

REVISTA

liber

V 1 . N 1 . 2021





Autor Cooperativo:
Instituto de Aperfeiçoamento e Prática Jurídica – IAPJ

Editores Chefes:
Karina Mombelli Sant’Anna e Matheus Gonçalves dos Santos Trindade.

Editor Executivo:
Vitor Eduardo Frota Vasconcelos

Corpo Editorial:
Adriana Prass, Amanda Büttendender Medeiros, Eduardo Dallagnol Lemos, Maria
Alice dos Santos Severo, Pedro Guilherme Ramos Guarnieri e Thiago Carolo
Schnarndof.

Layout capa:
Cauê de Oliveira Malabarba.

Disponível em:
www.iapj.com.br/revista-liber

Circulação:
Acesso aberto e gratuito.
Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Periodicidade:
Quadrimestral

Idiomas que serão aceitos os artigos:
Português, inglês e espanhol.

Logradouro:
Avenida Diário de Notícias, nº 400, sala 502, bairro Cristal, Porto Alegre, Rio Grande
do Sul, CEP 90810-080.

Contato:
revistaliber@iapj.com.br



O Instituto de Aperfeiçoamento e Prática Jurídica foi criado no intuito de oferecer aos estudantes e operadores do direito aquilo que não é ensinado nas faculdades: como atuar na prática profissional de forma segura.

Isto porque, infelizmente, em razão da extensa grade curricular, as faculdades de direito não conseguem ensinar aspectos práticos aos alunos, como: abertura e gerenciamento de um escritório de advocacia, atendimento ao cliente, precificação de satisfatórios honorários, atuação em demandas extrajudiciais e judiciais, critérios para escolha dos estudos de conhecimentos teóricos que efetivamente se aplicam no campo prático de cada área, entre outros.

Por compreender a existência destas demandas e para atender ao propósito dos sócios-fundadores, o Instituto surgiu e lança diversos cursos para o aperfeiçoamento dos alunos no campo prático, cujas temáticas envolvem as linhas de conhecimentos gerais e específicos de cada área de atuação.

Além dos cursos, a escola possui o braço acadêmico do IAPJ, que visa possibilitar a todos o acesso à produção acadêmica desde cedo, seja por meio de videoaulas, colunas jurídicas, o Liber Podcast e a Revista Liber, que é o nosso principal meio de disseminação da produção acadêmica de nossos alunos, estudantes de direito, profissionais e professores renomados.



A Revista Liber foi criada em razão de uma necessidade presente na jornada dos nossos alunos: a vontade e dificuldade de publicar artigos científicos desde o período da graduação.

Atualmente, as revistas de direito priorizam a publicação de mestres e doutores em direito, com o objetivo central de possuir uma melhor pontuação no Qualis/capes, o que acaba dificultando o acesso dos alunos ao mundo acadêmico.

Pensando neste cenário, de forma diferente e inovadora, criamos a revista Liber que nasce com a missão de democratizar as publicações no campo jurídico, permitindo que não só mestres e doutores possam publicar no periódico, mas também abrindo as portas da publicação acadêmica para pós-graduandos, graduados e estudantes de graduação em direito.



CONHEÇA NOSSOS CONTEÚDOS:



UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A PRESCRIÇÃO E A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Delma Gomes Messias¹
Karina Brasil de Oliveira²

“Tudo, menos a inércia, o mal dos males, o que mais vexa a dignidade humana”³ (Goethe, 1749-1832, p. 134)

RESUMO

O presente artigo demonstrará a aplicabilidade da prescrição baseada na pena virtualmente imposta, instituto de exímia importância para a celeridade dos procedimentos sobre o crivo do judiciário brasileiro, afastando processos inócuos, fadados a extinção da punibilidade, mas, que, no entanto, continua a ser preterido pelo Superior Tribunal de Justiça. O artigo terá como parâmetros os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da razoável duração processual e da dignidade da pessoa humana, demonstrando, portanto, a incoerência do afastamento do instituto. Serão analisados o propósito da pena, com base nas teorias que a circundam, e a objetivação da paz social. Também será realizada uma contextualização histórica do apenamento e do instituto da prescrição, suas atuais facetas no direito penal e sua conceituação, tomando como preceitos obras que abrangem o assunto, tais como, doutrinas, artigos, teses, jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE

prescrição penal. prescrição virtual. extinção da punibilidade. teoria da pena. razoabilidade. proporcionalidade. celeridade. dignidade da pessoa humana

¹ Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, professora da Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC/ Barbacena- MG, Especialista em Direito Administrativo e Mestre pela Universidade Gama Filho, e-mail: delmamessias@unipac.br.

² Acadêmica do Curso de Direito, pelo Centro universitário Presidente Antônio Carlos- UNIPAC/ Barbacena-MG, e-mail: kbrasil09@hotmail.com.

³ Goethe, Johann Wolfgang von (1749-1832). Fausto. Ed. eletrônica eBookBrasil 2003. Acesso em 20/04/2020, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000011.pdf>

INTRODUÇÃO

O direito, como ramo das ciências humanas, é um fenômeno que sofre incessantes adaptações para melhor salvaguardar os interesses da sociedade. Contudo, ainda que a realidade, os conceitos e as práticas da coletividade estejam em constante metamorfose, nem sempre o Legislativo e o Judiciário marcham em consonância às inovações, afinal, o Direito tende a surgir após a consolidação dos fatos sociais.

Em contrapartida, o Judiciário brasileiro encontra-se acometido de demasiada mora no que tange aos litígios por ele apreciados. Tal problemática ganha especial respaldo quando analisada pela ótica Constitucional, que objetiva a razoável e célere duração do processo, paradigmas que não são obedecidos devido à excessiva quantidade de processos e desproporcionalidade do número de servidores.

Em relação a esfera penal, prevê o ordenamento jurídico o instituto da prescrição, que se remete a perda executória ou da pretensão punitiva do Estado devido ao considerável lapso temporal decorrido, sem qualquer tutela provida. As modalidades de prescrição se pautam na pena já aplicada pelo juiz ou na pena abstrata máxima que o delito vem a impor. A polêmica, objeto do presente artigo, se alicerça no segundo tipo de prescrição, denominada da prescrição da pretensão punitiva virtual, ou Prescrição Virtual. Tal instituto tende a ser amplamente repudiado pelos tribunais superiores, sobre a alegação inexistência de previsão legal, e que sua aplicação afronta ao princípio constitucional da inocência.

Apesar da tendência de repúdio dos tribunais superiores, o instituto mencionado tem evidente aplicabilidade na prática forense brasileira, e é consideravelmente adotado em primeira instância. Além disso, o mesmo, atende ao primórdio constitucional da razoável duração do processo e da garantia da celeridade da tramitação deste, sendo uma solução viável à atual crise que atola o judiciário, em que a quantidade de processos é inversamente proporcional ao número de servidores e a alocação de recursos se mostra demasiadamente onerosa.

O posicionamento de aversão dos tribunais superiores, no entanto, não é abraçado pelos estudiosos do direito, nem mesmo por magistrados de instâncias inferiores, que defendem a institucionalização de sua aplicação e a inexistência de confronto a inocência do réu. Afinal, a decisão pela prescrição não obsta qualquer embargo a recursos e sua aplicação não gera maus antecedentes ou a reincidência, trata-se de mera declaração de inércia do judiciário ao prestar tutela jurisdicional em tempo hábil.

Lado outro, ao se afastar a aplicação do instituto, processos que têm o provável desfecho da prescrição, e, por conseguinte, nenhum efeito prático, são prolongados, acarretando demasiados

gastos ao Estado, além do sentimento de frustração e de desgaste emocional dos indivíduos a ele atrelados, o que afronta a dignidade humana.

1. O OBJETIVO DA PENA E A SUA RELAÇÃO COM A PRESCRIÇÃO

A pena é a consequência jurídica à ação típica, antijurídica e culpável. Em pormenores, a pena é seqüela do crime, que ocorre quando um indivíduo comete fato previsto no ordenamento jurídico como ilícito, de modo a lesar bem jurídico tutelado alheio, sem qualquer motivo que abone a sua responsabilidade. Ademais, o indivíduo deve ter plena higidez mental a ponto de entender o caráter ilícito da conduta bem como agir conforme tal entendimento.

Neste raciocínio, surge a dubiedade em relação ao porquê da punição, podendo ser aferidas três principais teorias no que tange a finalidade da pena. Na teoria absoluta ou da retribuição, o objetivo da punição é, tão somente, devolver ao indivíduo o mal que este veio a causar a sociedade, sem maior preocupação com sua posterior reintegração ao corpo social, de feição que o direito penal configura uma espécie de vingança estatal para a preservação do sistema jurídico.

Em alternativa, surge a teoria relativa, que visa prevenir de forma geral e especial o crime. De forma geral, visa atingir a coletividade, de sorte que, a pena seja aplicada para demonstrar a necessidade de submissão ao ordenamento jurídico, e ressaltar a consequência do descumprimento legal. De forma especial, o indivíduo infrator é retirado do convívio social, para evitar novos crimes, e com sua sanção passará a refletir sobre o caráter inadequado de suas condutas.

Por fim, a teoria eclética intercomunica as demais teorias, retribuindo ao réu o mal por ele causado e prevenindo novas condutas pela intimidação da sociedade e ressocialização educativa do réu. Tal teoria é a que mais se assemelha ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que exista a justificativa para a pena, a mesma não é absoluta. Prevê o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 107, as causas que extinguem sua aplicação, ressaltando que, este rol não é taxativo, de conjectura que, outras circunstâncias podem vir a afastar o poder punitivo do Estado. Dentre as causas enunciadas, destaca-se, para o presente trabalho, a prescrição, que ocorre quando o tempo para a persecução penal se mostra tão delongado, que o Estado perde a legitimidade da punição, ou seja, o processo existe há tanto tempo que não mais se mostra justo ou razoável o apenamento do indivíduo.

Contudo, antes de adentrar nas classificações e particularidades do instituto da prescrição, bem como apresentar e ressaltar a aplicação da mesma baseada na pena em perspectiva virtual, necessário se faz analisar o contexto histórico da ideia de punição e os conceitos predecessores ao atual modelo de prescrição.

2. A EVOLUÇÃO DA IDEIA DE PUNIÇÃO E O ADVENTO DA PRESCRIÇÃO

A ideia de punição se mostra intimamente ligada a ideia de sociedade. Antes mesmo de se existir o direito – com seus desdobramentos de uma legislação uniforme, um processo organizado e um julgamento – já existia o conceito de correção àqueles que fugiam ao padrão social esperado, bem como que de alguma forma prejudicavam aos demais. Entretanto, nas comunidades arcaicas, os castigos tendiam a ser demasiadamente cruéis e desproporcionais. Outrossim, não eram baseados em parâmetros legais, de maneira que o conceito de ilícito era arbitrário, se confundindo, muitas vezes, com a inobservância da tradição.

Outrora, a sociedade mesopotâmica buscou, através do Código de Hamurabi, criar certa segurança jurídica, com uma codificação legal e limitação as punições, instaurando a lei de talião, que pregava a proporcionalidade extremamente literal das ações, com sua máxima “olho por olho dente por dente”.

Posteriormente, a Grécia antiga inovou a concepção de sociedade com suas cidades-Estados e a democracia, servindo de arquétipo para o classicismo romano, sendo oportuno destacar a presença em ambas sociedades da existência de julgamentos de lides e do convencimento racional dos magistrados. No que tange a Roma, não existem dúvidas que seus institutos jurídicos influenciaram demasiadamente o direito moderno ocidental. Neste seguimento, é imprescindível destacar uma das primeiras menções escritas ao instituto da prescrição, foco do presente trabalho. O mesmo encontrava-se presente na “*Lex Julias Adulteriis*”, ano 18 a.C., e limitava o prazo de 5 anos para a persecução penal pública nos crimes de adultério, estupro, lenocínio e incesto.

Com o declínio da sociedade romana, advinda das invasões germânicas, a concepção social foi drasticamente alterada, bem como os comportamentos e a visão do direito ocidental. Séculos depois, com a retomada do comércio e o fortalecimento dos Estados nacionais, novas teorias acerca do direito surgiram, inclusive, para reafirmar a necessidade da submissão do povo perante ao Estado. Neste cenário, surgiram os filósofos contratualistas, dentre os quais se mostra necessário ressaltar Thomas Hobbes, que defendia a necessidade de um estado forte com monopólio bélico e punitivo, como método de contenção social e garantia da “paz social”. Neste período, nada obstante, a ideia de punição, encontrava-se atrelada a tese de vingança do coletiva.

Com Revolução Francesa, o instituto da prescrição ganhou nova perspectiva, contemplando a prescrição da pretensão executória, objeto de polêmicas acerca de sua aplicabilidade em alguns países inclusive hodiernamente.

Ao fim da segunda metade do século XVII, Cesar Beccaria, inovou o conceito de punição, com uma visão humanitária, influenciada pelas noções de igualdade e justiça. Em sua aclamada obra “*Dos Delitos e das Penas*”, Beccaria introduziu não apenas os parâmetros para a punição, mas

também a primordialidade de uma limitação temporal para aplicação da pena, como forma de coibir novas infrações, mantendo, no entanto, o posicionamento de que crimes hediondos deveriam permanecer imprescritíveis para desestimular novos delitos:

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso porém, que esse tempo seja bastante curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime, se se quiser que o mesmo seja um freio útil contra os celerados (Beccaria, 1738-1794)⁴

Já na legislação brasileira, a prescrição foi apontada pela primeira vez no Código Penal de 1830, que negava sua aplicação, em 1832, com Código de Processo Penal, o instituto passou a ser reconhecido e aceito no contexto jurídico, na modalidade da pretensão punitiva apenas.

Posteriormente, com proclamação da república, a prescrição executória passou a ser admitida, por força do conteúdo Decreto nº 774 de 1980, que previa idênticos prazos para as duas modalidades de prescrição. Neste mesmo ano, o Código Penal da República foi promulgado, mantendo, no entanto, os prazos do anterior decreto. Finalmente, com o Código Penal de 1940, contemporaneamente vigente, o instituto passou a ser considerado forma de extinção da punibilidade. O mesmo sofreu consideráveis reformas e delimitou as modalidades de prescrição, tópicos que serão tratadas nos itens subsequentes.

3. A AÇÃO PENAL, CONCEITO DE PRESCRIÇÃO E SUAS MODALIDADES

Antes de adentrar na seara da prescrição, importante se faz analisar as particularidades atinentes a ação penal, em especial, ressaltar o monopólio do *jus puniendi* pelo Estado, que, em regra geral, veda a autotutela, como forma, inclusive, de manutenção da pacificação social. Conquanto, para evitar uma natureza inquisitorial a sanção é alicerçada pela formação da culpa advinda da persecução penal, que observa o contraditório e a ampla defesa.

Precedente a formação da culpa, tem-se a ação penal que provoca o Estado-juiz e move a máquina estatal, que virá a tutelar os interesses das partes. A ação reveste-se de condições essenciais, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes que se atrelam ao processo, e o interesse de agir, que se reporta à existência da necessidade da ação, sua real utilidade e adequação ao clamor social. Ocorre, que este terceiro elemento não é vislumbrado quando o processo se prolonga demasiadamente no tempo, afinal, como determina a mais acertada doutrina:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade),

⁴Beccaria, César (1738-1794). Dos Delitos e das Penas. Ed. eletrônica, ed. Ridendo Castigat Moraes. Acesso em 20/11/2019, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>

não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil⁵ (Cintra, Grinover, & Dinamarco, 2006, p. 275)

Avaliza a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII⁶ (Brasil, 1988), a razoável duração do processo e garantia da celeridade da tramitação deste, em respeito inclusive ao teor de direitos humanos do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

É incólume de dúvidas, que o procedimento penal tende a seguir o rito preestabelecido na legislação. Todavia, ainda que o sistema processual seja criado com o fim precípuo de não ter falhas, as mesmas ocorrem, seja por ação humana, peculiaridades do caso concreto ou fatos alheios à vontade das partes. Perante a falha estatal de promover a tutela jurisdicional em tempo hábil, surge o instituto da prescrição, que retira a possibilidade de punir o indivíduo pela considerada mora judicial.

Neste sentido, a justificativa do instituto se repousa sobre elementos de cunho psicológico sociais e de direito. No que tange a figura do infrator, o inexorável curso do tempo surte demasiados efeitos. Partindo do pressuposto do amadurecimento do indivíduo, o nexó psicológico do delito é diluído pelo tempo, para mais, a expectativa da punição faz com que o autor analise os desdobramentos ação, e se, no decorrer do processo o mesmo não voltar a delinquir, isso é um forte indicativo que a simples persecução penal foi capaz de reintegrá-lo a sociedade, e afastar o comportamento deturpado. Insistir na punibilidade, neste cenário, seria infundado, e mais se assemelharia a uma vingança estatal. De igual maneira já se posicionou o ilustre autor argentino Raul Zaffaroni:

o fundamento da prescrição está em que “o homem que está diante do tribunal não é o mesmo que cometeu o fato” (Schultz), assim como o homem que se encontra frente ao órgão de execução não é o mesmo que foi sentenciado. Se a ressocialização produz-se espontaneamente, sem intervenção da coerção penal, esta carece de sentido⁷ (ZAFFARONI, 1999, p. 752)

Do ponto de vista do direito, o Estado deveria operacionalizar seus recursos sobre a égide de cumprir sua função punitiva em tempo hábil. A inobservância dos prazos demonstra o desinteresse da ação estatal e retira a razoabilidade da pena. Ademais, o elástico lapso temporal requer excessivos recursos, dentre os quais destacam-se o tempo, os esforços dos serventuários da justiça, e as próprias custas de manutenção do processo. Do ponto de vista processual, a delonga faz

⁵ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrine & Dinamarco, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 22ª ed., São Paulo/SP, Malheiros Editores LTDA, 2006.

⁶ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020;

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

sumir vestígios, tira a força das provas e nubla a memória das testemunhas, afastando a recapitulação dos fatos da verdade real.

Igualmente, é implausível delongar o processo indeterminadamente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro repudia penas de caráter perpétuo. Esperar indistintamente uma pena e, conseqüentemente, lidar com a estigma e inquietação que a expectativa da pena infligem, se mostra uma afronta a dignidade humana do acusado, além de criar um aspecto de definitivo no processo.

Em síntese, como bem ilustra Fernando Capez as finalidades da prescrição “são os seguintes: a) inconveniência da aplicação da pena muito tempo após a prática da infração penal; b) combate à ineficiência: o Estado deve ser compelido a agir dentro de prazos determinados”⁸ (Capez, 2011, p.615).

Observa-se que alguns crimes não padecem da prescrição, sendo considerados crimes imprescritíveis os crimes de racismo, conforme artigo 5º, inciso XLII, e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático de direito, na acepção do artigo 5º, inciso XLIV ambos da Constituição Federal de 1988.⁹

Neste ínterim, imprescindível se faz, destacar as modalidades de prescrição adotadas no Direito Penal brasileiro, que se dividem pelo momento processual e anseio estatal naquele momento. Antes da sentença condenatória, transitada em julgado, a prescrição se regula pela pretensão punitiva, ou seja, o intuito do Estado realizar a persecução penal a ponto de aclarar os fatos que ora vieram a mover o judiciário, através da denúncia ou queixa, impondo, se for o caso, uma pena. Já a prescrição executória é posterior a pena definitiva e institui o prazo em que o estado deve dar cumprimento à pena por ele imposta.

A prescrição da pretensão punitiva se subdivide ainda em algumas categorias, quais sejam, a pretensão punitiva em abstrato, retroativa e intercorrente ou superveniente a sentença condenatória. Para todas as categorias, essencial se faz tomar como parâmetro os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal, visto que limitam os termos prescricionais das penas privativas de liberdade.

A prescrição da pena em abstrato vem delimitada no *caput* do artigo 109 do Código Penal¹⁰, observando a pena máxima que o delito vem a impor como paradigma, visto que, o reconhecimento deste instituto antecede a sentença. Importa sobrelevar que a contagem temporal observa causas suspensivas e interruptivas como, questões prejudiciais apartadas, recebimento da

⁸ Capez, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 15. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010

⁹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020;

¹⁰ Brasil, Decreto-lei, n 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 15 de março de 2020

denúncia ou a decisão de pronúncia. Insta notabilizar que o “pacote anticrimes”, Lei 13.964/19¹¹ aumentou o rol de causas impeditivas da contagem de prazo prescricional, incluindo os recursos inadmissíveis, meramente protelatórios e o acordo de não persecução penal.

Via de regra, a contagem se inicia com a consumação do delito ou último ato executório no caso de tentativa, sob outra perspectiva as exceções contemplam: a cessação do crime nos casos de crimes permanentes; do conhecimento da ilegalidade pelas autoridades, nos crimes de bigamia, ou falsificação documental; ou da data em que a vítima de violência sexual contra menores completa 18 anos.

Outrossim, ao declarar a sentença condenatória e constituir o *jus puniendi*, novo prazo prescricional é estabelecido, observando novamente às delimitações do artigo 109 do Código Penal, o que enseja as outras duas modalidades prescritivas. A prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente, prevista no artigo 110, §1º do Código Penal observa como marco inicial a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que não foi recorrida ou teve recurso da acusação improvido de modo que já se encontra transitada em julgado para acusação, mas que se encontra em fase de recurso pela defesa. Se o prazo entre a sentença e os recursos atingir o lapso temporal suficiente para a extinção da punibilidade da sentença de primeiro grau a pretensão punitiva do estado também encontrar-se-á extinta, sem, contudo, impedir o prosseguimento do recurso, inclusive em respeito ao princípio do *non reformatio in pejus*, que impede a majoração da pena em recursos exclusivos do réu.

Noutro giro, vislumbra-se, de forma exclusiva na legislação brasileira, a figura da prescrição retroativa, presente na súmula 146 do STF¹², que também observa a pena proferida em primeira instância, o princípio do *non reformatio in pejus*, e o trânsito em julgado para a acusação, dispondo que, se o trâmite processual, antes da incidência da sentença se delongou de forma a atingir os prazos do artigo 109, com base na quantidade de pena imposta pelo magistrado, a punibilidade do acusado já se encontra extinta, sem prejuízo da análise do teor recurso pela instância recorrida.

4. A PRESCRIÇÃO BASEADA NA PENA ABSTRATAMENTE IMPOSTA

Como já foi determinado, o judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado, de forma que a quantidade de processos existentes não se mostra proporcional ao número de servidores, o que

¹¹Brasil, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm, acesso em 30 de abril de 2020

¹² Brasil, Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 146 do STF, “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=146.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=base Sumulas>, acesso em 30 de janeiro de 2020

acarreta demasiada mora do poder judiciário em solucionar conflitos e a frustração das partes envolvidas no processo.

Neste cenário, surge o instituto da prescrição virtual, que evita a persecução de processos inócuos, ou seja, aqueles processos que ensejarão a extinção da punibilidade do acusado, por uma previsão processual, tomando como parâmetros as circunstâncias do caso concreto que foram apuradas durante a investigação e apontadas na denúncia ministerial, ou queixa-crime, as condições pessoais do acusado, e praxe forense, e, como incitação, a economia processual e a ausência de interesse estatal em promover o processo em tempo hábil. Evitando, assim, que todo o trâmite processual ocorra, para que, no momento da sentença, o magistrado reconheça a prescrição já antevista.

No entanto, tal instituto, não é acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, como é perceptível pelo conteúdo da súmula nº438 “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independente da existência ou sorte do processo penal”.¹³

Inobstante, carece de razoabilidade e proporcionalidade abdicar tal instituto, uma vez que, não é lógico prolongar um processo em que ao final terá sua punibilidade extinta. Seria protelar o inevitável. Em contrapartida, a continuidade de um processo que em seu desfecho estará prescrito gera gastos absurdos e desnecessários ao Estado, o que contraria o princípio da economia processual, que busca trazer a menor onerosidade do processo tanto para as partes, quanto para o Estado. Do ponto de vista fático analítico, submeter indivíduos a um procedimento que não gerará nenhum efeito prático é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem afirma Ada Pellegrine Grinover, *ad litteram*:

O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, frequentemente, da dignidade mesma (GRINOVER, 2007, p. 185)¹⁴

Este posicionamento, contrário ao instituto, não é abraçado pelos estudiosos do direito, tampouco por magistrados de instâncias inferiores, que defendem a institucionalização de sua aplicação e a inexistência de confronto a inocência do réu, tomando como principal pressuposto a realidade forense. Afinal, a decisão pela prescrição não obsta qualquer embaraço a recursos e sua aplicação não gera maus antecedentes ou a reincidência, trata-se de mera declaração de inércia do judiciário ao prestar tutela jurisdicional em tempo hábil.

¹³Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula, nº 438 do STJ, Disponível em:< <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>, acesso em 28 de janeiro de 2020.

¹⁴ Grinover, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007.

Em contrapartida, ao se afastar a aplicação do instituto, processos que tem o provável desfecho da prescrição, e, portanto, nenhum efeito prático, são prolongados, acarretando demasiados gastos ao Estado, além do sentimento de frustração e de desgaste emocional dos indivíduos a ele atrelados, que passam a aguardar o fim processo como uma espada de Dêmocles, prestes a recair sobre eles, sendo que a prescrição já é certa.

Findando sua obra Curso de Direito Penal 1 Parte Geral, o ilustre doutrinador Fernando Capez, deixa bem evidente o questionamento que tange a impossibilidade de aplicação do instituto:

Nesses moldes, o sobredito instituto nada mais consiste do que o reconhecimento da prescrição, com base na provável pena mínima, que será fixada pelo juiz. Para que movimentar toda a máquina do Estado, se lá na frente, na sentença, será reconhecida a prescrição retroativa nesse período que antecede o recebimento da denúncia ou queixa? (CAPEZ, 2011, p. 630) (destaque próprio).¹⁵

Ao aplicar a pena, o magistrado parte do patamar da pena mínima do delito, que só será majorada quando as peculiaridades do crime (*modus operandi* do autor, motivos ou consequências do delito), a tendência delitiva do agente (personalidade deturpada, culpabilidade, maus antecedentes) ou qualificadoras do delito, previstos na legislação penal e especial, demonstrarem a imprescindibilidade do aumento de pena para reprovar o delito e prevenir futuras infrações. Em segundo momento, a pena provisória é tomada com base nas circunstâncias agravantes e atenuantes da legislação penal e, por fim, são observadas as majorantes e minorantes legais. Conclui-se, portanto, que a aplicação da pena máxima é a exceção não a regra.

De forma clara e objetiva, os doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves exemplificam uma conjectura em que a prescrição, baseada na pena perspectiva ou virtual, poderia ser aplicada afastando o trabalho improdutivo do judiciário, ao ser considerado o provável desfecho prescricional, se o processo seguir sua marcha completa:

Suponha-se que uma pessoa tenha sido indiciada em inquérito policial por crime de periclitacão da vida (art. 132 do CP), cuja pena é detença de 3 meses a 1 ano. Assim, o crime prescreve, pela pena em abstrato, em 4 anos. O promotor de justiça, entretanto, ao receber o inquérito policial, mais de 3 anos após a consumacão do crime, percebe que o acusado é primário e que o crime não se revestiu de especial gravidade, de forma que o juiz, ao prolatar a sentença, certamente não irá aplicar a pena máxima de 1 ano. Dessa forma, considerando que a pena fixada na sentença será inferior a 1 ano, inevitável, em caso de condenacão, o reconhecimento da prescricao retroativa, pois, pela pena a ser fixada, a prescricao teria ocorrido após 3 anos.¹⁶ (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, p. 558)

¹⁵ Capez, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 15. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011

¹⁶ Estefam, André e Gonçalves, Victor Eduardo Rios, Direito penal esquematizado: parte geral, São Paulo/SP, Saraiva, 2012

Sem embargo, ainda que demonstrada funcionalidade do instituto, o mesmo não é completamente abraçado, sendo afastado nas instâncias superiores com fulcro na inexistência de previsão legal, desrespeito ao princípio do devido processo legal, distanciamento do princípio da inocência e o princípio da obrigatoriedade de agir Ministerial, hipóteses essas que o presente projeto visa afastar, baseando-se na hermenêutica legal, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da celeridade, da razoabilidade, da proporcionalidade, do interesse de agir e da economia processual. No mesmo sentido, coaduna o ilustre doutrinador Rogério Greco:

Entendemos que a posição, com a devida *venia*, é equivocada. Isso porque, para que um a ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes as chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa.¹⁷ (GRECO, 2015, p 835)

Colaciona-se que os preceitos do art. 59 do Código Penal¹⁸ norteiam o magistrado para antever a pena com segurança, destarte, não há de se falar em afronta a inocência do réu, uma vez que, a sentença baseada na pena a ser cominada não gera maus antecedentes ou reincidência, afinal, é uma declaração do estado da perda de sua pretensão punitiva e desinteresse na ação penal. Lado outro, ao afirmar que a prescrição só pode ser aferida pela pena máxima que o delito vem a impor é afastado o princípio constitucional da individualização das penas, previsto no artigo 5º, inciso XLVI¹⁹ da Constituição Federal de 1988.

Nesta acepção, os processos penais, bem como a obrigatoriedade do Ministério Público, encontram-se vinculados ao interesse de agir, à providência jurisdicional adequada e à instrumentalidade do processo, de modo que, inexistente razão, sequer utilidade, prosseguir em uma ação sem resultados reais ao autor e a coletividade, o que é afronta ao fim precipuamente público da ação penal. Nesta perspectiva, não há interesse de agir se não existe pretensão adequada, ou seja, pedido idôneo a provocar a máquina do judiciário. Desta forma:

O interesse de agir está jungido à utilidade do provimento jurisdicional pleiteado. Destarte, se a prestação jurisdicional mostra-se, de antemão, inútil, exsurge daí o desaparecimento do interesse de agir, o que justifica o trancamento da ação penal em curso ou mesmo o não recebimento de denúncia oferecida. Em outras palavras: ausente o interesse de agir, inexistente pretensão digna de ser julgada. Para os defensores dessa corrente, se o Juiz constatar, no caso concreto, que à vista das circunstâncias do fato e das condições pessoais do réu – especialmente sua primariedade e bons antecedentes – a pena, no caso de condenação, seria atingida pela prescrição, pode reconhecer o desaparecimento do interesse de agir do Estado

¹⁷ Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015

¹⁸ Brasil, Decreto-lei, n 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 15 de março de 2020

¹⁹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020;

e, por consequência, declarar extinta a punibilidade do réu pelo reconhecimento antecipado da prescrição retroativa²⁰ (Palotti Junior, 1994, p. 304)

Sob outra ótica, ainda que aplicação do instituto não esteja peremptoriamente previsto na legislação vigente, o objetivo da justiça não é seguir paulatinamente e de forma inconsistente formalismos; é buscar por via lógica e perspicaz a melhor tutela possível, que garantirá as partes segurança jurídica e sua dignidade. A visão da lei como algo mecânico desvirtua razão de ser da mesma, seu objetivo é a pacificação social e reintegração social do acusado. O apego excessivo ao formalismo contribui para a morosidade da justiça, sobrecarrega a máquina estatal e dispende recursos em ações fadadas a extinção, sendo que estes poderiam ocupar-se a processos viáveis. Aprisionando o interprete da lei a uma visão positivista do processo, em detrimento a uma percepção humanística.

No que tange a esfera cível, o julgamento que entende pela prescrição penal, não configura título executivo judicial, visto que não analisa o mérito da causa, também não discute sobre a culpabilidade do réu e seu nexos causal com o resultado. Contudo, se for do interesse do ofendido uma indenização, nada obsta a propositura de ação cível, visto que o objetivo do entendimento da prescrição afasta somente a incidência da esfera penal e suas penas privativas de liberdade.

Por conseguinte, ao evitar a pena tardia, indivíduos que a princípio não tem uma personalidade deturpada, em termos legais, não serão apartados do convívio social, por pena relativa a fato que há muito ocorreu e não mais diz respeito às suas respectivas realidades. Afinal, o aprisionamento é medida de *ultima ratio* do Estado e só deverá ser aplicada para acautelar o seu fim de ressocialização e retribuição, elementos que se abdicam à pena tardia aplicada em virtude da mora estatal.

CONCLUSÃO

O principal objetivo da monopolização do *jus puniendi* pelo Estado é a garantia de uma pacificação social, que se exprime através da sanção penal, almejando a retribuição da conduta ilegal e a prevenção, afastando assim, a incidência de novos crimes. Não obstante, a pena não é a única forma de fazê-lo, o curso do tempo pode afastar as consequências do delito, diluindo o nexos delitivo do agente e esmaecendo o clamor social. Nesta perspectiva, a não reincidência é um forte indício do cumprimento dos objetivos da pena, sem que a mesma venha a ser aplicada.

Em contrapartida, o Estado-juiz, deve aplicar a punição enquanto essa se mostra necessária, afinal fazê-lo após exacerbado lapso temporal, quando as circunstâncias do caso concreto apontam para a pacificação social, nada mais seria que uma vingança estatal desproporcional. Nesta continuidade, se o processo não tramitou em tempo hábil, se mostra

²⁰ Palotti Junior, Osvaldo Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 83, v. 709, nov./1994

evidente o desinteresse de agir, isto posto, a aplicação de uma pena não se mostra necessária, útil, tampouco adequada para obtenção do apaziguamento social.

Ocorre, que o judiciário brasileiro se encontra acometido da seguinte problemática, a quantidade de litígios em trâmite é demasiadamente desproporcional ao número de servidores, ao tempo disponível, e aos recursos empregados. Neste cenário, o reconhecimento da prescrição baseada na pena virtualmente imposta se mostra alternativa viável a essa disfunção, visto que processos inócuos, que estão destinados a extinção da punibilidade, podem ser reconhecidos antecipadamente, evitando assim o dispêndio dos recursos, amenizando o receio das partes envolvidas no processo, e respeitando o princípio da tutela judicial em tempo hábil. Todavia, o instituto continuar por ser rechaçado nas instâncias superiores.

Sem embargo, os argumentos trazidos para afastar a incidência do instituto não merecem prosperar, o reconhecimento do instituto não traz prejuízos ao réu, nem mesmo afronta sua inocência visto que não há julgamento de mérito, apenas reconhecimento da mora estatal. No que tange ao teor de obrigatoriedade da ação, a mora demonstra o desinteresse de agir e, portanto, desnatura as elementares ação.

Já o argumento da inexistência de previsão legal configura um extremado apego ao formalismo o que contribui para a morosidade da justiça. Não subsistem dúvidas que certa burocracia, é intrínseca ao Direito e promove certa uniformização da prestação de tutelas. Contudo, quando a observância restrita da lei, esbarra no direito humano e na dignidade das pessoas envolvidas, uma ponderação se torna imperiosa. Neste caso, a balança deve pesar para solução que menos causará prejuízos e esta solução é o reconhecimento da prescrição virtual, afinal tocar um processo que já deveria estar extinto é um desserviço, escassos recursos são empregados para imperceptíveis efeitos, o que desprestigia atuação do judiciário e, mais importante, fere a dignidade da pessoa humana daqueles atrelados ao processo.

A insistência do STJ em repelir a prescrição virtual torna os processos que poderiam se beneficiar da mesma, uma verdadeira analogia ao mito de Sísifo; o mortal com eterno castigo de empurrar uma pedra para o alto da colina tártaro, para ver seu trabalho perdido ao fim do dia, visto que, a pedra retornava a sua origem ao alcançar o cume. Afinal, recursos humanos e materiais são empregados na prática forense, sem, no entanto, provirem qualquer resultado prático.

Uma persecução penal leviana traz o Estado caótico de Hobbes, mas uma persecução penal exacerbada, mais se assemelha a uma caça às bruxas.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR, Antônio Lopes, **Prescrição Penal**, 1 ed., São Paulo/SP: Editora Edipro, 2003.

BECCARIA, César (1738-1794). **Dos Delitos e das Penas**. Ed. eletrônica, ed. Ridendo Castigat Moraes. Acesso em 20/11/2019, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020.

BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm, acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL, **Decreto-lei, nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, Código Penal, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 15 de março de 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm, acesso em 30 de abril de 2020

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2014

CASTRO, Flávia Lages, **História do Direito, Geral e do Brasil**, 8ª ed., Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2003

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrine & Dinamarco, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 22ª ed., São Paulo/SP, Malheiros Editores LTDA, 2006.

ESTEFAM, André e Gonçalves, Victor Eduardo Rios, **Direito penal esquematizado: parte geral**, São Paulo/SP, Saraiva, 2012

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 37 ed., Petrópolis/RJ, Vozes, 1997.

GOETHE, Johann Wolfgang von (1749-1832). **Fausto**. Ed. eletrônica eBookBrasil 2003, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000011.pdf> Acesso em <20 de abril 2020>

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 17 ed. Rio de Janeiro/RJ, Impetus, 2015.

IHERING, Rudolf Von, 1818-1892, **A Luta pelo Direito**, São Paulo/SP Martin Claret.

JESUS, Damásio de, **Direito penal**, volume 1: parte geral. 32. ed. — São Paulo/SP: Saraiva, 2011

MANOEL, Rolim Campbell Penna. **Sobre a Possibilidade do Reconhecimento Antecipado da Prescrição Retroativa no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.ab.0.0.0/revs.nfo.ac.0.0.0/revs.nfo.b4.0.0.0?fn=document-frame-nosy%E2%80%A6> Acesso em <01 de novembro de 2019.

NADER Paulo, **Introdução ao estudo do direito**, 23 ed, Rio de Janeiro/RJ Forense, 2003.

PALOTTI Junior, **Oswaldo Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada**. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP, ano 83, v. 709, nov./1994

ROMÃO, César Eduardo Lavoura, **Prescrição Virtual: uma Realidade no Direito Penal Brasileiro (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio)**, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8743/1/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf>, Acesso em <13 de abril 2020>.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006.

WEFFORT, Francisco C., **Os clássicos da política**, 14ª.ed. São Paulo/SP, Ática, 2011,.

WOLKMET, Antônio Carlos, **Fundamentos de História de Direito**, 3^a. Ed., 2.tir. ver. e ampl.- Belo Horizonte/MG, Del Rey, 2006.

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