícios suficientes de sua autoria.

A espécie prescricional em tela apresenta as seguintes subespécies: a prescrição da pretensão punitiva retroativa, a prescrição da pretensão punitiva intercorrente e a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, hipotética ou virtual.

A prescrição da pretensão retroativa ocorre quando a sentença penal condenatória transitou em julgado apenas para a acusação. Nesses casos, o prazo prescricional será regulado com base na pena concretamente aplicada, e terá como marco inicial para sua contagem o recebimento da denúncia.

A prescrição da pretensão punitiva intercorrente se dá quando apenas a defesa recorre, ou quando o recurso da acusação foi improvido. Também será regulada pela pena concretamente aplicada ao caso e terá como marco inicial o recebimento da denúncia.

Com o intuito de melhor evidenciar as diferenças existentes entre a prescrição da pretensão punitiva intercorrente e a prescrição da pretensão executória, evitando possíveis impasses quanto à aplicação de ambas, Capez (2013, p. 633), assevera que:

Distinções entre PPP superveniente e PPE: embora ambas sejam reguladas pela pena aplicada, a primeira tem início com a publicação da sentença condenatória; a segunda, com o trânsito em julgado da condenação para a acusação. Além disso, a prescrição superveniente só pode ocorrer antes do trânsito em julgado para a defesa; a prescrição executória, somente após esse trânsito.

Por fim, a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, hipotética ou virtual, corresponde a uma forma de reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e verifica-se com base na possível pena a ser aplicada ao réu, tudo de acordo com as circunstâncias do crime e do agente apuradas até o momento.

Quanto à subespécie de prescrição acima mencionada, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento contrário ao seu reconhecimento, afirmando que “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (Súmula 438 do STJ).

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha sumulado tal entendimento, não há efeito vinculante em suas súmulas, de modo que é possível aos magistrados continuarem aplicando tal subespécie da prescrição da pretensão punitiva, conforme se extrai do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. Se a acusação obtivesse a condenação, a pena não chegaria sequer em dois anos de reclusão. Tendo transcorrido mais de cinco anos desde o fato até a presente data, estará, ao final, extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. É inegável, no caso dos autos, mesmo sem se declarar a prescrição em perspectiva, a falta de interesse de agir por parte do órgão estatal, pois o final da demanda é previsível e inútil aos fins propostos. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70051706752, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 05/06/2014).(TJ-RS - ACR: 70051706752 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 05/06/2014, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/07/2014).

Quanto aos efeitos da prescrição da pretensão punitiva, Capez (2013, p. 616) aponta os seguintes:

a) impede o início (trancamento de inquérito policial) ou interrompe a persecução penal em juízo; b) afasta todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais da condenação e c) a condenação não pode constar da folha de antecedentes, exceto quando requisitada por juiz criminal.

Por fim, a prescrição da pretensão executória, por sua vez, ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo regulada pela pena concretamente aplicada ao caso, acarretando a extinção da pena, permanecendo ativos todos os demais efeitos decorrentes da sentença.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição virtual não possui previsão expressa na legislação, sendo fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, mormente dos juízes de primeiro grau, conceituando-se como uma forma de antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa, sendo pautada em uma pena virtualmente aplicada a partir de circunstâncias apurados nos autos.

Com o intuito de melhor entender o fenômeno em tela, bem como sua aplicabilidade na primeira instância do Poder Judiciário, no decorrer do presente capítulo serão analisados processos criminais oriundos da 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB, em que a teoria da prescrição em perspectiva foi adotada pelo magistrado.

3.1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição em perspectiva, hipotética ou virtual, nos dizeres de Bruno Nascimento Amorim (*apud* Januário, 2008, p. 83), originou-se “nos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo no início dos anos noventa”, sendo, desde então, alvo de diversas críticas por parte da doutrina e da jurisprudência.

A referida espécie prescricional surge com o intuito de sanar o problema da morosidade processual, sendo, portanto, aplicada com maior destaque na primeira instância do Poder Judiciário, onde, em regra, iniciam-se as ações, havendo, conseqüentemente, um maior acúmulo processual.

A prescrição virtual é reconhecida com base em uma pena hipotética aplicada ao agente infrator, sendo calculada a partir de circunstâncias apuradas nos autos, de modo a antecipar o reconhecimento da prescrição retroativa que se daria após a prolação da sentença.

Hahnemann (2011, p.90), ao se debruçar sobre a origem da prescrição virtual em sua dissertação, afirma que:

Tal qual a prescrição retroativa, a prescrição virtual foi produzida a partir da experiência jurídica brasileira e da interpretação ampliada dada pelos juristas nacionais à causa extintiva da punibilidade, notadamente promovida por juízes de 1ª instância, assoberbados com a crescente demanda de feitos penais em seus gabinetes e impossibilitados de lhes responder em tempo satisfatório.

No que se refere à discussão acerca da natureza jurídica da prescrição, o que se pretende é a delimitação de suas principais características, para então situá-la dentro de uma área específica do direito.

A prescrição, nos termos do artigo 107, inciso IV do Código Penal, corresponde a uma das causas de extinção da punibilidade do agente, sendo reconhecida ante o decurso do tempo, acarretando a conseqüente perda do direito de punir do Estado. Assim, percebe-se que a incidência do referido instituto acarreta implicações no *jus puniendi* estatal, tema afeto à seara penal.

Ressalte-se, ainda, que a prescrição em perspectiva, embora não possua previsão legal expressa, haja vista tratar-se de uma criação doutrinária, fundamenta-se, de forma genérica, no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Desse modo, como decorrência lógica das circunstâncias acima expostas, resta claro que a prescrição em perspectiva possui natureza jurídica de direito material, mais especificamente de Direito Penal.

Em virtude de sua natureza jurídica de direito material, pode-se afirmar que a prescrição submete-se ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, assim, com a edição de uma lei penal que reduza o prazo prescricional, essa retroagirá para beneficiar o réu, atingindo, inclusive, os processos com trânsito em julgado, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse sentido aponta Greco (2012, p. 108) que: “A *novatio legis in mellius* será sempre retroativa, sendo aplicada, aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado”.

No entanto, embora possua natureza jurídica de direito material, cabe ressaltar que o reconhecimento da prescrição em perspectiva repercute diretamente na seara processual, uma vez que, nesse caso, tanto os efeitos primários da condenação, quanto os secundários, serão anulados.

Assim, reconhecida a incidência da prescrição virtual, o processo será extinto com resolução de mérito, voltando o réu ao seu *status* de inocente. Corroborando deste entendimento tem-se Januário (2008, p. 111), que assim aduz:

Como já delineado anteriormente, a sentença que julga extinta a punibilidade equivale a uma sentença absolutória, a qual não imputa ao acusado qualquer efeito primário ou secundário advindo da condenação. E, outrossim, tal *decisum* faz coisa julgada material, o que proíbe a rediscussão do fato na mesma ou em outra relação processual.

Desse modo, a sentença proferida pelo juiz, ao reconhecer a extinção da punibilidade do agente, será uma sentença de mérito, produzindo, assim, coisa julgada material, não cabendo a reapreciação dos fatos em processos outros.

3.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição em perspectiva, hipotética ou virtual é uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva estatal, sendo, portanto, calculada com base em uma pena abstratamente aplicada ao agente, consistindo em um reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como explica Hahnemann (2011, p.90):

Também conhecida como prescrição pela pena ideal, em perspectiva ou projetada, entre outros, o instituto associa com engenhosidade a possibilidade de contagem “para trás” do prazo prescricional relativo à pena aplicada a certo grau de prognose por parte do juiz por ocasião de hipotética condenação penal. Relacionada à disciplina antes comentada, a prescrição virtual nada mais é do que a prescrição retroativa antecipada.

Por ser uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva, uma vez caracterizada, cessa para o Estado o seu direito de punir, assim, conforme aponta Capez (2013, p. 616), o seu reconhecimento:

a) impede o início (trancamento de inquérito policial) ou interrompe a persecução penal em juízo; b) afasta todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais da condenação e c) a condenação não pode constar da folha de antecedentes, exceto quando requisitada por juiz criminal.

Destarte, verificando-se a incidência da prescrição virtual, o agente volta ao seu status de inocente, não podendo sofrer nenhum tipo de constrangimento ou repressão oriunda de inquérito ou de processo extinto com base nessa subespécie prescricional.

A pena hipotética utilizada para o reconhecimento da prescrição virtual será calculada com base, precipuamente, nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Assim, em posse dos autos, o magistrado, primeiramente, analisará se no processo incide alguma causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, para que seja, então, determinado o termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, bem como a forma de contagem deste.

Em seguida passará aos fatos até então apurados, observando, por exemplo, se o agente responde por outros processos criminais, se já possui condenação com trânsito em julgado, se apresenta bom convívio social, qual a motivação do crime em questão e como o crime foi praticado.

Por fim, o magistrado passará ao exame das circunstâncias atenuantes e agravantes, e, ainda, das causas de aumento e de diminuição de pena, verificando a sua incidência ou não, fixando, em seguida, a pena virtual ao agente.

Desse modo, à vista da pena virtualmente aplicada e com base no respectivo prazo prescricional, sendo certa a incidência da prescrição retroativa após a prolação da sentença, o magistrado reconhecerá a aplicação do instituto da prescrição virtual ao caso, extinguindo, desde logo, a punibilidade do agente.

Tiago Bockie de Almeida (*apud* Januário, 2008, p. 84), traz à baila, um caso hipotético de aplicação do instituto da prescrição virtual, o qual merece inteira transcrição, tendo em vista a sua importância para a temática aqui desenvolvida:

Um exemplo que se dá é o de determinada pessoa responsável pela prática do crime de extorsão indireta, previsto no art. 160 do patamar de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão. Realizado o enquadramento no art. 109 do Código Penal, obtém-se o prazo prescricional de 8 (oito) anos (art. 9, inc. IV, do Código Penal). O fato foi consumado em 01/01/2005. Constata-se, de logo, que não houve o decurso do prazo prescricional de oito anos, não incidindo, nesta hipótese, a prescrição em abstrato prevista no art. 109, *caput*, do Código Penal. Ocorre que, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são, de todo, favoráveis ao agente, bem como não existem circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena, o que resultaria

imposição de uma pena próxima do mínimo legal. Considerando-se a pena hipoteticamente obtida e que seria aplicada ao acusado em caso de suposta condenação após o encerramento do processo penal, verifica-se que, após novo enquadramento no art. 109 do Código Penal, o fato estaria prescrito no prazo de 4 (quatro) anos. Assim, entre a data da consumação da infração e o recebimento da denúncia, já teria havido o decurso do prazo prescricional (...).

Ante o exposto, percebe-se a correlação lógica entre a prescrição em perspectiva e a prescrição retroativa, sendo aquela uma mera antecipação desta, uma vez que, caso não seja aplicada a teoria da prescrição virtual, o juiz prolatará a sentença e, em seguida, reconhecerá a extinção da punibilidade do agente pela incidência da prescrição retroativa.

A prescrição retroativa fundamenta-se na pena concretamente aplicada ao agente, sendo reconhecida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação, possuindo como termo inicial para contagem do prazo prescricional o recebimento da denúncia, nos termos da Lei nº 12.234/2010, e como termo final a data em que a sentença foi publicada.

A modificação trazida pela referida legislação afastou a possibilidade da contagem do prazo prescricional retroagir até a data do fato, limitando o termo inicial à data do recebimento da denúncia, nos termos do artigo 110, §1º, do Código Penal:

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.

Conforme aponta Greco (2012, p.717), antes da referida modificação, “o primeiro marco de contagem da prescrição retroativa era a chamada data do fato”, o que permitia que a prescrição retroativa pudesse ser reconhecida ainda quando do inquérito policial, não sendo mais possível tal reconhecimento ante a alteração legislativa.

Desse modo, sendo a prescrição virtual uma antecipação da prescrição retroativa, aplica-se a ela o disposto acima, não sendo mais possível o seu reconhecimento na fase extraprocessual, conforme preleciona França (2012, p. 15) ao dispor que:

Com advento da lei 12.234/2012, o exemplo narrado acima não poderá mais acontecer, pois a nova lei deixa claro que em nenhuma hipótese, não poderá ocorrer à prescrição retroativa entre o termo inicial data do fato e a

denúncia ou queixa, portanto não há mais de se falar também em prescrição virtual entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Entretanto, não há em dizer que a prescrição penal foi abolida, pois o prazo prescricional poderá ser contado a partir do recebimento da peça inicial acusatória e publicação da sentença condenatória.

Assim, à vista do artigo 110,§1º, do Código Penal, uma vez constatado pelo magistrado que, após a publicação da sentença, incidirá a prescrição retroativa, sendo, portanto, certa a extinção da punibilidade do agente, torna-se supérfluo qualquer tentativa de dar continuidade a um processo que possui apenas um único destino: o reconhecimento da prescrição, conforme destaca Januário (2008, p. 86), “o fim a ser alcançado com esse entendimento é a constatação da futura prescrição retroativa que, por assim proceder, gera a inutilidade do processo, posto que este está fadado a ser extinto”.

Portanto, percebe-se que a principal característica da prescrição virtual consiste na antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa, em uma evidente tentativa de combater a morosidade judicial, garantindo a razoável duração do processo, bem como, o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.3 ANÁLISE DE PROCESSOS JUDICIAIS QUE TRAMITARAM NA 6ª VARA DA COMARCA DE SOUSA ONDE FOI RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

No presente tópico, visando a análise da prescrição virtual na prática processual penal, bem como, com o intuito de enriquecer o presente trabalho acadêmico, passa-se ao exame de processos em que a prescrição em perspectiva foi adotada como causa extintiva da punibilidade do agente, sendo todas as decisões oriundas da 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB.

Os estudos dos processos serão feitos de forma objetiva, partindo sempre de uma visão geral sobre o caso, sendo, em seguida, observadas as suas peculiaridades, bem como a pena virtualmente aplicada, por fim, observar-se-á a incidência da prescrição virtual como uma antecipação da prescrição retroativa.

Ressalte-se, ainda, que, por questões éticas, os nomes dos investigados serão preservados, constando nas sentenças em anexo apenas a identificação dos autos em que tais decisões foram prolatadas.

O primeiro processo a ser analisado refere-se à ação penal de número 0000924-67.2011.815.0371, proposta em 03 de fevereiro de 2011 pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, com o intuito de investigar a possível prática do crime previsto no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, o qual possui pena em abstrato de seis meses a três anos de detenção.

O Órgão Ministerial, em 11 de janeiro de 2016, pugnou pela extinção da punibilidade do agente, ante a incidência da prescrição da pretensão punitiva, mais especificamente, da prescrição virtual.

O douto magistrado passou então à análise das circunstâncias judiciais, com base nos artigos 59, 61 e 65 do Código Penal, e das causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, nos moldes dos artigos 116 e 117 do Código Penal.

Compulsando-se os autos, constatou que o recebimento da denúncia se deu em 14 de fevereiro de 2011, sendo a única causa interruptiva da prescrição a incidir no processo em questão.

Observou-se, ainda, que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado, desse modo, a pena a ele aplicada não ultrapassaria dois anos de detenção, prescrevendo em quatro anos, conforme a redação do artigo 109, inciso V, do Código Penal, sendo este o entendimento do magistrado:

Em que pese o crime narrado na inicial acusatória possua prazo prescricional em abstrato de 08 (oito) anos, tal como indicado em linhas pretéritas, por força do art. 109, IV do CP, pode-se vislumbrar com certeza insofismável que, ainda que o feito seja julgado procedente, acolhendo-se a pretensão punitiva estatal, diante da pena concreta a ser fixada, o fato estará prescrito, ante a incidência da prescrição retroativa (contada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença). De fato, em uma análise criteriosa das circunstâncias do fato e dos antecedentes penais do acusado, nota-se que ainda que a pretensão punitiva seja acolhida, a pena que lhe será concretamente dosada não ultrapassará 02 (dois) anos de reclusão, o que atrai o disposto no art. 109, V do CP(...) – ANEXO I.

Tendo em vista que o marco inicial para contagem do prazo prescricional corresponde à data do recebimento da denúncia, qual seja, 12 de fevereiro de 2011, e que em 11 de janeiro de 2016, quando da apresentação da cota ministerial, já havia passado mais de cinco anos sem que o processo estivesse apto a julgamento, portanto, tempo superior ao prazo prescricional em questão, seria inútil ao magistrado debruçar-se sobre o mérito da causa, uma vez que, ao ser prolatada a

sentença seria reconhecida a incidência da prescrição retroativa, motivo pelo qual foi aplicada a prescrição virtual, como se infere do ato judicial:

Assim, aplicando-se o disposto no art. 109, V do CP, o qual prevê que prescreve em quatro anos a pretensão punitiva estatal quando a pena é superior a um ano e não ultrapassasse dois anos, constata-se que o fato narrado na inicial, ao tempo da prolação da sentença condenatória, se encontrará prescrito, já que desde a data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram mais de 05 (cinco) anos, o que torna inútil a prolação de qualquer sentença neste sentido – ANEXO I.

O segundo processo a ser analisado refere-se à ação penal de número 0001391-77.2005.815.0371, proposta em 09 de abril de 2007 pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, com o intuito de investigar a possível prática do crime previsto no artigo 12, § 1º, inciso I, da Lei 6.368/76, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, com pena em abstrato de três a quinze anos de reclusão.

O Órgão Ministerial, em 09 de março de 2016, pugnou pela extinção da punibilidade do agente, ante a incidência da prescrição da pretensão punitiva, mais especificamente, da prescrição virtual.

O douto magistrado passou então à análise das circunstâncias judiciais, com base nos artigos 59, 61 e 65 do Código Penal, e das causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, nos moldes dos artigos 116 e 117 do Código Penal.

Compulsando-se os autos, constatou que o recebimento da denúncia ocorreu em 10 de abril de 2007, sendo a única causa interruptiva da prescrição a incidir no processo em questão.

Observou-se, ainda, que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado, desse modo, a pena a ele aplicada não ultrapassaria quatro anos de reclusão, prescrevendo em oito anos, conforme a redação do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, decidindo o magistrado que:

Em que pese o crime narrado na inicial acusatória possua prazo prescricional em abstrato de 16 (dezesseis) anos, tal como indicado em linhas pretéritas, por força do art. 109, II do CP, pode-se vislumbrar com certeza insofismável que, ainda que o feito seja julgado procedente, acolhendo-se a pretensão punitiva estatal, diante da pena concreta a ser fixada, ao fato estará prescrito, ante a incidência da prescrição retroativa (contada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença).

De fato, em uma análise criteriosa das circunstâncias do fato e dos antecedentes penais do acusado, nota-se que ainda que a pretensão punitiva seja acolhida, a pena que lhe será concretamente dosada não

ultrapassará 04 (quatro) anos de reclusão, o que atrai o disposto no art. 109, IV do CP (...) – ANEXO II.

Tendo em vista que o marco inicial para contagem do prazo prescricional corresponde à data do recebimento da denúncia, qual seja, 10 de abril de 2007, e que em 09 de março de 2016, quando da apresentação da cota ministerial, já havia passado mais de oito anos sem que o processo estivesse apto a julgamento, portanto, tempo superior ao prazo prescricional em questão, seria inútil ao magistrado debruçar-se sobre o mérito da causa, uma vez que, ao ser prolatada a sentença seria reconhecida a incidência da prescrição retroativa, motivo pelo qual foi aplicada a prescrição virtual, pelo juiz:

Assim, aplicando-se o disposto no art. 109, IV do CP, o qual prevê que prescreve em oito anos a pretensão punitiva estatal quando a pena é superior a dois anos e não ultrapassasse quatro anos, constata-se que o fato narrado na inicial, ao tempo da prolação da sentença condenatória, se encontrará prescrito, já que desde a data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram mais de 08 (oito) anos, o que torna inútil a prolação de qualquer sentença neste sentido – ANEXO II.

Por fim, o terceiro processo a ser analisado refere-se à ação penal de número 0013569-29.2013.815.0371, proposta em 21 de julho de 2003 pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, com o intuito de investigar a possível prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, o qual possui pena em abstrato deum a quatro anos de reclusão.

O Órgão Ministerial, em 10 de março de 2016, pugnou pela extinção da punibilidade do agente, ante a incidência da prescrição da pretensão punitiva, mais especificamente, da prescrição virtual.

O douto magistrado passou então à análise das circunstâncias judiciais, com base nos artigos 59, 61 e 65 do Código Penal, e das causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, nos moldes dos artigos 116 e 117 do Código Penal.

Compulsando-se os autos, constatou que o recebimento da denúncia ocorreu em 07 de agosto de 2003, sendo a única causa interruptiva da prescrição a incidir no processo em questão.

Observou-se, ainda, que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado, desse modo, a pena a ele aplicada não ultrapassaria dois anos de detenção, prescrevendo em quatro anos, conforme a redação do artigo 109, inciso V, do Código Penal, entendendo o magistrado que:

Em que pese o crime narrado na inicial acusatória possua prazo prescricional em abstrato de 08 (oito) anos, tal como indicado em linhas pretéritas, por força do art. 109, IV do CP, pode-se vislumbrar com certeza insofismável que, ainda que o feito seja julgado procedente, acolhendo-se a pretensão punitiva estatal, diante da pena concreta a ser fixada, ao fato estará prescrito, ante a incidência da prescrição retroativa (contada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença). De fato, em uma análise criteriosa das circunstâncias do fato e dos antecedentes penais do acusado, nota-se que ainda que a pretensão punitiva seja acolhida, a pena que lhe será concretamente dosada não ultrapassará 02 (dois) anos de reclusão, o que atrai o disposto no art. 109, V do CP (...) – ANEXO III.

Tendo em vista que o marco inicial para contagem do prazo prescricional corresponde à data do recebimento da denúncia, qual seja, 07 de agosto de 2003, e que em 10 de março de 2016, quando da apresentação da cota ministerial, já havia passado mais de quatro anos sem que o processo estivesse apto a julgamento, portanto, tempo superior ao prazo prescricional em questão, seria inútil ao magistrado debruçar-se sobre o mérito da causa, uma vez que, ao ser prolatada a sentença seria reconhecida a incidência da prescrição retroativa, motivo pelo qual foi aplicada a prescrição virtual, pelo juiz:

Assim, aplicando-se o disposto no art. 109, V do CP, o qual prevê que prescreve em quatro anos a pretensão punitiva estatal quando a pena é superior a um ano e não ultrapassasse dois anos, constata-se que o fato narrado na inicial, ao tempo da prolação da sentença condenatória, se encontrará prescrito, já que desde a data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram mais de 04 (quatro) anos, o que torna inútil a prolação de qualquer sentença neste sentido – ANEXO III.

Ressalte-se que, em todas as sentenças ora analisadas, o douto magistrado faz menção ao Enunciado Sumular de número 438 do Superior Tribunal de Justiça, o qual aduz que: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Apenas as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal possuem o condão de amarrar as decisões dos órgãos da Administração Pública, impedindo a prolação de qualquer decisão contrária a ela, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do

Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Desse modo, por não tratar-se a Súmula de número 438 do Superior Tribunal de Justiça de uma súmula vinculante, em nada obsta que os magistrados decidam de forma diversa ao seu conteúdo.

O fundamento utilizado pelo juiz da 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB, ao adotar a teoria da prescrição virtual, corresponde à ausência de utilidade do provimento jurisdicional de mérito, uma vez que a pena concretamente aplicada na sentença ensejaria a incidência da prescrição retroativa ao caso, impedindo a execução da sanção imposta ao agente, conforme se extrai de sua decisão:

No caso vertente, vê-se nitidamente que o processo não terá qualquer utilidade, já que ainda que venha a ser prolatada sentença condenatória, a pena eventualmente imposta ao(s) condenado(s) jamais chegará a ser cumprida, pois diante da pena concretamente dosada o feito estará prescrito (prescrição retroativa).

Diante disso, impor ao Magistrado a movimentação de toda a máquina judiciária, quando já se sabe que a pretensão punitiva estatal estará fulminada pela prescrição, significa, além de um enorme desperdício de tempo e recursos, uma afronta aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência, gerando, ainda, inegável e injustificável constrangimento ao(s) acusado(s), pois prolonga injustificadamente a lide.

Se o provimento judicial que se espera não terá utilidade, de nada adianta prolongar o feito e exigir do Magistrado uma análise criteriosa sobre a materialidade e a autoria do fato narrado na denúncia, razão pela qual a extinção antecipada da punibilidade do(s) agente(s) é medida que se impõe.

Com isso, ao analisar os casos concretos que foram julgados pelo juiz de direito da 6ª Vara Mista da Comarca de Sousa/PB e pela fundamentação acima exposta, constata-se que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa busca a efetivação dos postulados da economia processual e da razoável duração do processo, sendo essa a motivação extraída das decisões anteriormente analisadas onde o Órgão Julgador, apresentando vasta fundamentação jurídica, aplica, sabiamente, a prescrição virtual em seus julgados.

4 ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL NA PRIMEIRA INSTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

A prescrição virtual, desde a sua criação jurisprudencial em meados dos anos noventa, suscita discussões entre doutrinadores e juízes, havendo quem se posicione de forma favorável a sua adoção e quem seja contrário a ela, possuindo, ambos os lados, fortes fundamentos, os quais serão abordados neste capítulo.

Em que pese às referidas discussões, a subespécie prescricional sob análise corresponde a um importante instrumento no combate à morosidade judicial, uma vez que preza pela extinção de processos que não atingirão a finalidade pelo qual foram propostos, não havendo, portanto, qualquer interesse-utilidade na manutenção desses.

Ressalte-se ainda, que a aplicação da prescrição em perspectiva garante a observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da celeridade processual, evitando que o sofrimento causado pelo processo criminal seja prolongado de forma desnecessária.

4.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Os argumentos contrários à aplicação da prescrição virtual são a ausência de previsão legal, o direito do réu a uma sentença que enfrente o mérito da causa, a carência de elementos que fundamentem a convicção do juiz e os princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência do devido processo legal e da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, conforme dispõe França (2012).

O principal argumento refere-se ao fato do instituto da prescrição em perspectiva não possuir previsão legal, tratando-se, tão somente, de uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Conforme exposto em linhas pretéritas, a prescrição virtual corresponde a uma antecipação da prescrição retroativa. No entanto, o artigo 110, §1º, do Código

Penal, o qual disciplina a prescrição retroativa, apenas reconhece a sua incidência após a publicação da sentença, não havendo qualquer pronunciamento acerca do reconhecimento antecipado da mesma, veja-se, pois:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 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.

Desse modo, em observância ao princípio da legalidade, os Tribunais Pátrios têm afastado a aplicação da prescrição virtual, uma vez que, o referido princípio exige que os atos praticados pelo ente estatal estejam devidamente fundamentados nos ditames da lei, além do mais, não cabe ao Poder Judiciário a criação de uma nova subespécie prescricional, pois este não possui função legiferante, assim dispõe o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL. FALTA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CP. ÓRGÃO JURISDICIONAL EXERCENDO FUNÇÃO LEGIFERANTE. IMPOSSIBILIDADE. PREJULGAMENTO DA CAUSA. CONDENAÇÃO HIPOTÉTICA. ANÁLISE DO MÉRITO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

1. A prescrição com base na pena em perspectiva, presumida, antecipada ou virtual não encontra amparo na lei, sendo certo que o acolhimento da tese viola dispositivos do CP, o qual somente prevê a possibilidade de se decretar a extinção da punibilidade, com fulcro na prescrição, tendo por base o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime ou, ainda, pela pena concretamente aplicada. 2. A adoção da tese da prescrição virtual fere a ideia de tripartição dos poderes visto que um órgão jurisdicional estaria exercendo função legiferante ao criar uma nova hipótese de prescrição e, conseqüentemente, de extinção da punibilidade com base em uma pena hipotética. 3. A prescrição em perspectiva configura um prejulgamento em detrimento do réu, o qual, no curso do processo, pode vir a ser absolvido, o que demonstra a utilidade no prosseguimento da persecução penal, pois não se pode furtar ao acusado a possibilidade de obter uma declaração de sua inocência. 4. A condenação hipotética analisa o mérito sem o devido processo legal, o que, como é sabido, é vedado no processo penal brasileiro. 5. Provimento ao recurso em sentido estrito.

(TRF-1 - RSE: 5557820034013902 PA 0000555-78.2003.4.01.3902, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 29/10/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1386 de 06/12/2013) – grifo nosso.

Alega-se também que o magistrado não estaria em posse de todos os elementos suficientes para a formação da sua convicção quando do reconhecimento da prescrição hipotética, tendo em vista que essa é reconhecida antes de finalizada a instrução processual, ou seja, antes do processo estar apto para o julgamento.

Ademais, se a fase instrutória ainda não se encerrou, possivelmente, as circunstâncias judiciais presentes nos artigos 59 do Código Penal ainda não foram completamente apuradas, não sendo, portanto, prudente ao juiz decidir nessa conjuntura, sendo essa a visão defendida por Carlos Gabriel Tartuce Jr. (*apud* Almeida, p.32), quando esse afirma que “difícilmente o julgador poderá formar uma convicção própria do *judicium causae* envolvendo diretrizes judiciais do art. 59 do CP, pois a própria apuração (ampla reconstituição fática) não se completou em razão do precário contexto probatório”.

Por conseguinte, deve-se, primeiramente, observar o devido processo legal, sendo garantido às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, para que só ao final da produção das provas admitidas em direito e correlatas aos fatos investigados, o magistrado expresse o seu convencimento, debruçando-se sobre o mérito da questão. Sendo essa a posição do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul, fazendo referência, inclusive, à decisão do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO CRIMINAL ELEITORAL. ART. 334 DO CÓDIGO ELEITORAL. SENTENÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA (VIRTUAL, EM PERSPECTIVA). ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. DATA ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA. PROVIMENTO. A aludida prescrição da pretensão punitiva antecipada, ou virtual, como é comumente denominada, significa a possibilidade de se antever a extinção da punibilidade do denunciado, pela prescrição, levando em conta a eventual pena que seria fixada na sentença condenatória e considerando os prazos prescricionais previstos no art. 109 do Código Penal. Conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF, STJ e TSE), não se admite o reconhecimento e aplicação do instituto da prescrição antecipada ou em perspectiva, por ausência de previsão legal. **A teor, portanto, do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (RE n.º 602.527/RS, de 19.11.2009, rel. Min. CESAR PELUSO), 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. Desta forma, há ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da individualização da pena a ser eventualmente aplicada, da universalidade da jurisdição e da legalidade, todos os quais são cláusulas do devido processo legal.** (TRE-MS - RC: 134 MS, Relator: RÊMOLLO LETTERIELLO. Data de

Julgamento: 15/03/2010 - Data de Publicação: DJ - Diário de justiça - Tomo 098, Data 30/03/2010, Página 08) – grifo nosso.

O princípio constitucional da presunção de inocência, com previsão no artigo 5º, inciso LVII, da CF, também é apontado como argumento contrário ao instituto da prescrição virtual, pois, para que seja reconhecida a referida modalidade prescricional, o juiz deverá aplicar uma pena hipotética ao réu, presumindo-se, portanto, a sua culpabilidade.

Ressalte-se que, além da presunção de culpabilidade, o réu também será privado do direito a uma sentença de mérito, tendo em vista que, a sentença extintiva da punibilidade pela prescrição produz coisa julgada material, não cabendo à rediscussão da matéria em momento posterior, conforme aponta o doutrinador Pacelli (2004, p. 630), ao destacar que tal sentença “afirma expressamente a ausência de interesse estatal na punibilidade do delito, ainda que acaso existente”.

Por sua vez, o argumento referente à violação aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, visa combater a possibilidade dos membros do Ministério Público pugnam pelo reconhecimento da prescrição virtual com base na ausência do interesse de agir.

A obrigatoriedade dispõe que, presentes os requisitos para a propositura da ação penal, deverá o Órgão Ministerial oferecer a denúncia. Já a indisponibilidade, nos termos do artigo 42 do Código de Processo Penal, prevê que, uma vez proposta a ação penal, não poderá o *Parquet* desistir da mesma em momento posterior.

Os pressupostos anteriormente referidos foram utilizados pelo Tribunal Regional da 2ª Região como fundamento para afastar o reconhecimento da prescrição virtual:

I - DIREITO PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. PRESCRIÇÃO PELA PENA IDEAL. IMPOSSIBILIDADE. II - INTERESSE DE AGIR. INDISPONIBILIDADE. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE. III INCIDÊNCIA DO ART. 109 DO CP. IV - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. I - Não é de todo afastada a possibilidade de que se realize o juízo e se reconheça a aplicação da prescrição em razão de uma pena que se vislumbra em perspectiva (prescrição pela pena ideal), mas isso só poderá ocorrer por meio de manifestação expressa do Ministério Público. Cabe ao titular da ação penal avaliar, no caso concreto, a presença do interesse de agir, sob pena de se subverter princípios basilares do ordenamento jurídico, sobretudo os de matriz constitucional, a começar pelo princípio da separação dos poderes, na medida em que cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I da CF). II - **Na hipótese de estarem presentes, a materialidade e suficientes indícios de autoria acerca de crime de ação penal pública,**

não se pode permitir ao juiz dispor da ação penal, afirmando ausência de interesse de agir quando, em prol do princípio da obrigatoriedade, tal prerrogativa não é concedida nem mesmo ao Ministério Público, verdadeiro titular da ação penal, porquanto, ao contrário do que ocorre no Direito Civil, onde vige o princípio da oportunidade, o interesse de agir na seara penal, salvo algumas exceções, como a transação penal nos Juizados Especiais, é indisponível. III - Afastada, a incidência da chamada prescrição virtual, para aplicar a norma prevista no art. 109 do Código Penal, segundo a qual o cálculo prescricional antes do trânsito em julgado para a acusação se dá com base na pena cominada em abstrato, o que, no caso, não ocorreu. (TRF-2 - ACR: 200451015369605 RJ 2004.51.01.536960-5, Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES, Data de Julgamento: 01/02/2012, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data:13/02/2012 - Página::112) – grifo nosso.

Dessa forma, conclui-se que, não cabe ao Ministério Público pugnar pela extinção da punibilidade do agente pela prescrição virtual, alegando a ausência do interesse de agir, uma vez que, diante das condições da ação e da justa causa, caberá ao Órgão Ministerial não apenas propor, mas também garantir o bom andamento da ação penal.

4.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Os fundamentos utilizados por aqueles que defendem a aplicação da prescrição em perspectiva são a falta do interesse de agir, o princípio da economia processual, o constrangimento ilegal causado pela instauração de um processo penal, a instrumentalidade do processo e o funcionalismo penal. Sendo os mesmos destacados por França (2012).

Uma das condições para a regular propositura da ação penal é a presença do interesse de agir, correspondendo esse a necessidade, adequação e utilidade da ação.

A necessidade, conforme Távora (2014) é presumida, pois o único meio legal para que o fato seja esclarecido, bem como para que a pena seja aplicada, é através da persecução penal. Por consequência, as partes não podem se utilizar de meios extraprocessuais para sanar as demandas penais.

A adequação, por sua vez, diz respeito à eleição da peça processual adequada para a lide em questão. Já, a utilidade refere-se à indispensabilidade de

comprovação por parte do autor de que o processo possui aptidão para alcançar o fim pretendido, como dispõe Távora (2014, p.197):

Já quanto ao interesse-utilidade, este só existe se houver esperança, mesmo que remota, da realização do *jus puniendi* estatal, com aplicação da sanção penal adequada. Se a punição não é mais possível, a ação passa a ser absolutamente inútil.

As condições da ação devem estar presentes não somente quando da propositura da ação penal, mas também durante toda a sua instrução até o julgamento sob pena de ser reconhecida a carência da ação na falta de qualquer delas, como bem assevera o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao tratar sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR EM AÇÃO PRÓPRIA. SUPERVENIENTE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO DESPROVIDO. I - Os requisitos da ação válida (também chamados de "condições da ação") devem estar presentes desde o ajuizamento da demanda até a prolação da decisão final. Em outros termos, se no decorrer do trâmite processual verificar-se fato superveniente impeditivo da configuração de qualquer dos requisitos indispensáveis à validade da demanda, tornar-se-á o autor carecedor de ação, devendo o processo, por conseguinte, ser extinto sem resolução do mérito. II - O autor da ação de modificação de guarda perde o interesse de agir no momento em que é destituído do poder familiar, de forma que o processo deverá ser extinto, sem resolução de mérito, em razão da carência de ação. (TJ-SC - AC: 147213 SC 2010.014721-3, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 17/11/2010, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Herval D'Oeste) – grifo nosso.

Ressalte-se que, após a publicação da Lei nº 12.234/2010, não é mais possível o reconhecimento da prescrição virtual antes do recebimento da denúncia ou da queixa, nos termos do artigo 110, §1º, do Código Penal. No entanto, é perfeitamente possível a aplicação da referida subespécie prescricional entre o recebimento da denúncia ou queixa e a prolação da sentença.

Desse modo, verificando-se que, após ser prolatada a sentença penal condenatória, a sanção não será executada ante a incidência da prescrição retroativa, não há mais interesse-utilidade no prosseguimento da ação penal, devendo ser reconhecida, desde logo, a prescrição virtual, conforme preleciona o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Aplicação da chamada prescrição antecipada ou virtual ou projetada ou em perspectiva - Possibilidade - Verificando- se desde logo que a persecutio criminis carece de utilidade processual, perece uma das condições da ação - decretável ab initio - Réu primário - Inescapável a ocorrência futura da prescrição RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (TJ-SP - RSE: 990101042444 SP, Relator: Edison Brandão, Data de Julgamento: 29/06/2010, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/07/2010).

Quanto ao princípio da economia processual, nos dizeres de Távora (2014, p. 76), este se relaciona à busca pela “maior efetividade, com a produção da menor quantidade de atos possível”.

Assim, em observância ao princípio da economia processual, os magistrados passaram a reconhecer a incidência da prescrição em perspectiva como uma forma de antecipar a prescrição retroativa, com vistas a reduzir a quantidade de atos praticados, superando a necessidade de se prolatar a sentença penal condenatória e de se reconhecer o trânsito em julgado para a acusação, antes de o juiz declarar extinta a punibilidade do agente pela prescrição retroativa. Nesse sentido, posicionou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como visto a seguir:

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. POSSIBILIDADE ANTE O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-SP - APL: 00902230520078260050 SP 0090223-05.2007.8.26.0050, Relator: Otávio Henrique, Data de Julgamento: 30/01/2014, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 06/02/2014).

No que se refere ao constrangimento sofrido pelo denunciado ante a instauração de um processo no âmbito penal, não há o que se questionar, restando sobejamente comprovado em decorrência da publicidade dos atos processuais, pois, tão logo seja o processo conhecido pela sociedade da qual o agente faz parte, esse passará a sofrer reprovação no próprio meio social e, possivelmente, ainda, nos meios profissional e familiar, em patente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, além de constituir o núcleo essencial dos direitos materialmente fundamentais, também prevê que todo indivíduo, seja qual for a sua raça, sexo, cor ou condição social, é dotado de valor,

como explica Lima (2012, p. 32): “a dignidade, assim, somente, pode ser concebida como um valor que pertença de forma irrevogável aos seres humanos, independentemente de suas qualidades singulares”.

Dessa forma, o fato de se manter ativo um processo com o único intuito de se aguardar a publicação da sentença, para, em seguida, ser declarada extinta a punibilidade do agente pela prescrição retroativa, quando, desde logo, essa poderia ser reconhecida, viola claramente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois protela o sofrimento do acusado por longos anos, roubando-lhe a paz.

Constata-se que a teoria da instrumentalidade do processo, por sua vez, dispõe que esse é apenas um meio para que o Estado possa atingir um fim, qual seja, a solução de um conflito, com vistas a alcançar a tão almejada paz social.

Assim, não sendo mais possível ao ente estatal a execução da sanção penal imposta na decisão do magistrado, ante a incidência da prescrição retroativa, torna-se desnecessária a continuidade do processo, pois não há mais finalidade a ser alcançada neste, devendo ser reconhecida, de pronto, a prescrição virtual.

Por fim, o funcionalismo penal, ao destaque de França (2012, p.17), “defende que o Direito Penal só deve ser utilizado quando for funcional, útil e eficaz”, portanto, não sendo mais possível a aplicação da sanção penal ao acusado, tendo em vista a incidência da prescrição retroativa, não há mais qualquer utilidade na continuação do processo, devendo ser aplicada a prescrição em perspectiva ao caso.

Os argumentos ora analisados buscam garantir aos jurisdicionados o respeito à razoável duração do processo, bem como à dignidade da pessoa humana, além de contribuir para a formação de um Poder Judiciário mais célere, haja vista a quantidade de processos, sem qualquer perspectiva de futuro, que serão arquivados diante da aplicação da prescrição virtual.

4.3 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A GESTÃO JURISDICIONAL

O Estado possui o poder-dever de aplicar o direito ao caso concreto, não podendo abster-se desta função, como bem prevê o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, devendo, ainda, garantir aos jurisdicionados a razoável

duração do processo, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, do mesmo diploma legal.

Assim, quando da prestação jurisdicional, deve o Estado empenhar-se na resolução da lide em tempo adequado, tanto para evitar os desgastes causados às partes pela demora no julgamento do processo, como para assegurar a possibilidade de execução da sentença. Conforme alerta Bulos (2011, p. 692):

Pelo princípio da razoável duração do processo, as autoridades jurisdicionais (processo judicial) e administrativas (processo administrativo) devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos.

No entanto, a questão da morosidade ainda assombra o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que se refere à primeira instância do Poder Judiciário, onde, em regra, são propostas as ações, havendo, por consequência, uma maior concentração de processos.

Os reflexos negativos causados pelo grande acúmulo de processos nos gabinetes dos juízes não afetam apenas às partes, mas também o próprio Órgão Jurisdicional, sendo responsável pela disseminação de um sentimento geral de impunidade, como explica Souza (2015, p.159):

Além do mais, tal crise não gera apenas consequências para o acusado, mas também para o próprio Poder Judiciário que fica com sua imagem ferida perante seus jurisdicionados, os quais preferem resolver suas questões, muitas vezes, de maneira ilegal, gerando inúmeros conflitos dentro da sociedade. Nesse sentido, espera-se menos formalismo e maior aproximação entre o judiciário e os cidadãos, uma vez que há necessidade de uma Justiça diferenciada e efetiva, buscando-se de tal modo soluções estruturais para que se alcance um Poder Judiciário almejado.

Nesse sentido, pode-se apontar a teoria da prescrição em perspectiva como um mecanismo na busca pela efetivação da celeridade processual, com vistas a garantir a razoável duração do processo, pautando-se no reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, o qual se dá com base em uma pena virtualmente aplicada ao agente, à vista das circunstâncias judiciais constantes nos autos.

Dessa forma, constatando-se a impossibilidade de execução de uma possível sentença penal condenatória pela incidência da prescrição retroativa, o magistrado

deverá aplicar a prescrição virtual à demanda em curso, abstendo-se da prática de atos meramente formais, que em nada irão alterar o destino final da causa.

Ressalte-se que não são apenas os juízes que se beneficiarão com a aplicação da prescrição hipotética, mas também os próprios serventuários da justiça e os cartórios judiciais, conforme preleciona Souza (2015, p. 159), ao afirmar que:

Quanto aos benefícios gerados pela aplicação da prescrição antecipada, tem-se a liberação de serventuários da justiça e de tempo para que os processos carecedores de uma maior análise a tenham. Dentre outros, como a “agilidade” nas prestações jurisdicionais e o desafogamento dos cartórios judiciais e gabinetes.

Assim, verifica-se que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa funciona como um importante instrumento de gestão jurisdicional, pois retira dos gabinetes judiciais processos que possuem um único fim, qual seja, a extinção da punibilidade do agente pela prescrição, não havendo, portanto, qualquer utilidade em mantê-los ativos, uma vez que esses não atingirão a finalidade pela qual foram propostos.

4.4 ASPECTOS POSITIVOS DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU

Conforme já salientado em linhas pretéritas, os processos, em regra, iniciam-se perante os juízes de primeiro grau, razão pela qual o acúmulo processual nesta instância é bem superior ao que se tem nos tribunais, fato que é ainda mais agravado pela ausência de juízes titulares em algumas Comarcas, principalmente, naquelas localizadas no interior dos Estados.

Corroborando o acima exposto, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, em relatório produzido com base em dados colhidos no ano de 2014 (2015, p. 144), a Paraíba possui trezentos e quatorze cargos de magistrados, no entanto, apenas duzentos e quarenta e um deles estão preenchidos, estando setenta e um vagos.

Ainda com base no referido relatório (2015, p. 62 e 145), a Paraíba conta com um estoque de quatrocentos e noventa e sete mil e sessenta e cinco processos

pendentes, além de dispor de duzentos e trinta e quatro mil, seiscentos e oitenta e quatro casos novos, dos quais, cento e quarenta e cinco mil, trezentos e trinta foram propostos perante a justiça de primeiro grau.

Desse modo, resta patente que a carga de trabalho dos magistrados paraibanos é demasiado elevada, sendo a prescrição virtual um importante recurso no combate, tanto da morosidade judicial, quanto da prática de atos meramente supérfluos, sem qualquer finalidade a ser alcançada, como explica Souza (2015, p. 159):

Não assiste razão em deixar processos inúteis em tramitação, visto que se verifica que em nada ajudará na aplicação do direito, nem ao alcance da Justiça que se busca.

A política judiciária e o instituto da prescrição antecipada estão intimamente ligados, ao passo que ambos buscam prestar uma solução à contenda de maneira eficiente.

Quanto aos benefícios gerados pela aplicação da prescrição antecipada, tem-se a liberação de serventuários da justiça e de tempo para que os processos carecedores de uma maior análise a tenham. Dentre outros, como a “agilidade” nas prestações jurisdicionais e o desafogamento dos cartórios judiciais e gabinetes.

Assim, constatando o juiz que, ao final do processo, será declarada a extinção da punibilidade do agente pela incidência da prescrição retroativa, deverá aplicar, desde logo, a prescrição hipotética ao caso, evitando que novos atos sejam praticados e que o processo se arraste durante anos sem ter a menor perspectiva de execução da sentença que será prolatada ao final.

Quanto à despesa total do Poder Judiciário do Estado da Paraíba no ano de 2014, consoante relatório do Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 144), essa somou o montante de R\$ 526.791.506,00 (quinhentos e vinte e seis milhões, setecentos e noventa e um mil e quinhentos e seis reais).

Em decorrência lógica do combate à morosidade, a prescrição virtual também faz frente às despesas processuais desnecessárias, tendo em vista que, ao se evitar a prática de atos inúteis ao desenrolar da demanda, conseqüentemente, há uma diminuição no dispêndio do Poder Judiciário.

Outro importante fator no reconhecimento da prescrição hipotética diz respeito à luta contra o sentimento de impunidade que ainda permeia a sociedade brasileira, de modo que, o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, impede que o processo se arraste durante anos, criando uma expectativa social, para ao final ser

declarada a extinção da punibilidade do agente. Nesse sentido, dispõe Souza (2015, p. 160) que:

Percebe-se, ainda, que os processos criminais são utilizados como métodos punitivos, sendo eles uma forma de estigmatização do indivíduo acusado, que ao longo do processamento do feito será subjugado pela sociedade por integrar o polo passivo de uma demanda criminal, situação que só se findará com o julgamento final do processo que há muito levará anos e mais anos para se chegar a uma sentença de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição propriamente dita, nos termos do art. 109, do CP.

Ressalte-se, ainda, que há uma flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana em se protelar o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em vista os danos causados ao agente, bem como à própria família deste, em decorrência de um processo criminal.

Além de minimizar o constrangimento causado ao agente, a aplicação da prescrição virtual funciona, ainda, como um meio na busca pela celeridade processual, princípio previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, conforme pontua Romão (2009, p. 121) ao afirmar que:

Corolário da prescrição virtual é o atendimento do princípio constitucional da celeridade do julgamento, pois, com o reconhecimento dessa tese, muitos processos inúteis, seriam retirados dos fóruns, liberando as pautas de julgamento e possibilitando maior atenção e eficiência aos casos que realmente merecem a atenção do Poder Judiciário.

Por fim, cabe salientar que não há interesse de agir na manutenção de um processo que não alcançará a finalidade pelo qual foi proposto, tendo em vista que a sanção penal aplicada ao agente, quando da prolação da sentença penal condenatória, não será executada, ante a incidência da prescrição retroativa, devendo-se, portanto, reconhecer, desde logo, a prescrição virtual.

Desse modo, conclui-se que os magistrados de primeiro grau devem adotar o instituto da prescrição em perspectiva como uma forma de combater a morosidade judicial e de garantir o respeito aos postulados constitucionais da razoável duração do processo e da economia processual, evitando-se o desperdício de tempo e dinheiro pelos órgãos públicos.

5 CONCLUSÃO

O Estado possui a prerrogativa de aplicar o direito ao caso concreto, impondo sanções sempre que comprovada a materialidade e autoria delitiva de uma determinada infração penal. No entanto, essa prerrogativa não é absoluta, encontrando limitações nos pressupostos constitucionais, tais como, nos princípios do devido processo legal e da legalidade, com o intuito de evitar o cometimento de arbitrariedades pelas autoridades públicas responsáveis pela persecução penal.

Além dos pressupostos constitucionais, as causas de extinção da punibilidade também são limitadoras do *jus puniendi* estatal, podendo-se citar como exemplo dessas causas que extinguem a punibilidade do agente a prescrição, que incide ante o decurso do tempo e acarreta a perda do direito de punir para o Estado.

Tema deste trabalho, a prescrição em perspectiva surge em meados dos anos noventa, sendo fruto de uma criação doutrinária e jurisprudencial, principalmente dos juízes de primeiro grau, os quais enxergaram na referida subespécie prescricional uma importante aliada no combate à morosidade judicial, uma vez que o seu reconhecimento acarreta a extinção do processo com resolução do mérito.

Cabe ressaltar que a prescrição virtual é uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva, incidindo, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo calculada com base em uma pena hipoteticamente aplicada ao réu pelo magistrado.

Desse modo, o juiz, à vista das circunstâncias judiciais constantes nos autos, antevê a pena que seria aplicada na sentença e, ao perceber que essa pena não seria executada, pois incidiria a prescrição retroativa, antecipa o reconhecimento desta, aplicando a prescrição virtual imediatamente.

Portanto, sendo certa a declaração da prescrição retroativa após o julgamento da causa, não há interesse de agir na continuidade da ação, tendo em vista que esta não alcançará a finalidade almejada quando da sua propositura, qual seja, a execução da pena cominada ao réu, devendo, dessa forma, ser extinta a punibilidade do agente de imediato.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha editado a Súmula de número 438 que rechaça a teoria da prescrição em perspectiva, a súmula em questão não possui efeito vinculante, podendo os magistrados decidirem de forma diversa.

Assim, tendo em vista que é na primeira instância do Poder Judiciário Brasileiro onde há um maior acúmulo processual, haja vista ser onde, em regra, iniciam-se as ações penais, a adoção da prescrição virtual pelos juízes combate à morosidade judicial e evita a prática de atos inúteis pelos servidores, tais como, intimações e perícias, que apenas onerariam os cofres públicos sem a menor expectativa de mudança no desfecho final do processo.

Além disso, a adoção da prescrição virtual promove o respeito aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da economia processual, pois impede o desperdício de tempo e de dinheiro pelos órgãos públicos.

Ressalte-se, ainda, que a aplicação da prescrição em perspectiva promove o respeito à dignidade da pessoa humana, pois impede que o processo se protele por anos e anos, gerando ainda maior dor e sofrimento ao agente e aos seus familiares, para, ao final, ser declarada a extinção da punibilidade àquele.

Portanto, diante de todo o exposto, verifica-se que a aplicação da prescrição virtual pelos juízes de primeiro grau corresponde a um importante instrumento no combate à morosidade judicial, uma vez que acarreta a extinção do processo com resolução do mérito, além de contribuir para a real efetivação dos pressupostos constitucionais e processuais que permeiam a ação penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tiago Bockie de. **Quais os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da prescrição retroativa antecipada?** Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/TiagoBockie_QuaisArgumentosAplcPrescRetroativaAntecipada.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Domínio Público. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Código de processo penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Código de trânsito brasileiro. **LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso: em 02 abr. 2016.

_____. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. **LEI Nº 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. **LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 02 abr. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Vade Mecum. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível: AC 147213 SC 2010.014721-3**. Apelação Cível. Ação de modificação de guarda. Procedência do pedido de destituição do poder familiar em ação própria. Superveniente falta de interesse de agir. Extinção do processo sem resolução de mérito. Recurso Desprovido. I - Os requisitos da ação válida (também chamados de “condições da ação”) devem estar presentes desde o ajuizamento da demanda até a prolação da decisão final. Em outros termos, se no decorrer do trâmite processual verificar-se fato superveniente impeditivo da configuração de qualquer dos requisitos indispensáveis à validade da demanda, tornar-se-á o autor carecedor de ação, devendo o processo, por conseguinte, ser extinto sem resolução do mérito. II - O autor da ação de modificação de guarda perde o interesse de agir no momento em que é destituído do poder familiar, de forma que o processo deverá ser extinto, sem resolução de mérito, em razão da carência de ação. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18862547/apelacao-civel-ac-147213-sc-2010014721-3>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação: APL 00902230520078260050 SP 0090223-05.2007.8.26.0050**. Apelação. Crimes contra a ordem tributária. extinção da punibilidade por aplicação da prescrição virtual. Possibilidade ante o princípio da Economia Processual. Improvimento do recurso. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122418809/apelacao-apl-902230520078260050-sp-0090223-0520078260050>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Recurso em Sentido Estrito: RSE 990101042444 SP**. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Aplicação da chamada prescrição antecipada ou virtual ou projetada ou em perspectiva - Possibilidade - Verificando- se desde logo que a persecutio criminis carece de utilidade processual, perece uma das condições da ação - decretável ab ínítio - Réu primário - Inescapável a ocorrência futura da prescrição RECURSO MINISTERIAL IMPROVIBO.. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14998205/recurso-em-sentido-estrito-rse-990101042444-sp>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime: ACR 70051706752 RS**. Apelação. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Prescrição em perspectiva. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126516977/apelacao-crime-acr-70051706752-rs>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito: RSE 70054640156 RS**. Homicídio Culposo. Morte de filho. Perdão judicial concedido e mantido. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113110015/recurso-em-sentido-estrito-rse-70054640156-rs>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul. **RECURSO CRIMINAL: RC 134 MS**. Recurso Criminal Eleitoral. Art. 334 Do Código Eleitoral. Sentença. Extinção Da Punibilidade. Reconhecimento da prescrição antecipada (virtual, em perspectiva). art. 109, Inciso VI, do Código Penal. Data entre o recebimento da denúncia e a da prolação da sentença. Falta de previsão legal. Nulidade da sentença. Provimento. Disponível em: <<http://trf-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8533670/recurso-criminal-rc-134-ms>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: RSE 5557820034013902 PA 0000555-78.2003.4.01.3902**. Penal. Prescrição em perspectiva ou virtual. Falta de amparo legal. Violação de dispositivos do CP. Órgão jurisdicional exercendo função legiferante. Impossibilidade. Prejulgamento da causa. Condenação hipotética. Análise Do Mérito Sem O Devido Processo Legal. Negado provimento ao recurso em sentido estrito. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24788113/recurso-em-sentido-estrito-rse-5557820034013902-pa-0000555-7820034013902-trf1>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **APELAÇÃO CRIMINAL: ACR 200451015369605 RJ 2004.51.01.536960-5**. I - Direito Penal. Estelionato Qualificado. Prescrição pela pena ideal. Impossibilidade. II - Interesse de agir. Indisponibilidade. Princípio da Obrigatoriedade. III Incidência do Art. 109 do CP. IV - Recurso em sentido estrito provido. I - Não é de todo afastada a possibilidade de que se realize o juízo e se reconheça a aplicação da prescrição em razão de uma pena que se vislumbra em perspectiva (prescrição pela pena ideal), mas isso só poderá ocorrer por meio de manifestação expressa do Ministério Público. Cabe ao titular da ação penal avaliar, no caso concreto, a presença do interesse de agir, sob pena de se subverter princípios basilares do ordenamento jurídico, sobretudo os de matriz constitucional, a começar pelo princípio da separação dos poderes, na medida em que cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I da CF). II - Na hipótese de estarem presentes, a materialidade e suficientes indícios de autoria acerca de crime de ação penal pública, não se pode permitir ao juiz dispor da ação penal, afirmando ausência de interesse de agir quando, em prol do princípio da obrigatoriedade, tal prerrogativa não é concedida nem mesmo ao Ministério Público, verdadeiro titular da ação penal, porquanto, ao contrário do que ocorre no Direito Civil, onde vige o princípio da oportunidade, o interesse de agir na seara penal, salvo algumas exceções, como a transação penal nos Juizados Especiais, é indisponível. III - Afastada, a incidência da chamada prescrição virtual, para aplicar a norma prevista no art. 109 do Código Penal, segundo a qual o cálculo prescricional antes do trânsito em julgado para a acusação se dá com base na pena cominada em abstrato, o que, no caso, não ocorreu. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21298600/apelacao-criminal-acr-200451015369605-rj-20045101536960-5-trf2>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA, Caio Victor Lima. **O reconhecimento da prescrição retroativa antecipada**. Disponível em:

<<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3043/1/Caio%20Victor%20Lima%20Fran%C3%A7a>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. Dissertação de mestrado: **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**.

Disponível em:

<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3703/arquivo1104_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2016.

JANUÁRIO, Thaisa Soriano Sampaio. **Da prescrição virtual**. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/830/807>>.

Acesso em: 30 de março de 2016.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3ed. 3.tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112608.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

SOUZA, Inayara Cabral de. **Punibilidade concreta e política judiciária: a prescrição da pretensão punitiva antecipada e a gestão da justiça**. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/125>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

SANTA CATARINA, v. 22, n. 28, p. 135-162, 2015. REVISTA DA ESMESC.

Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/125/104>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. 2.tir. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

ANEXO – SENTENÇAS JUDICIAIS TJ/PB



ESTADO DA PARAÍBA
 PODER JUDICIÁRIO
 COMARCA DE SOUSA
 JUÍZO DA 6ª VARA MISTA

Processo n.º: 0000924-67.2011.815.0371
 Natureza: Ação Penal
 Autor: Ministério Público
 Réu(s): _____

SENTENÇA

EMENTA. PENAL E PROCESSUAL. PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Provada a prescrição da pretensão punitiva estatal, há de se julgar extinta a punibilidade do agente.

Vistos etc.

Trata-se de ação penal pública oferecida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba em face de _____ como incurso nas penas do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

A denúncia foi recebida pelo despacho de fls. 64, em 14/02/2011.

Durante a instrução processual, surgiram dúvidas a respeito da sanidade mental do acusado, determinando a instauração de incidente de sanidade mental, a fim de sanar tal dúvida.

Instaurado o referido incidente, o mesmo restou prejudicado ante a não localização do acusado para que fosse submetido à perícia médica.

O Ministério Público, com vistas dos autos, requereu a extinção da punibilidade da acusada, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Vieram-me, então, os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

- DA PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

De início, vislumbro a existência de um óbice ao exame do mérito da imputação, eis

que incidente na espécie a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Atribui-se ao acusado a prática do crime previsto no art. 306 do CTB, com pena máxima em abstrato de 03 (três) anos de detenção, e cuja prescrição reside em exatos oito anos (art. 109, IV, CP).

A denúncia, por sua vez, único marco interruptivo do prazo prescricional, na forma do art. 117, I do CP, foi recebida em 12/02/2011 (fls. 64), o que permite concluir que já se passaram mais de 05 (cinco) anos sem que o feito tenha sido devidamente julgado.

Em que pese o crime narrado na inicial acusatória possua prazo prescricional em abstrato de 08 (oito) anos, tal como indicado em linhas pretéritas, por força do art. 109, IV do CP, pode-se vislumbrar com certeza insofismável que, ainda que o feito seja julgado procedente, acolhendo-se a pretensão punitiva estatal, diante da pena concreta a ser fixada, o fato estará prescrito, ante a incidência da prescrição retroativa (contada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença).

De fato, em uma análise criteriosa das circunstâncias do fato e dos antecedentes penais do acusado, nota-se que ainda que a pretensão punitiva seja acolhida, a pena que lhe será concretamente dosada não ultrapassará 02 (dois) anos de reclusão, o que atrai o disposto no art. 109, V do CP, conforme previsto no art. 110 do mesmo diploma legal, *verbis*:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior; os quais se aumentam de 1/3 (um terço) se o condenado é reincidente.

Assim, aplicando-se o disposto no art. 109, V do CP, o qual prevê que prescreve em quatro anos a pretensão punitiva estatal quando a pena é superior a um ano e não ultrapassasse dois anos, constata-se que o fato narrado na inicial, ao tempo da prolação da sentença condenatória, se encontrará prescrito, já que desde a data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram mais de 05 (cinco) anos, o que torna inútil a prolação de qualquer sentença neste sentido.

Embora seja do conhecimento deste Magistrado o enunciado sumular de n. 438, da lavra do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual diz peremptoriamente ser "inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal", é preciso ter em mente que tal orientação não se coaduna com as mais basilares lições do direito processual, em especial aquela que impõe como condição para a existência de uma ação a presença do interesse processual.

A bem da verdade, se analisarmos a fundo a decisão tomada pela Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual gerou o enunciado sumular de n. 438, veremos que a interpretação conferida pelos nobres ministros despreza totalmente o fato de que a prescrição em perspectiva/virtual nada mais é do que uma consequência natural da prescrição retroativa, e que o ponto fulcral da controvérsia reside na falta de uma das condições da ação penal: o interesse processual. Este entendimento, com a devida vênia, não pode ser aceito, daí por que cabe aos operadores do direito, em especial os Magistrados que labutam no campo criminal, provocar a sua revisão por meio de decisões como a que ora se toma.

Realmente, diante da teoria geral do direito processual, aplicável tanto na seara cível

quanto na penal, o interesse processual, decomponível nos aspectos da necessidade, utilidade e adequação, se afigura como condição essencial para a existência do direito de ação.

Assim, constatando-se a ausência de quaisquer dos elementos que compõem o interesse processual, inexistente razão para a subsistência da lide, sendo de rigor determinar-se a extinção do feito.

No caso vertente, vê-se nitidamente que o processo não terá qualquer utilidade, já que ainda que venha a ser prolatada sentença condenatória, a pena eventualmente imposta ao(s) condenado(s) jamais chegará a ser cumprida, pois diante da pena concretamente dosada o feito estará prescrito (prescrição retroativa).

Diante disso, impor ao Magistrado a movimentação de toda a máquina judiciária, quando já se sabe que a pretensão punitiva estatal estará fulminada pela prescrição, significa, além de um enorme desperdício de tempo e recursos, uma afronta aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência, gerando, ainda, inegável e injustificável constrangimento ao(s) acusado(s), pois prolonga injustificadamente a lide.

Se o provimento judicial que se espera não terá utilidade, de nada adianta prolongar o feito e exigir do Magistrado uma análise criteriosa sobre a materialidade e a autoria do fato narrado na denúncia, razão pela qual a extinção antecipada da punibilidade do(s) agente(s) é medida que se impõe.

Isto posto, por tudo mais que dos autos consta, com fulcro no art. 107, IV do Código Penal, reconheço a prescrição da pretensão punitiva estatal e **JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE DA ACUSADA**.

Custas pelo Estado.

Publique-se. Registre-se. Intime-se unicamente o MP, nos termos do enunciado n. 105 do FONAJE, aplicado analogicamente à espécie, e a Fazenda Pública Estadual, através de sua Procuradoria.

Após o trânsito em julgado, remeta-se o B.I do acusado à SSP/PB para fins meramente estatísticos, arquivando-se os autos em seguida.

Cumpra-se.

Sousa/PB, 23 de fevereiro de 2016.

PHILIPPE GUIMARÃES PADILHA VILAR
JUIZ DE DIREITO



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE SOUSA
JUÍZO DA 6ª VARA MISTA

Processo n.º: 0001391-77.2005.815.0371

Natureza: Ação Penal

Autor: Ministério Público

Réu(s):

SENTENÇA

EMENTA. PENAL E PROCESSUAL.
PENAL. TRAFICO DE DROGAS.
TENTATIVA. PREJUDICIAL DE MÉRITO.
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DA
PUNIBILIDADE.

*Prozada a prescrição da pretensão punitiva
estatal, há de se julgar extinta a punibilidade
do agente.*

Vistos etc.

Trata-se de ação penal pública oferecida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba em face de

como incurso nas penas do art.

12. § 1º, inciso I, da Lei 6.378/76, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

A denúncia foi recebida pelo despacho de fls. 38, em 10/04/2007.

Realizada a instrução processual, em sede de alegações finais, o Ministério Público requereu a decretação da extinção da punibilidade dos acusados, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Vieram-me, então, os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

- DA PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

De início, vislumbro a existência de um óbice ao exame do mérito da imputação, eis que incidente na espécie a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Atribui-se aos acusados a prática do crime previsto no art. 12, § 1º, inciso I, da Lei 6.378/76, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, com pena máxima em abstrato de 10 (dez) anos de reclusão, e cuja prescrição reside em exatos dezesseis anos (art. 109, II, CP).

A denúncia, por sua vez, único marco interruptivo do prazo prescricional, na forma do art. 117, I do CP, foi recebida em 10/04/2007 (fls. 38), o que permite concluir que já se passaram mais de 08 (oito) anos sem que o feito tenha sido devidamente julgado.

Em que pese o crime narrado na inicial acusatória possua prazo prescricional em abstrato de 16 (dezesseis) anos, tal como indicado em linhas pretéritas, por força do art. 109, II do CP, pode-se vislumbrar com certeza insofismável que, ainda que o feito seja julgado procedente, acolhendo-se a pretensão punitiva estatal, diante da pena concreta a ser fixada, o fato estará prescrito, ante a incidência da prescrição retroativa (contada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença).

De fato, em uma análise criteriosa das circunstâncias do fato e dos antecedentes penais do acusado, nota-se que ainda que a pretensão punitiva seja acolhida, a pena que lhe será concretamente dosada não ultrapassará 04 (quatro) anos de reclusão, o que atrai o disposto no art. 109, IV do CP, conforme previsto no art. 110 do mesmo diploma legal. *verbis*:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior; os quais se aumentam de 1/3 (um terço) se o condenado é reincidente.

Assim, aplicando-se o disposto no art. 109, IV do CP, o qual prevê que prescreve em oito anos a pretensão punitiva estatal quando a pena é superior a dois anos e não ultrapassasse quatro anos, constata-se que o fato narrado na inicial, ao tempo da prolação da sentença condenatória, se encontrará prescrito, já que desde a data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram mais de 08 (oito) anos, o que torna inútil a prolação de qualquer sentença neste sentido.

Embora seja do conhecimento deste Magistrado o enunciado sumular de n. 438, da lavra do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual diz peremptoriamente ser "inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal", é preciso ter em mente que tal orientação não se coaduna com as mais basilares lições do direito processual, em especial aquela que impõe como condição para a existência de uma ação a presença do interesse processual.

A bem da verdade, se analisarmos a fundo a decisão tomada pela Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual gerou o enunciado sumular de n. 438, veremos que a interpretação conferida pelos nobres ministros despreza totalmente o fato de que a prescrição em perspectiva/virtual nada mais é do que uma consequência natural da prescrição retroativa, e que o ponto fulcral da controvérsia reside na falta de uma das condições da ação penal: o interesse processual. Este entendimento, com a devida vênia, não pode ser aceito, daí por que cabe aos operadores do direito, em especial os Magistrados que labutam no campo criminal, provocar a sua revisão por meio de decisões como a que ora se toma.

Realmente, diante da teoria geral do direito processual, aplicável tanto na seara cível quanto na penal, o interesse processual, decomponível nos aspectos da necessidade, utilidade e adequação, se afigura como condição essencial para a existência do direito de ação.

Assim, constatando-se a ausência de quaisquer dos elementos que compõem o

interesse processual, inexistindo razão para a subsistência da lide, sendo de rigor determinar-se a extinção do feito.

No caso vertente, vê-se nitidamente que o processo não terá qualquer utilidade, já que ainda que venha a ser prolatada sentença condenatória, a pena eventualmente imposta ao(s) condenado(s) jamais chegará a ser cumprida, pois diante da pena concretamente dosada o feito estará prescrito (prescrição retroativa).

Diante disso, impor ao Magistrado a movimentação de toda a máquina judiciária, quando já se sabe que a pretensão punitiva estatal estará fulminada pela prescrição, significa, além de um enorme desperdício de tempo e recursos, uma afronta aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência, gerando, ainda, inegável e injustificável constrangimento ao(s) acusado(s), pois prolonga injustificadamente a lide.

Se o provimento judicial que se espera não terá utilidade, de nada adianta prolongar o feito e exigir do Magistrado uma análise criteriosa sobre a materialidade e a autoria do fato narrado na denúncia, razão pela qual a extinção antecipada da punibilidade do(s) agente(s) é medida que se impõe.

Isto posto, por tudo mais que dos autos consta, com fulcro no art. 107, IV do Código Penal, reconheço a prescrição da pretensão punitiva estatal e **JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO ACUSADO**

Custas pelo Estado.

Publique-se. Registre-se. Intime-se unicamente o MP, nos termos do enunciado n. 105 do FONAJE, aplicado analogicamente à espécie, e a Fazenda Pública Estadual, através de sua Procuradoria.

Após o trânsito em julgado, remeta-se o B.I. dos acusados à SSP/PB para fins meramente estatísticos, arquivando-se os autos em seguida.

Cumpra-se.

Sousa/PB, 10 de março de 2016.


ANDERLEY FERREIRA MARQUES
JUIZ DE DIREITO EM SUBSTITUIÇÃO

101
2

ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE SOUSA
JUÍZO DA 6ª VARA MISTA

Processo n.º: 0013569-29.2013.815.0371
Natureza: Ação Penal
Autor: Ministério Público
Réu(s):

SENTENÇA

EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO SIMPLES. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Provada a prescrição da pretensão punitiva estatal, há de se julgar extinta a punibilidade do agente.

Vistos etc.

Trata-se de ação penal pública oferecida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba em face de _____, como incurso nas penas do art. 155, *caput*, do Código Penal.

A denúncia foi recebida pelo despacho de fls. 24, em 07/08/2003.

Com vistas dos autos, o Ministério Público requereu a decretação da extinção da punibilidade do acusado, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Vieram-me, então, os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

- DA PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

De início, vislumbro a existência de um óbice ao exame do mérito da imputação, eis que incidente na espécie a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Atribui-se aos acusados a prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, com pena máxima em abstrato de 04 (quatro) anos de reclusão, e cuja prescrição reside em exatos oito anos (art. 109, IV, CP).

A denúncia, por sua vez, único marco interruptivo do prazo prescricional, na forma

do art. 117. I do CP, foi recebida em 07/08/2003 (fls. 24), o que permite concluir que já se passaram mais de 12 (doze) anos sem que o feito tenha sido devidamente julgado.

Em que pese o crime narrado na inicial acusatória possua prazo prescricional em abstrato de 08 (oito) anos, tal como indicado em linhas pretéritas, por força do art. 109. IV do CP, pode-se vislumbrar com certeza insólita que, ainda que o feito seja julgado procedente, acolhendo-se a pretensão punitiva estatal, diante da pena concreta a ser fixada, o fato estará prescrito, ante a incidência da prescrição retroativa (contada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença).

De fato, em uma análise criteriosa das circunstâncias do fato e dos antecedentes penais do acusado, nota-se que ainda que a pretensão punitiva seja acolhida, a pena que lhe será concretamente dosada não ultrapassará 02 (dois) anos de reclusão, o que atrai o disposto no art. 109, V do CP, conforme previsto no art. 110 do mesmo diploma legal. *verbis*:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de 1/3 (um terço) se o condenado é reincidente.

Assim, aplicando-se o disposto no art. 109, V do CP, o qual prevê que prescreve em quatro anos a pretensão punitiva estatal quando a pena é superior a um ano e não ultrapassasse dois anos, constata-se que o fato narrado na inicial, ao tempo da prolação da sentença condenatória, se encontrará prescrito, já que desde a data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram mais de 04 (quatro) anos, o que torna inútil a prolação de qualquer sentença neste sentido.

Embora seja do conhecimento deste Magistrado o enunciado sumular de n. 438, da lavra do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual diz peremptoriamente ser "inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal", é preciso ter em mente que tal orientação não se coaduna com as mais basilares lições do direito processual, em especial aquela que impõe como condição para a existência de uma ação a presença do interesse processual.

A bem da verdade, se analisarmos a fundo a decisão tomada pela Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual gerou o enunciado sumular de n. 438, veremos que a interpretação conferida pelos nobres ministros despreza totalmente o fato de que a prescrição em perspectiva/virtual nada mais é do que uma consequência natural da prescrição retroativa, e que o ponto fulcral da controvérsia reside na falta de uma das condições da ação penal: o interesse processual. Este entendimento, com a devida vênia, não pode ser aceito, daí por que cabe aos operadores do direito, em especial os Magistrados que labutam no campo criminal, provocar a sua revisão por meio de decisões como a que ora se toma.

Realmente, diante da teoria geral do direito processual, aplicável tanto na seara cível quanto na penal, o interesse processual, decomponível nos aspectos da necessidade, utilidade e adequação, se afigura como condição essencial para a existência do direito de ação.

Assim, constatando-se a ausência de quaisquer dos elementos que compõem o interesse processual, inexistente razão para a subsistência da lide, sendo de rigor determinar-se



a extinção do feito.

No caso vertente, vê-se nitidamente que o processo não terá qualquer utilidade, já que ainda que venha a ser prolatada sentença condenatória, a pena eventualmente imposta ao(s) condenado(s) jamais chegará a ser cumprida, pois diante da pena concretamente dosada o feito estará prescrito (prescrição reiroativa).

Diante disso, impor ao Magistrado a movimentação de toda a máquina judiciária, quando já se sabe que a pretensão punitiva estatal estará fulminada pela prescrição, significa, além de um enorme desperdício de tempo e recursos, uma afronta aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência, gerando, ainda, inegável e injustificável constrangimento ao(s) acusado(s), pois prolonga injustificadamente a lide.

Se o provimento judicial que se espera não terá utilidade, de nada adianta prolongar o feito e exigir do Magistrado uma análise criteriosa sobre a materialidade e a autoria do fato narrado na denúncia, razão pela qual a extinção antecipada da punibilidade do(s) agente(s) é medida que se impõe.

Isto posto, por tudo mais que dos autos consta, com fulcro no art. 107, IV do Código Penal, reconheço a prescrição da pretensão punitiva estatal e **JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO ACUSADO**.

Custas pelo Estado.

Publique-se. Registre-se. Intime-se unicamente o MP, nos termos do enunciado n. 105 do FONAJE, aplicado analogicamente à espécie, e a Fazenda Pública Estadual, através de sua Procuradoria.

Após o trânsito em julgado, remeta-se o B.I dos acusados à SSP/PB para fins meramente estatísticos, arquivando-se os autos em seguida.

Cumpra-se.

Sousa/PB, 14 de março de 2016.

PHILIPPE GUMARÃES PADILHA VILAR
JUIZ DE DIREITO