

# A PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

## THE VIRTUAL LIMITATION DEMOCRATIC STATE AND PRESUMPTION OF NO CULPABILITY PRINCIPLE

INGRID PAULA GONZAGA E CASTRO 1

LARISSA FALEIRO SOUSA 2

**RESUMO:** A abundante quantidade de ações em tramitação sem que possa ser visualizada uma resposta breve constitui um dado alarmante à sociedade que vê um empecilho em exercer o seu direito de ação. No presente artigo discute-se sobre a aplicabilidade da prescrição virtual no Estado Democrático. Para tanto, serão apresentados alguns conceitos de prescrição virtual e explorada a origem desse instituto. Somado a isso, alguns obstáculos à sua utilização prática serão apresentados, já que o tema provoca celeuma no cenário jurídico atual, entre esses óbices são examinados alguns princípios constitucionais, dentre os quais: o princípio da não culpabilidade, devido processo legal e economia processual. Deste modo, o escopo deste artigo é o aprofundamento do estudo de uma modalidade de extinção de punibilidade que padece de positivação e merece ser vista com cautela, já que a prescrição virtual pode extirpar das prateleiras ações que dado o grande lapso temporal não importarão em nenhuma consequência jurídica. O estudo será ampliado mediante a apreciação dos posicionamentos dos tribunais superiores no que se refere à aplicação da prescrição em comento. Por meio deste estudo verifica-se que a prescrição virtual pode ser utilizada para impedir que processos infrutíferos continuem tramitando inutilmente e consequentemente onerando o Estado.

**Palavras-chave:** Estado Democrático; Prescrição virtual; Princípios constitucionais; Tribunais superiores.

**ABSTRACT:** The abundant amount of shares being processed without a brief response can be displayed is an alarming society that sees an obstacle to exercise their right of action. In this article we discuss the applicability of virtual prescription in a democratic state. For this, we present some virtual prescription concepts and explored the origin of this institute. Added to this, some obstacles to practical use will be presented as the theme causes a stir in the current legal scenario, between these obstacles examines some constitutional principles, among them: the principle of no guilt, because legal and procedural economy process. Thus, the scope of this article is to study the deepening of criminality extinguishing mode that suffers from positivation and should be viewed with caution, since the virtual prescription can extirpate the shelves actions that given the large time gap will not matter in any legal consequence. The study will be expanded by assessing the positions of the Superior Courts in relation to its application of the limitation period under discussion. Through this study it appears that the virtual prescription may be used to prevent fruitless processes continue being processed and thus unnecessarily burdening the state.

**Keywords:** Democratic State; Virtual prescription; Constitutional principles; Superior court.

---

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Professora da Especialização em Direito na Faculdade de Montes Belos/Goias (FMB-GO). Professora de Mediação e Conciliação Judicial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E-mail: ipgcastro@tjgo.jus.br

2 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Goiás (Uni-Anhanguera). Mediadora Judicial. E-mail: larissafaleirosousa@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o sistema judiciário brasileiro tem chamado a atenção dos cidadãos no que se refere à sua morosidade em conceder a prestação jurisdicional. Em meio a essa situação, métodos alternativos de solução de conflitos bem como mecanismos que atenuem a espera pela efetiva proteção e prestação do direito estão em destaque e constituem, principalmente, um objetivo dos órgãos estatais.

Sob esse prisma, será tratado acerca da prescrição virtual sob o enfoque da problemática que envolve sua aplicabilidade no Poder Judiciário brasileiro. Isso porque, os tribunais superiores são contrários ao seu emprego sob o argumento de que configuraria violação ao princípio da presunção da não culpabilidade. De outra sorte, há aqueles que defendem sua aplicabilidade sob o prisma do princípio da economia processual que decorre do devido processo legal.

Deste modo, o objetivo do presente estudo foi analisar a viabilidade da prescrição virtual em um cenário jurídico abarrotado de mecanismos burocratizados, e sobretudo, refém de leis obsoletas, a fim de que possa ao final, verificar se quando da sua aplicação possa existir violação ao princípio da presunção da não culpabilidade ou devido processo legal. Além disso, dado a importância e hierarquia dos tribunais superiores o tema foi estudado à luz do entendimento destes órgãos.

A escolha do tema reside na importância de se aplicar o princípio da celeridade e economia processual ao processo penal, com o fito de se evitar o trâmite de processos fadados ao insucesso, tendo em vista que a demora na prestação jurisdicional, além de causar onerosidade ao Estado, é prejudicial ao réu que sofre os dissabores de uma tramitação processual que fora por vezes desnecessária.

Nesse diapasão, a prescrição penal constitui causa de extinção de punibilidade prevista no artigo 107, V do Código Penal. Assim, existem quatro modalidades deste instituto quais sejam: em abstrato; superveniente ou intercorrente; retroativa e virtual.

Importante destacar que prescrição virtual constitui criação doutrinária e jurisprudencial, portanto, não está positivada. Teve seu surgimento nos Tribunais de Alçada de São Paulo e desde então não foi bem recepcionada por diversos juristas e tribunais, sob o argumento de que a sua aplicação ofende vários princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo penal.

Assim, este artigo se reserva a explorar com mais cautela uma forma de extinção de punibilidade que padece de positivação. O crescente aumento de demandas no Judiciário tem contribuído para que processos fiquem parados por anos, sem qualquer diligência. Essa inércia é temerária já que provoca insegurança aos cidadãos que convivem com a impunidade, bem como ao réu que sofre os dissabores de um processo que já deveria ter sido arquivado.

Neste ínterim, a prescrição virtual pode solucionar expressivamente o problema da morosidade na concessão da prestação jurisdicional. Essa espécie de prescrição, como se verá adiante, não fomenta a “política da impunidade”, de outro modo, tenta abolir resquícios do Direito Penal do Inimigo de uma sociedade que pune aquele que já está absolvido pela lei.

## 2. PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição no direito penal constitui matéria de ordem pública e materializa um direito público do réu, que não foi processado em tempo hábil que ensejasse uma condenação. Ela tem natureza jurídica material já que está intrinsecamente relacionada ao poder-dever de punir do Estado.

O direito penal subjetivo, ou seja, o *jus puniendi* pode ser dividido em abstrato e concreto. O *jus puniendi* é abstrato quando exige que o Direito Penal Objetivo não seja violado, sob pena de aplicação de uma sanção penal (pena ou medida de segurança) conforme a adoção pelo Brasil do Sistema Vicariante de aplicação de pena. De outra sorte, será concreto quando o Estado usa sua legitimidade para aplicar a sanção prevista na norma incriminadora ao autor da infração penal.

Ao longo da evolução do direito penal várias teorias foram criadas com o fito de fundamentar a existência da prescrição.

A Teoria Psicológica (ALMEIDA, 2011, p.11) determina que o decurso do tempo elimina o nexo psicológico entre o fato e o agente. Dentre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal percebe-se que há como finalidade a reprovação pela prática do crime, de forma que o transcurso do tempo faz com que o elo entre o fato típico e o agente seja rompido, de forma que o caráter retributivo perde o seu sentido.

Para a Teoria da Prova (ALMEIDA, 2011, p.11) o decurso do tempo prejudica a colheita de provas, seja testemunhal ou pericial, pois as lembranças e documentos acerca dos fatos ocorridos podem ser extintos ou alterados.

A Teoria da Coerção (ALMEIDA, 2011, p.12) supõe que durante o decurso do tempo o agente esteja se corrigindo diariamente, razão pela qual a aplicação da pena seria inútil.

Já Teoria do Esquecimento (ALMEIDA, 2011, p.12) estabelece que o lapso temporal faz com que a sociedade esqueça dos delitos que foram praticados. Um dos objetivos da sanção penal consiste em manter o equilíbrio social. Para esta teoria, quanto maior a gravidade do delito maior deve ser o prazo prescricional.

A Teoria da Readaptação Social (ALMEIDA, 2011, p.12) presume que a ausência de novos crimes configura readaptação social e sendo a reinserção social um dos fundamentos da aplicação da pena, não haveria justificativa para impor a sanção penal.

Nesse diapasão, a prescrição tem basicamente três fundamentos, quais sejam: decurso do tempo, correção do condenado e negligência da autoridade.

O decurso do tempo constitui um grande fundamento para a prescrição, haja vista que com o passar dos anos o Estado encontra muita dificuldade para apurar o fato considerando que a acessibilidade às provas fica mais comprometida conforme se depreende do estudo da Teoria da Prova.

Além disso, o grande lapso temporal sem que o réu cometa uma nova infração presume a reintegração social do agente, e sabendo que uma das funções da pena é a reintegração social, não haveria justificativa em sancioná-lo. Por fim, a prescrição castiga a negligência da autoridade para que a inércia dos órgãos estatais seja combatida.

Sob esses preceitos, a prescrição virtual veio para corresponder os anseios hodiernos de uma prestação jurisdicional mais célere. Assim, antes de se estudar, efetivamente, este instituto e sua aplicação, faz-se mister definir a prescrição hipotética para que a sua compreensão torne mais exitosa.

Deste modo, torna-se imperiosa a citação de alguns conceitos, acerca do tema retro citado.

Capez (2004, p.551), a define como sendo: “A prescrição reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz no momento futuro da condenação”.

Nesse ínterim, vê-se que a declaração de prescrição virtual trabalha com uma pena hipotética que seria aplicada ao réu.

Sob a mesma linha de raciocínio, Lozano (2002, p. 181):

**Consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa, e no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação trata a lume um prazo prescricional já decorrido.**

Ainda, a prescrição virtual pode ser entendida como aquela que é reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia, tendo por base a suposta pena em concreto que seria fixada na sentença pelo magistrado. (TARTUCE, 1995, p.113-114)

Importante destacar que tais conceitos foram elaborados antes do advento da Lei n. 12.234 de 2010, quando ainda era possível o reconhecimento da prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Todavia, conforme alteração contida no parágrafo primeiro do art. 110 do Código Penal em nenhuma hipótese a prescrição terá seu termo inicial antes do recebimento das peças inaugurais penais.

O objeto prescrição hipotética é trabalhar sempre com uma pena base que, provavelmente, seria imposta ao réu no caso de uma futura condenação. Assim, o magistrado deverá fazer uma análise minuciosa sobre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao réu, em respeito ao artigo 59 do Código Penal.

O instituto em análise configura uma forma de inibir um trabalho em vão, ou seja, um trabalho que não terá finalidade alguma. É sobretudo uma forma de se evitar uma atividade completamente infrutífera.

Ela, portanto, é aquela decretada com base na perspectiva de que no caso de condenação, fatalmente ocorrerá a prescrição retroativa. (BARROS, 2011, p. 639)

Deste modo, é possível a formação de um conceito compactado de prescrição virtual, tendo como alicerce os ensinamentos dos doutrinadores anteriormente citados. Assim, a prescrição virtual pode ser conceituada como: Modalidade prescricional inclusa no estudo do direito penal que permite ao juiz extinguir a punibilidade do acusado, antes de sentenciá-lo, tendo por base a pena que seria virtualmente aplicada ao réu.

O seu nascedouro foi os Tribunais de Alçada de São Paulo a partir dos anos 90 e, desde então, despertou uma celeuma infundável no cenário jurídico, de posicionamentos contrários e favoráveis à sua aplicação.

Baltazar (2003, p.105), traz em sua obra um breve histórico a respeito do nascedouro da prescrição em comento digno de ser transcrito:

[...] Por outro lado, nossa legislação processual penal contém uma excessiva dose de formalismo, também responsável pela morosidade no desencadeamento da *persecutio criminis*. Essas situações, inexoravelmente, levam ao retardamento do processo, de maneira que, após a condenação, já ocorrera o prazo prescricional retroativo, ou seja, o réu foi punido no papel, mas não na prática, pois a prescrição retroativa anula todos os efeitos, principais e acessórios da sentença. É muito comum ainda, e cada vez mais, vem ocorrer situação em que processos, mesmo antes de findados, já indicam a inequívoca existência futura de prescrição. Em resumo, o Estado movimentou a máquina judiciária por um período prolongado, com dispêndio financeiro considerável, entretanto não conseguiu impor uma punição concreta ao autor do delito. Em razão desse quadro, surgiu uma corrente, na doutrina e jurisprudência, defendendo a tese de uma e outra modalidade de prescrição, oriunda da prescrição retroativa: a chamada prescrição antecipada, com o objetivo de se evitarem tramitação processual desnecessária e julgamentos inúteis.

Importante notar na súmula editada pelo Tribunal da Cidadania, que a sustentação para a inviabilidade da aplicação da prescrição em perspectiva reside, principalmente, no fato de ausência de previsão legal, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal*. Trata-se, ademais, de instituto repudiado

pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. 2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC: 18569 MG 2005/0180807-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2008).

Deste modo, a prescrição antecipada não tem respaldo legal, além de ser rechaçada pela maioria dos tribunais superiores. Trata-se, portanto, de uma construção dos estudiosos do direito, que se concretiza na doutrina e em algumas jurisprudências.

Com efeito, um exemplo de aplicação da prescrição em perspectiva pode materializar o que foi esboçado até o momento. Assim, suponha-se, hipoteticamente, um acusado de lesões corporais leves cujo crime tenha se consumado em 05 de outubro de 2010, com denúncia recebida em 05 de novembro de 2011. Imagine-se que em dezembro de 2014 o processo ainda esteja em fase de instrução. A prescrição punitiva propriamente dita, que toma por base a pena abstrata, ainda não ocorreu, porque no caso prazo prescricional é de quatro anos. Todavia, o juiz percebendo a primariedade do réu verifica que no caso de condenação ele jamais alcançaria a pena máxima de um ano.

O raciocínio do magistrado é de que a pena será inferior a um ano, de forma que no momento em que a sentença for prolatada, fatalmente deverá ser extinta a punibilidade por ocorrência da prescrição. Deste modo, tendo em vista que entre o recebimento da denúncia e o estágio atual do processo decorreu um período superior a três anos, o juiz antecipadamente decreta a prescrição.

Certamente, se esse caso fosse resolvido à luz das normas do ordenamento jurídico penal, dever-se-ia aguardar todo o desenrolar do processo para somente no momento ulterior, qual seja a sentença, declarar a extinção da punibilidade do agente.

Fato esse que, evidentemente, poderia ser evitado garantindo-se o direito do cidadão ao devido processo legal em tempo hábil para que efetivamente, a prestação jurisdicional seja alcançada.

### 3. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Importante analisar os aspectos constitucionais da aplicação da prescrição virtual, protuberantemente, sob o enfoque do princípio da presunção da não culpabilidade e do devido processo legal.

O Estado Democrático se reveste de princípios que norteiam a atuação estatal e delimitam, principalmente, a prática jurisdicional a fim de evitar injustiças sociais. Deste modo, as normas devem ser um reflexo dos preceitos constitucionais e de forma alguma podem macular a aplicação desses preceitos.

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil elenca diversas garantias que são prerrogativas atribuídas aos particulares em face do Estado, tais como a vida, igualdade, propriedade, liberdade, etc. A presunção da não culpabilidade está disciplinada no inciso LVII do referido artigo, e garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal preceito tem duas vertentes: o primeiro está intrinsecamente adstrito à prova, pois cabe ao polo acusatório o ônus de prova quanto a existência do fato e da autoria e a segunda vertente é relativa a impossibilidade de adoção de medidas restritivas ao acusado quando do curso do processo penal quando fundamentadas tão somente na necessidade de condenação.

Mendes (2013, p. 519) sob o princípio em comento:

Enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração Universal de Direitos do Humanos, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, por meio da cláusula constante do artigo 153, § 36 da Constituição de 1967/69.

O princípio da presunção da não culpabilidade é fruto de uma importante revolução ocorrida há séculos, que teve como principais expoentes *Rousseau*, *Montesquieu*, *Beccaria* e *Voltaire*. Tourinho Filho (2009, p. 220), em sua obra, remonta os momentos históricos acerca das ocasiões que culminaram na evolução do instituto da presunção da não culpabilidade:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige” (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106).

Desta forma, garante-se ao réu a presunção da não culpabilidade até que uma sentença transitada em julgado o declare condenado, sujeitando-o às normas insculpidas no Código Penal. De modo que este princípio tende a impossibilitar qualquer efeito inerente à uma futura condenação.

Não obstante, recentemente no julgamento do HC 126.292, o STF acabou por mitigar o princípio da presunção da não culpabilidade, de forma a esboçar entendimento no sentido de que a pena poderá ser cumprida após decisão de julgamento em segunda instância, ou seja, não há necessidade de o processo ser julgado no STJ ou no STF.

Essa mudança jurisprudencial ocorreu porque o Pretório Excelso entendeu que as cortes superiores são restritas à análise da legalidade/constitucionalidade das normas, de forma que a materialidade delituosa e mesmo autoria já são questionadas em primeiro grau até o julgamento da decisão em segunda instância.

Nesse lume, os opositores entendem que a prescrição antecipada presume um estado de culpabilidade que não tem nenhuma existência e tampouco fundamento processual. Assim, tal modalidade prescricional anteveria um responsável pela infração penal, sem lhe dar o direito de provar o contrário.

Embora despidendo ressaltar, a prescrição não declara o réu culpado, de outro modo, extingue a punibilidade que a ele seria aplicada. Evidentemente, quando da declaração da prescrição penal é evidente que o fato fora típico, ilícito e culpável, entretanto, devido ao lapso temporal a pena não poderia ser aplicada.

Destarte, conforme entendimento dos tribunais superiores, a prescrição virtual viola o princípio da inocência tendo em vista que não se respeita o devido processo legal, já que, cabe ao réu durante a marcha processual provar a sua inocência, esse direito seria então mitigado para que antes mesmo da instrução criminal o magistrado declarasse a perda do *jus puniendi* estatal.

A par disso, importante se faz a transcrição de um trecho do parecer do Procurador de Justiça Félix Fischer:

As hipóteses de prescrição integram um rol de tipologia fechada. Assim, a denominada prescrição retroativa só pode ser reconhecida existindo um referencial, qual seja uma decisão concreta, e não um mero prognóstico. Em primeiro lugar, uma coisa leva à outra. Qual será o próximo passo do eufórico pragmatismo? Julgar, via de seleção de casos, só as infrações penais mais graves, tornando letra morta todas as demais normas incriminadoras? Queremos crer, concessa vênua, que isto, *ex hypothesis*, poderia acontecer e seria caos! (AMORIM, 2005, p.2).

Com feito, há quem entenda também que a aplicação da prescrição virtual viola o princípio da razoabilidade. Assim Nunes (2002, p. 9-11) destaca que:

Dentro do atual contexto de evolução da ciência jurídica, identifica-se um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com o início de uma fase onde se desponha a normatização de postulados. Nessa incipiente era, os operadores do direito extraem princípios do ordenamento jurídico enquanto todo harmônico, imputando-lhes densidade normativa, a fim de aplicá-los no deslinde de questões desprovidas de solução.

A corrente majoritária defende que o réu tem direito a uma sentença de mérito, que é proferida após a sua tentativa de convencer o juiz da sua inocência, para que exista uma possibilidade de absolvição.

A adoção desta nova modalidade prescricional pressupõe que o juiz fixará a pena base do réu tendo como pressuposto apenas o que foi colhido na fase inquisitorial e o que pôde ser apresentado durante a instrução probatória.

Diante disso, haveria suposta violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois não seria possível que o magistrado previsse se a sentença seria ou não condenatória, sendo que a adoção da prescrição virtual resultaria em uma prévia condenação do agente onde não foi oportunizado momento para reação da defesa.

Tal fato para a corrente majoritária representa uma verdadeira afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que durante a instrução probatória o juiz pode dar nova definição jurídica ao fato apresentado (*emendatio libelli*), ou ainda durante a instrução pode ficar comprovado que ocorreu um fato diverso daquele narrado na exordial (*muttacio libelli*) o que teria como consequência uma pena mais gravosa e, evidentemente, reflexos na prescrição.

O processo deve ser desenvolvido em todas as suas etapas já que a condenação não poderia ser aceita pela parte como uma verdadeira declaração de culpabilidade. Sob esse aspecto, só a sentença gera o *status* de condenado, por isso há um obstáculo constitucional que não permite reconhecer a prescrição antecipada, já que ela se baseia em dado aleatório. (MORRONE, 2003, p.110)

A ideia de que a prescrição penal antecipada viola o princípio da presunção da não culpabilidade foi inclusive utilizada em julgado no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, senão vejamos:

Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência de prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais a ampla defesa e da presunção de inocência. A prescrição antecipada, ainda que sob a agilização da Justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito, na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer de uma sentença condenatória. (2º Câmara Criminal-RSE26012-0-Rél. Des. Plínio Cachuba- Acórdão de 01.04.1993- RT 701/3060).

No mesmo sentido, tem-se importante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

A prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado da sentença condenatória, ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser aceita pela parte. Urge desenvolver um processo em todas as suas etapas. Só a sentença gera o *status* de condenado. Impor-se-iam, ademais todas as consequências, de que são exemplos configuração de antecedente penal e título executório no cível. Insta-se inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal. (6º Turma- RHC 2.926-9- Ministro Vicente Cernicchiaro- Acórdão de 17.08.1993- DJU de 28.02.1994).

Noutro giro, para Souza (2004, p.114) o argumento de que a prescrição antecipada viola tal princípio não merece destaque, isso porque:

[...] a sentença que virtualmente se trabalha para reconhecer-se a prescrição antecipada é a condenatória, mas isso não implica dizer que houve o seu real conhecimento. Não há que se falar em condenação e posterior extinção de punibilidade. Ao contrário, não há que se falar nem sentença, muito menos em sentença condenatória. A carência da ação, como dito no capítulo pertinente, impossibilita o ajuizamento de qualquer ação e a realização da persecução penal.

Somado a isso, não há qualquer óbice que o juiz analisando as circunstâncias do caso em concreto e verificando que provavelmente, quando da sentença a punibilidade do agente estará extinta, consulte a defesa para verificar se haverá interesse no prosseguimento do feito. (TOURINHO FILHO, 2009, p.595).

O fato de o juiz possuir elementos suficientes para analisar a pena hipotética foi utilizado pela 7ª Câmara Criminal do TJ/RS para permitir a aplicação da prescrição antecipada, vejamos:

[...] Princípio de direito administrativo, voltado para a necessidade de boa aplicação do direito público, recomenda que não seja instaurada a ação penal, por falta de interesse de agir, quando, em razão da *própria pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo Juiz, a partir das considerações inerentes ao art. 59 do CP*, for possível a percepção de que a sentença, se condenatória, não se revestiria de força executória, em face das regras que regulam a prescrição. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antônio Paganella Boschi – RSE nº 70001569318, j. 02/08/2001).

Sob o entendimento de que o réu tem o direito subjetivo a uma sentença de mérito, o Tribunal de Justiça do Paraná não reconheceu a ocorrência da prescrição retroativa antecipada:

Recurso em sentido estrito. Lesões corporais graves. Prescrição decretada antes de proferida a sentença condenatória. Ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e presunção de inocência. Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. A decretação antecipada, ainda que sob a justificativa de agilização da justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da sentença condenatória. Recurso provido para anular a decisão e ordenar que a ação penal prossiga em seus ulteriores termos, na forma prevista em lei. (Tribunal de Justiça do Paraná – 2ª Câmara Criminal – SER 026012000 – Rel. Des. Plínio Cachuba – Acórdão de 01.04.1993).

Nessa acepção, o princípio da presunção da não culpabilidade pode ser entendido como obstáculo a utilização da prescrição hipotética, já que o processo não será desenvolvido em todas as suas fases para que a acusação demonstre a culpabilidade do réu. Todavia, há quem defenda que não haveria qualquer objeção quando da materialização da prescrição virtual haja vista que a sentença que a declara não tem o condão de condenar e tampouco traz desvantagens para o réu.

Não obstante, os sujeitos processuais bem como os doutrinadores não podem se ver engessados pela vigência de norma retrógradas. O direito tem um fim social e almeja a justiça, interromper esse raciocínio pode ser prejudicial para as partes.

#### 4. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Como é cediço, os direitos fundamentais passaram por diversas modificações. Com o escopo de ilustrar tal processo, Karel Vasak intitula a evolução desses direitos como “gerações”, sendo deno-



minadas direitos de primeira geração, segunda geração, terceira geração e quarta geração.

Não obstante, o termo gerações pressupõe que uma se sobrepõe a outra, quando na realidade não é isso que acontece, ao contrário, existe uma ideia de complementariedade, já que existe um caráter cumulativo, de forma que melhor seria empregar o termo dimensões dos direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 27)

O devido processo legal está presente na primeira dimensão, já que os direitos desta categoria representam uma abstenção por parte dos poderes públicos, representando, portanto, eficácia vertical dos Direitos Fundamentais de forma a impedir a arbitrariedade por parte do Estado no curso do processo penal. Corolário a esse princípio é o contraditório e a ampla defesa.

Conforme Silva (2002, p.167), o primeiro país do mundo a inserir “normas denominadas garantistas” em sua constituição foi o Brasil, sendo que tal fato ocorreu na Constituição de 1824, sob a qual o Estado e até mesmo a sociedade tinham o dever de respeitar os direitos individuais.

Assim, a República Federativa do Brasil elenca na sua atual Constituição, diversos fundamentos, que estão disciplinadas logo no primeiro artigo constitucional, fato que denota a sua importância e observância sobre todas as normas prescritas no prosseguimento do Texto Maior.

Dentre os fundamentos constantes no artigo primeiro, a dignidade da pessoa humana (inciso III) concede unidade às garantias fundamentais e tem como principal objetivo afastar a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado em detrimento da liberdade individual. (MORAES, 2009, p.21)

O devido processo legal nasce como um direito do indivíduo a fim de assegurar que a dignidade da pessoa humana seja observada em todas as esferas da vida, além disso corrobora com os preceitos do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e de diversos direitos, sobretudo, inerentes ao processo.

A incorporação da garantia do devido processo legal, de forma expressa no texto constitucional de 1988, juntamente a outras garantias específicas que também estão prescritas na lei, acabou por criar uma situação de superafetação. (TUCCI, 2004, p.84)

O devido processo legal engloba diversas garantias inerentes ao processo, mormente, a sua tramitação sem protelações, de modo a garantir que a resposta jurisdicional seja célere e passível de cumprimento. Assim, decorre do devido processo legal o princípio da economia processual.

A EC n. 45/2004 de modo a ampliar os direitos e garantias fundamentais acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXVIII que estabelece a todos, seja no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo bem como os meios que possam garantir a celeridade da sua tramitação.

O princípio da economia processual tem por escopo fazer com que a legislação processual ofereça soluções que colocam fim a burocratização dos processos, de modo a simplificar o trâmite processual, para que a garantia de celeridade seja aplicada.

O processo e todo o seu transcurso abarcam uma finalidade e para que haja, de fato, uma prestação jurisdicional justa deve-se romper vínculos com tudo aquilo que tende a tornar o processo mais demorado e dispendioso, a “desburocratização” deve ser, inegavelmente, um objetivo do Brasil até mesmo para que o Judiciário seja inafastável e a sociedade consiga alcançar os seus direitos. (GRINOVER, *apud* LENZA, 2015, p.1235).

Mendes (2013, p.529) afirma que:

o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça.

Traçando uma linha comparativa, há quem defenda que a prescrição hipotética é uma afronta ao devido processo legal, eis que não são cumpridas todas as fases processuais que seriam neces-

sárias, protuberantemente, quando se trata de um processo penal.

Não obstante, a prescrição virtual não foi criada para atropelar procedimentos legais necessários. De outro modo, aborta processos que são por si só natimortos.

Noutro giro, Jawsnicker (2009, p.114) afirma que a prescrição virtual não viola o princípio do devido processo legal eis que a sentença que declara a ocorrência de extinção de punibilidade pela prescrição em perspectiva livra o réu de um processo sem justa causa e tampouco resulta em constrição dos seus bens ou direitos.

A demora na solução do litígio é prejudicial a todos os litigantes, já que tanto o autor como o réu sofrem um prolongamento injustificado da lide. Tal fato ficou denominado na doutrina italiana de dano marginal, ou seja, um dano que os litigantes sofrem em razão da deficiência na tramitação dos processos. Sob esse aspecto Cabral (2013, p.75).

Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um 'dano marginal', na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiência na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido.

É evidente que a demora na prestação jurisdicional é desvantajosa para o réu que sofre os desgostos de um processo criminal e também para a vítima que anseia por justiça.

Os recursos empreendidos nos processos inegavelmente inúteis não podem ser tolerados pela sociedade. Assim, há duas vertentes: a reformulação da ideia de prescrição retroativa, que ainda é utilizada, ou impedir que pretensões natimortas preencham o espaço de processos que possam gerar alguma consequência. (SOUZA, 1992, p.437).

Machado (1994, p. 432-433) entende que manter um processo penal sabendo-se que a final o *jus puniendi* não poderá ser exercido em consequência da desídia estatal ofende frontalmente os postulados do Estado Democrático, precipuamente, a dignidade da pessoa humana, vejamos:

Pela perda do valor simbólico do fato cometido e de sua consequente penalização pelo transcurso do tempo, materializado pelo desaparecimento da necessidade da pena, qualquer processo penal em trâmite ou futura imposição de condenação que não redundará na efetiva aplicada da lei penal constitui atente à dignidade humana.

Um importante desdobramento do devido processo legal é o princípio constitucional da economia processual. O seu objetivo é alcançar o máximo de resultado com o menor dispêndio possível por meio de uma razoável duração do processo. Não obstante, como é cediço não se pode lançar mão desse princípio para justificar a supressão de procedimentos imprescindíveis do processo penal.

Deste modo, o andamento processual célere produz impactos positivos tanto para as partes que estão envolvidas no conflito, como as varas que ganham um aprimoramento na prestação jurisdicional, na tentativa de diminuir a impunidade. Assim, a duração razoável do processo emana da instrumentalidade dos atos e sua conclusão eficiente. (NUCCI, 2012, p.114).

O princípio em comento se reveste de grande importância no cenário jurídico atual, na medida em que inibe que a morosidade da prestação jurisdicional.

Assim, tal instituto tem como escopo buscar uma maior efetividade na prestação jurisdicional de forma menos onerosa possível. A par disso, a prescrição virtual vai ao encontro desse princípio já que obsta o prosseguimento de uma ação penal já fadada ao insucesso, eis que ao final do toda a prestação jurisdicional o réu terá declarada a extinção da punibilidade. Seria um desperdício temporal, portanto, submeter alguém a um processo criminal para ao final ser declarada a prescrição.

A prescrição antecipada tem como fundamento o princípio da economia processual tendo em vista que seria inútil movimentar a máquina jurisdicional com processos que já nasceram fadados ao insucesso, e nos quais diante de condenação reconhece-se que o Estado não tem mais o poder de puni-lo decretando fatalmente a prescrição. (CAPEZ, 2007, p.587).

Em conformidade com esse entendimento, a prescrição antecipada pode ser entendida como a materialização da economia processual no processo penal, que beneficia o Estado e a parte.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região utilizou a prescrição hipotética sob o argumento da adoção do princípio da instrumentalidade, veja:

Como regra, não se pode chancelar a decretação da prescrição em concreto com base na pena que futuramente iria ser aplicada ao acusado, já que essa modalidade é estranha ao Direito Penal pátrio. No caso concreto, ainda que típica a conduta, tendo em vista as peculiaridades presentes, deve-se reconhecer esta modalidade de prescrição, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo (Tribunal Regional Federal – 4ª Região – 8ª Turma – RSE 199.70.01.008573/5 – Rel. Juiz Wolkmer de Castilho – Acórdão de 07.10.21002 – DJU de 16.10.2002, p. 825)

A efetividade do Poder Judiciário está atrelada à rápida solução das lides ajuizadas, de modo que o oferecimento de uma justiça confiável é uma grande preocupação do Estado Democrático. Sabe-se que, não obstante, diversas tentativas de massacrar o Direito Penal do Inimigo ainda existem ranços que afetam diretamente as garantias processuais de um Estado de Direito.

## 5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, sendo classificado pelo artigo 102 da CF como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme lição de Bulos (2012, p.175) “O Supremo Tribunal Federal foi criado para ser inacessível às influências da desordem, das paixões, dos interesses e das inclinações corruptíveis”.

Deste modo, o Pretório Excelso se ampara na legalidade, sendo que suas decisões consubstanciam essa vertente.

Sob esse enfoque, a jurisprudência do STF sempre rechaçou a aplicabilidade da prescrição antecipada sob o argumento de que tal instituto fere o princípio da legalidade, bem como, diversos princípios constitucionais, à guisa dos supracitados, já que não há previsão desta modalidade no Código Penal.

Nessa senda, o Ministro Ricardo Lewandowski já se posicionou sobre o tema quando do julgamento do HC 94.338/PR em 31.03.2009, ao afirmar que não se admite a chamada prescrição antecipada por ausência de previsão legal.

Assim, a jurisprudência da Suprema Corte tem sido unânime, conforme se depreende da leitura abaixo:

HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. ORDEM DENEGADA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se contrariamente à tese da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva. Precedentes (HC 96.653, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe de 23.10.2009; RHC 94.757, rel. min. Cármen Lúcia, DJe-206 de 31.10.2008; Inq 1.070, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.07.2005; HC 83.458, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 06.02.2004; e HC 82.155, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 07.03.2003). Ordem denegada. (STF - HC: 96953 TO, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 28/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-02 PP-00316).

O posicionamento do STF tem como fundamento a ausência de previsão legal, ou seja, não há no artigo 107 do Código Penal a figura da prescrição em comento como modalidade de extinção da punibilidade e, deste modo, o instituto padece de legalidade.

Noutro vértice, este argumento de previsibilidade legal não pode ser acolhido já que configuraria um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com início de uma fase onde desponta a normatização de postulados. (JAWSNICKER, 2009, p.114).

Ademais, a ofensa ao princípio da legalidade padece de fundamentação quando se invoca o artigo 395, III do Código de Processo Penal que permite a rejeição da denúncia quando não há o preenchimento de todas as condições da ação. Nesse sentido, ensina Carlos Maximiliano (2005, p.241):

[...] deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconvenientes, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis [...] a exegese de que resulte eficiente a providência legal ao válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e este, juridicamente nulo.

Não só o STF se mantém desfavorável à aplicação da prescrição ficta, os tribunais superiores comungam do mesmo entendimento, de modo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 438 que prescreve: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Ainda, quando do julgamento do RHC n. 18.569, a Sexta Turma do Tribunal da Cidadania destacou que é inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Conforme orientação dos ministros trata-se de instituto repudiado pela jurisprudência da Corte do STJ e do Supremo Tribunal Federal, já que viola o princípio da presunção da não culpabilidade e da individualização da pena. Em um de seus julgamentos, tal entendimento ficou notadamente identificado conforme se observa:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONS-TITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. 2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA).

A fim sedimentar o seu posicionamento, o STF editou a Súmula 146 que dispõe sobre a aplicabilidade da prescrição virtual. Esta súmula determina que: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Com efeito, não se admite brechas na interpretação. A hermenêutica utilizada pela cúpula do Poder Judiciário é demasiadamente legalista e, tendo em vista que tal instituto padece de positivação, não haveria outra possibilidade senão a sua inaceitabilidade.

Todavia, não se pode deixar de observar que existem modernos princípios no direito processual com grande importância que não têm sido colocados em voga pela Suprema Corte a exemplo da eficiência, da economia processual e da instrumentalidade. No que tange ao posicionamento do Pretório Excelso, Fábio Ataíde (2009, p.14-15).

Neste particular, ao contrário da tendência do processo penal moderno, tanto o STF (cf. HC 94.757-3/08), como também o STJ (cf. HC 111.330, DJe 09.02.09), parecem seguir em um campo meramente burocrático, sem identificar as razões práticas que levam os juízes a encontrar na prescrição antecipada uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo.

Dessa forma, muitos processos continuam tramitando sem que seja possível tirar deles qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São ações que, quando resultam em condenação, acabam atingidas pela prescrição retroativa, perdendo o Estado o poder de aplicar qualquer sanção. Reforça o aspecto alegórico da lei penal a crença num Judiciário preso à lei e incapaz de inovar, principalmente no campo penal. A derrocada do Direito Penal começa com seu simbolismo. Pode parecer contraditório, mas a lei penal encontra adversários também dentre seus áruos defensores, que acreditam poder defendê-la por inteiro, sem ter de extirpar uma parte para salvar o todo. O simbolismo penal vincula-se, primitivamente, à ideia de criminalização como fator de dissipação do medo social.

Atualmente a sociedade almeja a eficiência processual. Não são raras as vezes em que a prestação jurisdicional somente é efetivada anos após do cometimento de uma infração penal. Sabe que tal fato é prejudicial ao réu que sofre os dissabores de um processo, assim como para a vítima que espera a pontualidade da “justiça”.

Somado a isso, nos juizados criminais estaduais existe a possibilidade de aplicação da prescrição virtual, já que o Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) editou o enunciado n. 75 sob o qual admite-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto.

O estudo do direito e sua consequente aplicabilidade não podem admitir interpretações tão somente legalistas, já que deste modo a justiça não seria alcançada. Nessa senda, cumpre destacar o ensinamento de Machado (1994, p.106):

Questão de grande relevo, sobretudo para os que se preocupam com a morosidade do Poder Judiciário, reside em saber se é válido o julgamento antecipado da ação penal. Com efeito, é possível que em muitos casos o Juiz, depois de haver recebido a denúncia, reste convencido da improcedência da ação, seja porque o fato não configura crime, mesmo em tese, seja porque inequivocadamente já extinta a punibilidade pela prescrição, ou porque, presente outra razão para se dar pela improcedência da denúncia, sejam quais forem as provas que possam vir a ser colhidas na instrução... Sem qualquer apreço pelo formalismo estéril, considero perfeitamente cabível o julgamento antecipado da ação penal, sempre que o julgador estiver convencido da impossibilidade de proferir sentença condenatória, quaisquer que sejam as provas colhidas na instrução. Não se pode perder o juiz no formalismo, que é, penso eu, a principal causa da morosidade do Poder Judiciário.

Hodiernamente, tal instituto tem sido rechaçado pelos Tribunais Superiores, que invocam princípios norteadores do Ordenamento Jurídico Brasileiro para pautar suas decisões. Não obstante, a aplicação da prescrição ficta ganhou aceitação nos juízos de primeiro grau e tem sido amplamente aplicada.

Isso porque a prescrição virtual pode ser vista como a velocidade em que a ciência jurídica se movimenta, de forma a acompanhar o progresso das relações sociais e sobretudo uma saída para retomar a efetividade da prestação jurídica.

Seguir a lei à risca na realidade torna o aplicador do direito bastante “engessado” e propenso a cometer injustiças, já que por várias vezes a norma destoa da realidade social.

## 6. CONCLUSÃO

O transcurso do tempo provoca inúmeros impactos no mundo, pode constituir ou mesmo ex-

tinguir direitos. A prescrição no direito penal constitui fato de ordem pública dada a sua importância e, além disso, é um direito subjetivo do réu. A existência de tal instituto pressupõe fundamento tríplice: negligência da autoridade, correção do réu e decurso do tempo.

O surgimento da prescrição virtual encontra fundamento em algumas teorias que passaram por grande evolução ao longo do tempo. Entre elas a Teoria da Prova estabelece que o decurso do tempo faz com que as provas e demais informações relativas ao crime se protraiam.

Ocorre que dado o grande expoente de ações em tramitação no Judiciário, a prestação jurisdicional tem sido, por vezes, efetivada de forma lenta sendo que a sentença ao final proferida torna-se ineficaz eis que a pena já foi prescrita.

Diante da necessidade de solucionar esse fato nasce a prescrição virtual, hipotética ou projetada. A aplicabilidade da prescrição virtual pressupõe um raciocínio hipotético do magistrado que visualiza a possível pena que será aplicada ao réu. Esse estudo não é realizado de forma abstrata, pelo contrário, o juiz deve analisar se o réu possui antecedentes, verificar as circunstâncias do crime, dentre outras condições.

Não obstante, existe uma celeuma entre os juristas brasileiros no que se refere à aplicação da prescrição virtual. Isso porque o Estado Democrático é norteado por princípios que se concretizam em direitos alcançáveis a todos os cidadãos.

Desta sorte, para a corrente majoritária existem obstáculos capazes de legitimar a prescrição virtual. Sob essa vertente, estudiosos entendem que a projeção de uma pena antes de se completar a instrução processual é bastante prematura e macula o postulado da presunção da não culpabilidade expressamente previsto na Constituição Federal.

Além disso, há quem justifique a inaplicabilidade da prescrição hipotética dado a ausência de norma que autorize a sua aplicação, analisando-a frente aos princípios basilares do direito constitucional.

Por sua vez, aqueles que são favoráveis à sua aplicação encontram arrimo no princípio da economia processual que obsta a tramitação de processos fadados ao insucesso, já que após o transcorrer de toda a instrução será inevitavelmente, declarada extinta a punibilidade do agente.

A celeridade dos feitos e uma resposta jurisdicional eficaz constitui uma grande meta do Poder Judiciário nacional, é inegável que o excesso de formalismos impõe obstáculos a todo o aparato jurisdicional. Deste modo, suprimir tais formalidades constitui uma atitude louvável, evidentemente, sem que tais cerceamentos impliquem em perda dos direitos dos cidadãos. Não se quer aqui derogar direitos, o objetivo é alcançá-los.

Quanto ao posicionamento dos Tribunais Superiores, o Pretório Excelso rechaça a aplicação da prescrição virtual sob o fundamento da ausência de previsão legal sobre o tema. Assim, existem várias jurisprudências nesse sentido de forma que foi editada a Súmula 146 do STF que ressalta a inaplicabilidade da prescrição virtual.

O Superior Tribunal de Justiça sob o mesmo entendimento editou a súmula 438 sob a qual rejeita a aplicação da prescrição virtual.

É inegável que prescrição virtual pode ser vista como uma alternativa para amenizar a morosidade da prestação jurisdicional, obstando a tramitação de processos que serão, inevitavelmente, atingidos pela prescrição. Além disso, impede-se o dispêndio de tempo e gastos quando se antevê o reconhecimento de causa de extinção de punibilidade.

As interferências de uma justiça lenta e extremamente formalista não encontram respaldo no cenário jurídico atual. De forma que o processo penal deve ser voltado a proporcionar a tutela final almejada, com o fito de assegurar uma solução para o litígio. Assim, o magistrado deve utilizar uma hermenêutica mais finalística, de forma assegurar uma solução viável para o conflito apresentado e extirpar normas inaptas às finalidades para as quais são concebidas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. B. de. *Quais os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da prescrição retroativa antecipada?* Portal Ciclo, [Sergipe?] 16 de março de 2011. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/TiagoBockie\\_QuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/TiagoBockie_QuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2016

AMORIM, B. N. Prescrição em perspectiva. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6781>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

ANDRADE, S. M. *Prescrição em perspectiva*. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/08/PRESCRICAO-EM-PERSPECTIVA.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2016.

ATAÍDE, F. A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. *Boletim IBCCRIM*: São Paulo, ano 17, n. 202, 2009.

BALTAZAR, A. L. *Prescrição Penal*: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. Bauru: Edipro, 2003.

BARROS, F. A. *Direito penal*: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECHARA, F.R; CAMPOS, P.F. de. *Princípios constitucionais do processo penal*: questões polêmicas. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2005- Disponível em: <[http://www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BULOS, U. L. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

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

BRASIL. *Enunciado n. 75 do FONAJE*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CABRAL, A. do P. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coords.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNÁRIO, P. Virada na Jurisprudência: STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 01 mar 2016.

COELHO, A. C. F. *Prescrição virtual*. Âmbito Jurídico. Rio Grande, 2014. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

FERREIRA, A. S. Prescrição penal antecipada. Intellectus. *Revista Acadêmica digital da Faculdade de Jaguariúna*. [São Paulo] [2014] Ano IX, n. 24. Disponível em <<http://www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx?codigo=295>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

JAWSNICKER, F. A. *Prescrição Penal Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2009.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOZANO JÚNIOR, J. J. *Prescrição Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. Julgamento antecipado em matéria penal. Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*. n.707, 1994.

MARTINI, P. Prescrição em perspectiva: questão de bom senso e necessidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/967>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação no direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, R. de A. *O Supremo Tribunal Federal e a prescrição virtual intercorrente ou antecipada*. Rio Grande, [2012]. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11394](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11394)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

NOVELINO, M. *Direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, G. de S. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, R. P. Considerações em abono do reconhecimento da prescrição virtual. São Paulo: *IBCCRIM*, n. 119.

PALOTTI JÚNIOR, O. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.709, p.302-306, 1994.

PIEIDADE, A. S. C. *Prescrição retroativa antecipada uma análise entre o pragmatismo e a ausência de fundamento científico jurídico do instituto*. São Paulo, [20--?]. Disponível em: <[www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigojuridico.pdf](http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigojuridico.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2016.



ROMÃO, C. E. L. *Prescrição virtual: Uma realidade no direito penal brasileiro. Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito penal pátrio.* São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2009-11-11T13:16:04Z-8663/Publico/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2009-11-11T13:16:04Z-8663/Publico/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARRIONI, Luiz Guilherme; METIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, L. S. F. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, 1992, p.437.

SOUZA, R. Ó. *Apud* JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada.* 2 ed. São Paulo: Juruá 2009.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Manual de Processo Penal.* 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, F. Prescrição da Pretensão Punitiva Antecipada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* São Paulo: IBCCRIM n. 35:113/114, 1995.

TUCCI, R. L. *Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro,* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

---

**Recebido em:** 28/03/2016

**Aprovado em:** 20/07/2016