

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

PEDRO HENRIQUE SILVA E SOUZA

**PRESCRIÇÃO PENAL:** a admissibilidade da prescrição virtual sob a  
ótica da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores

Paracatu

2018

PEDRO HENRIQUE SILVA E SOUZA

**PRESCRIÇÃO PENAL:** a admissibilidade da prescrição virtual sob a ótica da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Me. Diogo Pereira Rosa

Paracatu

2018

PEDRO HENRIQUE SILVA E SOUZA

**PRESCRIÇÃO PENAL:** a admissibilidade da prescrição virtual sob a ótica da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Me. Diogo Pereira Rosa

Banca Examinadora:

Paracatu, 08 de julho de 2018.

---

Prof. Me. Diogo Pereira Rosa

---

Prof. Me. Rogério Mendes Fernandes

---

Prof. Esp. Sergio Batista Teixeira Filho  
Centro Universitário Atenas

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo retratar o que é a prescrição penal virtual, bem como o posicionamento da doutrina e dos tribunais superiores a respeito. Pois, em razão da ausência de previsão legal, o debate em torno do tema é extenso e existem divergências entre acadêmicos e entre aplicadores do direito. Desse modo, a presente monografia tem o intuito de informar os argumentos favoráveis e contrários quanto à aplicabilidade dessa modalidade de prescrição e demonstrar qual é o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** Prescrição penal. Prescrição virtual. Doutrina. Tribunais superiores.

## **ABSTRACT**

*This paper aims to portray what is the virtual criminal prescription, as well as the positioning of doctrine and higher courts regarding it. For, due to the lack of legal provisions, the debate on the subject is extensive and there are differences between academics and law enforcers. Thus, this monograph aims to inform the favorable and contrary arguments about the applicability of this prescription modality and demonstrate the current position of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court.*

**Keywords:** *Criminal prescription. Virtual prescription. Doctrine. Higher Courts.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	7
<b>1.1 PROBLEMA</b>	7
<b>1.2 OBJETIVOS</b>	7
<b>1.2.1 OBJETIVO GERAL</b>	8
<b>1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	8
<b>1.3 JUSTIFICATIVA</b>	8
<b>1.4 METODOLOGIA DO ESTUDO</b>	9
<b>2 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO</b>	10
<b>2.1 CONCEITO</b>	10
<b>2.2 FUNDAMENTOS</b>	10
<b>2.3 ANÁLISE HISTÓRICA</b>	12
<b>2.3.1 ORIGEM</b>	12
<b>2.3.2 PRESCRIÇÃO PENAL NO BRASIL</b>	12
<b>3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b>	14
<b>3.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ABSTRATA</b>	14
<b>3.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA</b>	15
<b>3.3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE</b>	15
<b>3.4 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL</b>	16
<b>3.5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA</b>	17
<b>3.6 PRAZOS PRESCRICIONAIS</b>	17

<b>4 ADMISSIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB A ÓTICA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES</b>	19
<b>4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS</b>	19
<b>4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS</b>	20
<b>4.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES</b>	20
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	22
<b>REFERÊNCIAS</b>	23

## 1 INTRODUÇÃO

Ocorrendo um fato delituoso, nasce para o Estado o *ius puniendi*. Tal direito não é interminável, e quando inerte durante certo espaço de tempo, o Estado perderá seu direito de punir, ocasionando a prescrição e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

Para justificar a existência da prescrição, além da inércia estatal, destaca-se a possível perda das provas e, principalmente, a tranquilidade do indivíduo, pois o erro praticado no passado não pode persegui-lo eternamente

É evidente que o direito acompanha o desenvolvimento da sociedade, adequando-se aos seus anseios e necessidades. Sendo assim, não é raro que a doutrina trate de assuntos até então silenciados pelo legislador.

Visando uma melhor gestão da justiça e garantia de celeridade à prestação jurisdicional, os órgãos do judiciário também buscam se adequar as mudanças sofridas pelo direito.

Dentro dessa concepção, o instituto da prescrição penal, para a doutrina, não mais atendia aos anseios da sociedade e eficiência da justiça. Dessa maneira, surge a discussão em torno da prescrição virtual. Em seguida, a própria jurisprudência passa a reconhecê-la.

Não obstante, a legislação não trata da prescrição virtual. Assim, não há consenso a respeito da sua aplicabilidade. Resta recorrer a doutrina e jurisprudência a fim de verificar a sua admissibilidade.

De acordo com o que foi dito, o presente estudo tem como proposta elevar o conhecimento acerca do instituto da prescrição penal, com destaque na modalidade da prescrição virtual, bem como verificar o posicionamento da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores acerca da admissibilidade da prescrição virtual.

Inicialmente, trataremos dos aspectos históricos e da evolução do instituto da prescrição penal. Após, em um segundo momento, aprofundaremos o estudo acerca da prescrição penal e suas modalidades, incluindo a virtual. Ao final, verificaremos o entendimento doutrinário sobre o assunto, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito da modalidade de prescrição virtual.

### 1.1 PROBLEMA

A prescrição virtual é admissível, segundo os tribunais superiores?

### 1.2 OBJETIVOS



### 1.2.1 OBJETIVO GERAL

Verificar se a prescrição virtual é admissível no processo penal brasileiro.

### 1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) pesquisar os aspectos históricos acerca do instituto da prescrição penal.
- b) verificar quais são as espécies de prescrição penal no processo penal brasileiro.
- c) constatar se a modalidade da prescrição virtual é admissível no processo penal de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores.

### 1.3 JUSTIFICATIVA

A legislação penal não tratou da prescrição virtual. Esta é uma criação doutrinária, da *práxis* forense, com aplicação constante, especialmente por juízes de primeira instância.

Segundo aqueles que defendem sua aplicabilidade, é um instrumento útil, pois em um judiciário abalrado de demandas, é um mecanismo capaz de promover celeridade e economia processual.

A contrário *sensu*, os juristas que rejeitam esta modalidade de prescrição entendem que deve-se haver regular instrução e sentença para, ao final, reconhecer a extinção da punibilidade, conforme a pena aplicada ao caso. Há ainda o argumento de que o reconhecimento da prescrição com base em pena hipotética fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que o magistrado, ao reconhece-la, o faz com base em pena ainda não aplicada. Dessa forma, ao aplica-la, o juiz consideraria o réu prematuramente culpado.

Como dito acima, existe o entendimento de que a aplicação da prescrição com base em pena hipotética consiste em um prejulgamento do réu. No entanto, os efeitos de um processo demasiadamente longo podem ser muito mais perniciosos. Ademais, nosso sistema processual determina a extinção do processo, sem análise do mérito, sempre que houver uma causa extintiva da punibilidade.

Assim, que pese a divergência doutrinária e a falta de amparo legal, a prescrição virtual é capaz de afastar do judiciário processos inúteis, cujo resultado final é sabido.

Este trabalho, com amparo na pesquisa doutrinária e jurisprudencial, apresentará os argumentos prós e contras à aplicação da prescrição virtual, bem como o entendimento dos tribunais

superiores a respeito do instituto. Será relevante ao auxiliar na aplicação e estudo da lei penal, pois, apesar da revelia do legislador, esta modalidade de prescrição é uma evolução do direito, com importância processual e social.

#### **1.4 METODOLOGIA DO ESTUDO**

A elaboração do presente trabalho dar-se-á através de pesquisas mediante fontes bibliográficas, tais como livros, artigos e sítios de internet na esfera do tema escolhido, além de pesquisas sobre as opiniões e pareceres de doutrinadores, jurisprudências, bem como informações advindas de revistas jurídicas.

Gil (2002, p.44) diz que “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. As pesquisas sobre ideologias, bem como aquelas que se propõem a análise das diversas posições acerca de um problema, também costumam ser desenvolvidas quase exclusivamente mediante fontes bibliográficas”.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO

### 2.1 CONCEITO

A prescrição penal é a situação em que o Estado perde o direito de punir em razão do decorrer do tempo. Dessa forma, em razão da incapacidade de exercer o direito de punir no prazo estabelecido em lei, ocorrerá a extinção da punibilidade (GRECO, 2015).

O *ius puniendi* surge com a conduta criminosa. A partir desse momento, o Estado estará legitimado a exercer o direito de punir o infrator. Para evitar a eternização desse direito, existe o instituto da prescrição penal, cujo dever é limitar o exercício do poder de punir (BITENCOURT, 2015).

Segundo Nucci (2014, p. 558), “não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social”.

O instituto da prescrição tem o poder de impedir a ação penal, o seu desenvolvimento e a própria execução da pena, de maneira que se desdobra em prescrição da pretensão punitiva e executória. Assim, verifica-se que a finalidade não é apenas obstar o direito de ação (VAZ, 2008).

### 2.2 FUNDAMENTOS

O instituto da prescrição penal, como visto, visa impedir que o direito de punir seja eterno.

Um dos fundamentos é o princípio da *segurança jurídica*, cuja finalidade é garantir o caráter preventivo da pena, evitando que o indivíduo fique para sempre à mercê do Estado (VAZ, 2008).

Outrossim, como fundamentos para a existência do instituto têm-se o *decurso do tempo*, a *correção do condenado* e a *negligência da autoridade* (GRECO, 2015).

Além disso, acrescenta-se que *o Estado deve arcar com sua inércia* e que *o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório* (BITENCOURT, 2015).

Completando os fundamentos da prescrição penal, são citadas, ainda, cinco teorias: *teoria do esquecimento*, *teoria da expiação moral*, *teoria da emenda do delinquente*, *teoria da dispersão das provas* e *teoria psicológica* (NUCCI, 2014).

De acordo com a *teoria do esquecimento*, o decurso do tempo apaga o crime da memória da sociedade, perdendo, com o isso, o clamor e a necessidade de punição (NUCCI, 2014). Para Hahnemann (2011, p.46), essa é a teoria mais difundida na tentativa de explicar a prescrição penal, pois ensina que:

passados alguns anos do delito, a repercussão negativa do fato esvair-se-ia, perdendo-se em meio a sucessões de outros fatos tão ou mais relevantes na dinâmica social. O crime é cometido, as pessoas se chocam, a mídia dedica alguns minutos nos telejornais diários ou meios de comunicação impressos ao acaso (às vezes cadernos inteiros, a depender do prestígio da vítima ou do acusado) até que, em doses homeopáticas, os comentários vão se escasseando a ponto de, meses após o ocorrido, se eventualmente voltar à tona a cobertura jornalística, necessária a elaboração de *suítes* cada vez maiores, a fim de reavivar na mente da população os detalhes da empreitada delituosa. A vida segue e a pretensão do Estado em continuar ou mesmo executar a persecução penal quando não mais remanesceriam lembranças da prática criminosa adquiriria contornos de vingança privada, puro diletantismo, com a perspectiva negativa de revitalizar um episódio que os próprios cidadãos preferem olvidar.

Com relação a *teoria da expiação moral*, a prescrição tem o escopo de evitar que o indivíduo conviva com a expectativa de ser punido a qualquer tempo (NUCCI, 2014). O criminoso não deve ser para sempre submetido à vontade punitiva do Estado. Se este não exerce, no devido tempo, o direito de punir, apenas ele deverá sofrer as consequências de sua inércia (BITENCOURT, 2015).

No que tange à *teoria da emenda do delinquente*, o decurso do tempo seria capaz de mudar o comportamento do indivíduo, havendo uma presunção de recuperação, tornando-se desnecessária a punição (NUCCI, 2014). A punição perderá seu caráter recreativo se, após a prática criminosa, o criminoso apresentar bom comportamento em sociedade e não reincidir, pois demonstrará estar recuperado (ROMÃO, 2009). Ao comentar essa teoria, Trippo (2004, p. 48) aduz que:

para esta teoria, deveria ser dado com reabilitado o delinquente que não cometesse outra infração antes de ser condenado ou de iniciar o cumprimento da pena. Durante esse prazo, o Estado teria, involuntariamente, feito uma experiência com o criminoso, que resultou positiva, pois o réu teria demonstrado que se ajustou ao ambiente social, de modo que o cárcere lhe seria medida inútil.

Ainda sobre a teoria da emenda do delinquente, leva-se em conta a situação carcerária no país, em que as condições são precárias. Prender o criminoso, não é garantia de regeneração, uma vez que o sistema não é capaz de oferecer condições de reenquadramento social, tais como ensino e trabalho. Dessa forma, encarcerar o indivíduo que presume-se recuperado pelo tempo pode ter efeito contrário, visto que na realidade o cárcere propicia a reiteração criminosa (HAHNEMANN, 2011).

Existe, ainda, a questão probatória. O lapso temporal é capaz de tornar débeis as provas até então colhidas, dando origem à *teoria da dispersão das provas*. O passar do tempo pode desacreditá-las, afastando-se da verdade real, essencial no processo penal brasileiro (ROMÃO, 2009). Para Hahnemann (2011, p. 56), “o decurso do tempo esconde vestígios, enfraquece a memória das testemunhas ainda vivas, compromete a robustez da perícia”. Destarte, as chances de um julgamento errado serão evidentes (NUCCI, 2014).

Por fim, no que tange aos fundamentos da prescrição, existe a *teoria psicológica*. Para Nucci (2014, p. 559), com o decurso do tempo, “o criminoso altera o seu modo de pensar, tornando-

se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena”. Segundo a teoria, o tempo transformaria o indivíduo de tal maneira que quebraria o nexo de causalidade com o crime, de modo que eventual punição recairia sobre alguém cuja personalidade foi completamente modificada pelo tempo (HAHNEMANN, 2011).

## **2.3 ANÁLISE HISTÓRICA**

### **2.3.1 ORIGEM**

O marco da prescrição penal é *Lex Julia de Adulteriis*, de 18 a.c. (BITENCOURT, 2015).

Segundo essa lei, prescrevia em 5 (cinco) anos o direito de ação nos crimes de estupro, lenocínio e adultério. Com relação à ação privada, o prazo prescricional era de 1 (um) ano. Posteriormente, o prazo passou para 20 (vinte) anos e alcançou todos os crimes (HAHNEMANN, 2011).

Os fundamentos para a prescrição, além da piedade e complacência, eram o descuido e a morosidade dos órgãos encarregados de acusar (HAHNEMANN, 2011).

Com a evolução do instituto no direito romano, a prescrição sofreu alterações também na Idade Média, ocasionando reduções nos prazos prescricionais. Na Alemanha, a prescrição penal somente foi reconhecida nos séculos XVI e XVII (HAHNEMANN, 2011).

Até esse momento, havia o reconhecimento apenas da prescrição da pretensão punitiva. O marco da prescrição executória foi o direito francês, com o Código Penal Francês de 1791, cujo prazo era de 20 (vinte) anos para a execução da pena (ROMÃO, 2009).

### **2.3.2 PRESCRIÇÃO PENAL NO BRASIL**

O Código Criminal de 1830 adotava a imprescritibilidade de todos os crimes. O artigo 65 dizia que as penas impostas aos réus não prescreveriam em tempo algum. Dessa forma, conclui-se que o crime poderia prescrever, mas apenas a condenação seria imprescritível. (HAHNEMANN, 2011).

Com a Proclamação da República, adveio o Código Republicano de 1890, trazendo em seu artigo 71 a prescrição como causa de extinção da ação. Em 1923, o Decreto nº 4.780 estabeleceu que a prescrição seria calculada com base na pena máxima cominada ao crime (ROMÃO, 2009, pp. 34-35). A prescrição da ação e da condenação constavam, respectivamente, nos artigos 78 e 80 do referido diploma (HAHNEMANN, 2011).

Em seguida, foi elaborada a Consolidação das Leis Penais, de 1932, porém o diploma não inovou a respeito da prescrição penal (ROMÃO, 2009).

Por fim, o Código Penal de 1940, atualmente em vigor. Esse código acompanhou a legislação de 1890, consagrando a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Com a reforma de 1984, pela Lei nº 7.209, as penas acessórias passaram a prescrever, uma vez que até então imprescritíveis, e as penas restritivas de direitos prescreveriam no mesmo prazo que as privativas de liberdade (HAHNEMANN, 2011).

Registra-se, ainda, que esse diploma foi o responsável por adotar a prescrição punitiva retroativa (BITENCOURT, 2015).

### 3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Existem duas espécies de prescrição previstas na legislação penal, são elas: prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória (GRECO, 2015).

A primeira consiste no direito que tem o Estado, após a prática criminosa, de processar e julgar o indivíduo, por meio da ação penal. Já a segunda refere-se ao direito de executar a sanção imposta ao condenado, após todo o trâmite processual e trânsito em julgado da sentença condenatória (ROMÃO, 2009).

Quanto ao cálculo da prescrição penal, tem-se as seguintes classificações: prescrição da pena em abstrato e prescrição da pena em concreto. A primeira considera a pena máxima cominada ao delito, sendo considerada até o momento em que o Estado possui uma pena em concreto, com trânsito em julgado para a acusação. A segunda, por sua vez, leva em conta a pena fixada na sentença, com o trânsito em julgado para a acusação (NUCCI, 2014)

Para a fixação do prazo prescricional, em ambas as modalidades de prescrição, a legislação penal considerou a tabela do artigo 109, do Código Penal:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

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

Quanto aos efeitos de cada espécie, importante registrar que, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, será como se o crime jamais tivesse ocorrido, uma vez que o indivíduo não sofrerá nenhuma repercussão, seja penal ou extrapenal. Por outro lado, reconhecida a prescrição da pretensão executória, extingue-se apenas a pena do condenado, mantendo-se os efeitos secundários, como a reincidência, e os extrapenais (VAZ, 2008).

Relativamente à prescrição da pretensão punitiva, esta subdivide-se em: prescrição abstrata, prescrição retroativa e prescrição intercorrente. Há ainda uma modalidade criada pela doutrina denominada prescrição virtual. A seguir, veremos as especificidades de cada uma.

#### 3.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ABSTRATA

Como já foi dito, a prescrição da pretensão punitiva abstrata considera a pena máxima cominada ao delito, e é levada em conta até o momento em que for proferida uma sentença condenatória, com trânsito em julgado para a condenação (VAZ, 2008).

Dessa forma, imagine-se, por exemplo, que tenha ocorrido um homicídio simples, cuja pena é de 6 a 20 anos (artigo 121, *caput*, do Código Penal). Para saber o prazo prescricional, levar-se-á em conta a pena máxima, ou seja, 20 anos, e observando-se o artigo 109, do Código Penal, verifica-se que prescreverá em 20 anos, por ser a pena superior a 12 anos.

Esta modalidade será aplicada até o momento em que for proferida a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação. Após a sentença, o prazo será contado de acordo com a pena aplicada (ROMÃO, 2009).

### **3.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA**

Trata-se da modalidade de prescrição cujo cálculo será feito com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para a acusação, contada a partir do recebimento da denúncia, até a data de publicação da sentença ou acórdão (GRECO, 2015). Resulta da previsão do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

A título de raciocínio, imagine-se que no exemplo anterior, o indivíduo acusado de homicídio tenha sido julgado e condenado a pena mínima de 6 anos, e que a acusação não tenha recorrido. O cálculo do prazo levará em conta a pena aplicada. Dessa forma, analisando o artigo 109, do Código Penal, verifica-se que a prescrição será de 12 anos.

A denominação justifica-se por alcançar períodos anteriores à sentença, por isso não há que se confundir com a prescrição intercorrente, que considera apenas períodos posteriores (HAHNEMANN, 2011).

### **3.3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE**

Trata-se da prescrição contada a partir do trânsito em julgado para a condenação, ou do não provimento do seu recurso, levando-se em conta a pena concreta (GRECO, 2015).

No caso do trânsito em julgado para a condenação, justifica-se a prescrição intercorrente em razão do conformismo da acusação. Assim, ainda que o réu recorra, a pena não será superior àquela já aplicada, uma vez que é vedada a *reformatio in pejus* (FERREIRA, 2013).

No que tange ao não provimento do recurso da acusação, ensina Ferreira (2013, p. 195) que:



a acusação recorreu buscando a majoração da pena sem alcançar sucesso. Valerá para cálculo da prescrição a pena aplicada em primeira instância sendo necessário ainda observar se o prazo entre a sentença de primeiro grau e o acórdão superior não extrapola o limite prescricional. Imperioso afirmar que ainda que seja dado provimento à apelação da acusação, majorando-se a pena, não se alterará o prazo prescricional se o aumento da pena não for suficiente para alterá-lo.

Para melhor esclarecimento, imagine-se que o réu tenha sido condenado em 4 anos por um crime, em janeiro de 2010. A acusação, conformada com a sentença, não recorreu. A defesa, por sua vez, recorreu à instância superior. Ocorre que em abril de 2018 ainda não teve o julgamento do seu recurso. Logo, da leitura do artigo 109, do Código Penal, extrai-se que deve ser reconhecida a prescrição, pois transcorreu prazo superior a 8 anos.

### 3.4 PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Trata-se de uma criação doutrinária decorrente de uma interpretação extensiva acerca da prescrição da pretensão punitiva (HAHNEMANN, 2011).

Para Baltazar (2003, p. 107), é o:

reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade.

A finalidade é afastar do Judiciário processos cujo final já é conhecido. Levando-se em conta os fatos e as condições pessoais do réu, verifica-se que uma eventual sentença fixará a pena em um patamar em que se poderá aferir a prescrição (ROMÃO, 2009).

Para melhor ilustrar, veja-se o exemplo dado por Greco (2015, p. 834):

Imagine-se a hipótese em que o agente tenha sido processado pela prática de um delito de lesão corporal de natureza leve, cuja pena varia de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção. Vamos deixar de lado o fato de que, normalmente, esse delito é julgado pelo Juizado Especial Criminal. Suponhamos que o fato tenha ocorrido em 1º de junho de 2010. A denúncia foi recebida no dia 30 de agosto de 2010. No entanto, decorridos mais de 3 anos após o recebimento da denúncia, a instrução do processo ainda não foi encerrada. O juiz, a título de raciocínio, durante a correição, que é realizada anualmente, se depara com esse processo, e percebe, através de uma análise antecipada de todo o conjunto probatório, que, se o réu vier a ser condenado, jamais receberá a pena máxima prevista pelo art. 129, *caput*, do Código Penal, ou seja, sua pena, em caso de condenação será inferior a 1 (um) ano.

Conforme a nova redação dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ao inciso VI, do art. 109 do Código Penal, a prescrição ocorrerá em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Assim, de acordo com o nosso exemplo, no momento em que o juiz se depara com aquele processo, durante o procedimento de correição, destinado a aferir a regularidade dos feitos que estão em tramitação, verifica-se que já se passaram mais de 3 (três) anos e que a pena, em caso de condenação, será inferior a 1 (um) ano. Isso significa que, se o réu for condenado, fatalmente deverá ser reconhecida a chamada prescrição retroativa, contada a partir do recebimento da denúncia, até publicação da sentença condenatória recorrível.

Dessa forma, perguntamos: Por que levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? Aqui, segundo nosso raciocínio, o julgador deverá extinguir o processo, sem julgamento de mérito [...].

### **3.5 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

Nesta modalidade de prescrição, regulada pelo artigo 110, do Código Penal, a decisão já se tornou definitiva, pois ocorreu o trânsito em julgado para as partes. Assim sendo, a pena concreta se tornou imutável, e servirá de parâmetro para que o Estado execute a decisão condenatória (FERREIRA, 2013).

O lapso temporal ocorrerá entre o trânsito em julgado para a acusação e o início do cumprimento da pena ou reincidência do condenado (NUCCI, 2014).

Para elucidar melhor, imagine-se que o réu foi condenado, em 2012, a pena de 2 anos, com trânsito em julgado para as partes no mesmo ano. Registra-se que após a condenação ele não cometeu outro crime. Em janeiro de 2018, apenas, foi encontrado e levado à penitenciária para iniciar o cumprimento da pena. Considerando que decorreu mais de 4 anos entre o trânsito em julgado e o início do cumprimento de pena, de acordo com artigo 109, do Código Penal, deve-se reconhecer a prescrição da pretensão executória e extinta a pena do indivíduo.

### **3.6 PRAZOS PRESCRICIONAIS**

Os prazos prescricionais são reduzidos pela metade sempre que o réu, ao tempo do crime, era menor de 21 anos ou, na data da sentença, maior de 70, de acordo com o artigo 115 do CP.

Às penas restritivas de direito aplicam-se os mesmos prazos previstos para as penas privativas de liberdade (artigo 109, p. único, do CP).

Consoante o artigo 114, do CP, a pena de multa prescreverá em 2 anos quando for a única aplicada, e no mesmo prazo da pena privativa de liberdade quando aplicada alternativamente.

No que tange ao início do prazo, o Código penal preceitua no artigo 111 que, antes do trânsito em julgado, começará a correr:

- a) do dia em que o crime se consumou;
- b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- d) nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;

e) nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, da data em que a vítima completar 18 anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Com relação à prescrição após a sentença condenatória irrecorrível, diz o artigo 112 do CP que começa a correr:

a) do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

## **4 ADMISSIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB A ÓTICA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

### **4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS**

Um dos principais argumentos a favor da prescrição virtual é a economia processual. Acredita-se, os defensores, que a quantidade de processos reduzirá e proporcionará uma redução de custos, além de garantir prestígio ao Judiciário, que otimizará recursos em prol de demandas mais importantes (HAHNEAMANN, 2011).

Inclui-se também a falta de interesse de agir e justa causa. Nesse sentido, o processo considerado natimorto, ou seja, aquele em que a pena certamente não será efetivada, em razão da prescrição, deverá ser extinto sem julgamento de mérito, por falta de condição da ação. Dessa forma, em razão da inutilidade da ação, não haverá interesse de agir (SOUZA, 2015).

A razoável duração do processo é outro fundamento para a prescrição virtual. Sabendo-se que o processo não terá finalidade, pois ao final será reconhecida a prescrição, não há justificativa para sua continuidade. Sabe-se que o Judiciário brasileiro sofre com o tumulto de demandas e é conhecido pela morosidade. Sendo assim, é mais vantajoso para o réu ter o processo extinto e ver-se livre de todo o trabalho processual e estigma por ele causado (SOUZA, 2015).

Mattioni (2011, p. 128) defende a aplicação da prescrição virtual sob o argumento de “[...] adiantar a futura decretação da prescrição por outra forma, economizando o esforço judiciário para feitos a partir dos quais podem surgir penas que podem mesmo ser executadas”.

Para Ferreira (2013), um processo sem utilidade afronta os princípios da economia e celeridade processual, caracterizando, ainda, constrangimento ilegal por carecer de justa causa. Nesse sentido, salienta que esse constrangimento causado ao réu vai de encontro, inclusive, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em virtude da ausência de interesse-utilidade, Romão (2009, p. 140) aduz que:

se o representante do Ministério Público verificar que o processo não conseguirá atingir sua finalidade e que não terá utilidade alguma, deverá requerer o arquivamento do feito e deixar de oferecer a denúncia. Porém, se a denúncia for oferecida caberá ao magistrado rejeitá-la diante da ausência de condição para a ação, em espécie, o interesse de agir, nos termos do artigo 395, do Código de Processo Penal [...].

Vaz (2008) se posiciona favoravelmente ao instituto. Para o autor, apesar da ausência de amparo legal, a prescrição virtual encontra fundamentos no conceito de jurisdição útil e nos princípios do devido processo legal, da efetividade da jurisdição, da instrumentalidade e razoabilidade do processo. Defende que prosseguir um processo fadado ao fracasso ocasiona prejuízo ao réu e dispêndio desnecessário por parte do Judiciário.

## 4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Para Hahnemann (2011), o reconhecimento da prescrição virtual configura uma supressão de instância. O magistrado, ao reconhecê-la, ignora os pressupostos básicos do instituto – a existência de uma sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou o não provimento de seu recurso. Questiona se a busca por um processo célere não acaba por desprestigiar garantias dos cidadãos, uma vez que causa a supressão de etapas do processo. Refuta, ainda, o argumento de que não há interesse de agir por parte do Estado:

não haveria que se falar, ainda, em desinteresse estatal porque, se assim o quisesse, o faria por meio do adequado procedimento legislativo no sentido de ampliar a incidência da prescrição retroativa, e não o contrário, enxugando-a, como provam as modificações efetuadas pela lei nº 12.234/10 (HAHNEMANN, 2011, p. 126).

Defende-se também que o reconhecimento da prescrição virtual vai de encontro à garantia constitucional do devido processo legal. Ao imaginar a provável pena do réu, o magistrado acabaria por reconhecer sua culpa, o que causaria prejuízo àquele, que teria violado o direito a uma sentença de mérito. Outrossim, haveria, inclusive, violação à presunção de inocência em razão do pré-julgamento realizado para se reconhecer a prescrição (SOUZA, 2015).

Por fim, como argumento mais utilizado pela doutrina e jurisprudência para não reconhecer a prescrição virtual, está a falta de previsão legal (ROMÃO, 2009).

## 4.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como dito nos capítulos anteriores, a prescrição virtual é uma criação doutrinária e jurisprudencial. Sabe-se, também, que esta modalidade de prescrição carece de previsão legal. No entanto, isso não foi o bastante para impedir a aplicação por parte de juízes de primeira e tribunais de segunda instância. Consequentemente, a matéria chegou à discussão nos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

O STJ, em 2008, no julgamento do *Habeas Corpus* 115076 RN 2008/0198229-7, decidiu pela inadmissibilidade da prescrição virtual em razão da falta de previsão legal:

Conforme entendimento há muito pacificado nesta Corte Superior, na falta de previsão legal, não se há falar em prescrição em perspectiva da pretensão punitiva do Estado. 7. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial (STJ - HC: 115076 RN 2008/0198229-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 11/11/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: -- > DJe 19/12/2008)

Anteriormente, o STJ já havia decidido no mesmo sentido:

Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processualpenal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Recurso ordinário desprovido. (STJ - RHC: 21995 SP 2007/0210966-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 16/10/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/11/2007 p. 240)

Pela rejeição da prescrição virtual, o STJ sempre teve por fundamento a ausência de previsão legal. Precedente:

1. STJ - REsp: 815516 RS 2006/0019754-5, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 18/04/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/05/2006 p. 294 (dentre outros).

A fim de solidificar o entendimento, o STJ editou a Súmula n° 438 – 13/05/2010, com o seguinte teor: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

O STF, na mesma linha do STJ, afastou a aplicação da prescrição virtual em razão da falta de previsão legal:

Firmou-se no Supremo Tribunal jurisprudência contrária à aplicação da prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva. Confira-se, entre outros, o Recurso em Habeas Corpus n. 86.950, Relator o Ministro Joaquim Barbosa: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO. A tese dos autos já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja orientação é no sentido de refutar o instituto ante a falta de previsão legal. Precedentes” (DJ 10.8.2006). E, ainda, RHC 94.757, de minha relatoria, DJe 31.10.2008.10. Ademais, inexistente, na espécie vertente, iminência de constrangimento à liberdade de locomoção da Impetrante/Paciente.11. Assim, em exame preliminar, não há elementos que demonstrem o bom direito legalmente estatuído como fundamento para o deferimento da medida pleiteada, razão jurídica pela qual indefiro a liminar.12. Suficiente a instrução do pedido, vista ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 27 de outubro de 2010. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (STF – HC: 105754 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento : 27/10/2010, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 05/11/2010 PUBLIC 08/11/2010)

Como precedentes em que foi rejeitada a prescrição virtual, tem-se, entre outros:

1. STF – RHC: 123708 DF – DISTRITO FEDERAL 9997366-78.2014.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data do Julgamento: 16/03/2015, Data de Publicação: DJe – 053 19/03/2015;
2. STF – HC: 102439 MT, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data do Julgamento: 11/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe - 028 DIVULG 08/02/2013 PUBLIC 13/02/2013.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da prescrição penal limita o poder do Estado com o objetivo de dar segurança ao indivíduo, possibilitando que o fato criminoso seja levado ao esquecimento.

Pode-se também considerar que o poder de ação e execução do Estado não deve ser eterno, e nesse aspecto, o direito de punir deve ser exercido nos termos da lei. Assim, se o Estado não exercê-lo em tempo oportuno, perderá o direito.

A fim de melhor garantir os direitos do réu e otimizar o processo penal, diminuindo a morosidade do Judiciário, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram uma nova modalidade de prescrição penal: a prescrição virtual (ver seção 3.4). Contudo, sua admissibilidade nunca foi unânime, posto que não há previsão legal.

A doutrina favorável defende que a prescrição virtual, apesar de não prevista em lei, possui amparo nos princípios do direito. Desse modo, os principais fundamentos para a aplicação dessa modalidade prescricional são a economia processual e a razoável duração do processo.

Por outro lado, a doutrina contrária à aplicação da prescrição virtual tem como principal fundamento a ausência de previsão legal.

Acontece que o tema, apesar de divergente, sempre esteve presente no cotidiano forense, uma vez que juízes de primeira instância principalmente, com o objetivo de agilizar as demandas, começaram a reconhecer a prescrição virtual e extinguir processos com esse fundamento.

Logo, a matéria subiu de instância em sede recursal, e alcançou o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. O primeiro, desde o início, sempre foi contrário a admissibilidade da prescrição virtual, sob o argumento de não haver prescrição legal. Para pacificar a discussão, editou a Súmula nº 438, que vedou a aplicação dessa modalidade prescricional (ver seção 4.3). O segundo seguiu os passos do primeiro e firmou jurisprudência contrária a aplicação da prescrição virtual, também sob o fundamento de não haver previsão legal (ver seção 4.3).

Percebe-se que a principal razão de existir da prescrição virtual é agilizar os processos, diminuir demandas e afastar a imagem de um Judiciário moroso. Dessa forma, coloca-se a celeridade processual em patamar mais elevado que os demais princípios do direito.

Apesar de justificável a luta por uma justiça mais célere, não parece razoável reconhecer algo que não possui amparo legal. Como defende Hahnemann (2011), a busca por celeridade não pode desprezar direitos e garantias dos indivíduos nem suprimir etapas do processo (ver seção 4.2).

Por fim, analisando a jurisprudência dos tribunais superiores, chega-se à conclusão de que ambos os tribunais - Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal - não reconhecem a aplicabilidade da prescrição virtual, sob o argumento de não haver previsão legal acerca dessa espécie prescricional.

## REFERÊNCIAS

- BALTAZAR, Antônio Lopes. **Prescrição Penal**. Bauru-SP: Edipro, 2003
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2018.
- DADAM, Gregory Vinicius; COLLI, Maciel. **Uma breve análise sobre a possibilidade de reconhecimento e aplicabilidade da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro**. Unoesc e Ciência – ACSA, Joaçaba, v.1, n. 2, p. 185 – 194, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/view/592>>. Acesso em: 21 mar. 2018.
- FERREIRA, Alexandre Soares. **Prescrição penal antecipada**. Disponível em: <<http://www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx?codigo=295>>. 2013. Acesso em: 1 mai. 2018.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, vol. 1, 17. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho. **Prescrição Virtual**: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais. 2011. 140 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.
- MATTIONI, Daniel. **A prescrição virtual no processo penal e a Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/608/338>>. Acesso em: 02 mai. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição Virtual**: uma realidade no direito penal brasileiro. 2009. 170 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- SATUDI, Hector Keiti. **Prescrição penal antecipada**: impropriedade terminológica e possibilidade de aplicação. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/1728/1111>>. Acesso em: 1 mai. 2018
- SOUZA, Inayara Cabral de. Punibilidade Concreta e Política Judiciária: a prescrição de pretensão punitiva antecipada e a gestão da justiça. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p.135 – 162, 2015. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/125/104>>. Acesso em: 21 nov. 2017.
- STJ. *Habeas Corpus*: 115076. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 11/11/2008. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2259392/habeas-corpus-hc-115076-rn-2008-0198229-7>>. Acesso em: 28 mai. 2018.



STJ. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*: 21995. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 12/11/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19195080/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-21995-sp-2007-0210966-5-stj/relatorio-e-voto-19195082>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

STF. *Habeas Corpus*: 105754. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 27/10/2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17051795/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-105754-pr-stf>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

STF. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*: 123708. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 16/03/2015. **Stf.jus**, 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192091&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

STJ. Recurso Especial: 815516. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ: 18/04/2006. **JusBrasil**, 2006. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161745/recurso-especial-resp-815516-rs-2006-0019754-5/inteiro-teor-12883780?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

STF. *Habeas Corpus*: 102439. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 11/12/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508467/habeas-corpus-hc-102439-mt-stf/inteiro-teor-111733025>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição**: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito. 165 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.