



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO MALAQUIAS BARRETO GOMES

PRESCRIÇÃO VIRTUAL:
COMO PROCEDIMENTOS PENAISS NATIMORTOS RETARDAM O
JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Salvador, Bahia

2018

MARCELO MALAQUIAS BARRETO GOMES

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL:
COMO PROCEDIMENTOS PENAIS NATIMORTOS RETARDAM O
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Programa de Graduação em Direito da Universidade
Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Me. Misael Neto Bispo da França

Salvador, Bahia

2018

MARCELO MALAQUIAS BARRETO GOMES

**PRESCRIÇÃO VIRTUAL:
COMO PROCEDIMENTOS PENAIS NATIMORTOS RETARDAM O
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, ___ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Misael Neto Bispo da França. - Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFBA - Mestre em Direito Público pela UFBA

2º Examinador: Profa. Thais Bandeira Oliveira Passos - Professora de Direito Penal da UFBA - Doutora e Mestre em Direito Público pela UFBA

3º Examinador: Prof. Fabiano Pimentel - Professor de Direito Processual Penal e Prática Penal da UFBA - Doutor e Mestre em Direito Público pela UFBA

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Eleni e Milton, pelo incessante e implacável apoio. Nada disso, por óbvio, seria possível sem eles. Obrigado. Obrigado. E, mais uma vez, obrigado.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Mestre Misael Bispo França, não só por ter assumido o compromisso de me guiar nessa jornada, mas por tê-lo desempenhado com tamanho afinco.

“Não há tribunais, que bastem, para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados.”

Ruy Barbosa

GOMES, Marcelo Malaquias Barreto. **Prescrição virtual: como procedimentos penais natimortos retardam o judiciário brasileiro.** 62 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente monografia tem como escopo maior analisar a compatibilidade do instituto da prescrição virtual com o ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, será explanado em que consiste a prescrição penal, discriminando suas espécies atualmente positivadas. Posteriormente, será definido o que vem a ser a prescrição virtual, analisando a aceitação do instituto na jurisprudência pátria, de forma a averiguar se STF e o STJ já admitiram, ainda que excepcionalmente, sua aplicação. Em seguida, pretende-se dissecar os argumentos utilizados tanto por aqueles que refutam quanto pelos que acatam a prescrição virtual, de modo que se possa concluir pelo acerto ou não da ideia inicial de que a prescrição virtual é, com efeito, um instituto exequível.

Palavras-chave: Direito Penal, Prescrição Penal, Processo Penal, Extinção da Punibilidade

GOMES, Marcelo Malaquias Barreto. **Virtual prescription: how stillbirth proceedings delay the brazilian judiciary.** 62 pgs. Monograph (Bachelor) – Law Faculty, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the compatibility of the virtual prescription institute with the national legal order. Initially, it will be explained, in details, what is the criminal prescription, discriminating its currently recognized species. Subsequently, virtual prescription will be defined, analyzing the acceptance of the institute in Brazil's jurisprudence, in order to find out if the STF and the STJ have admitted, albeit exceptionally, its application. Next, it is intended to dissect the arguments used by both those who refute and those who comply with the virtual prescription, so that one can conclude whether or not the initial idea that virtual prescription is in fact a feasible institute.

Keywords: Criminal Law, Criminal Prescription, Criminal Procedure, Extinction of Punishability

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. MARCO TEÓRICO: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	13
3. ESPÉCIES POSITIVADAS DE PRESCRIÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
3.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.....	15
3.1.1. Prescrição da pretensão punitiva em abstrato	15
3.1.2. Prescrição da pretensão punitiva retroativa	17
3.1.3. Prescrição da pretensão punitiva superveniente	18
3.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.....	18
4. A PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS	20
4.1. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL E SUA NATUREZA JURÍDICA	20
4.2. PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A LEI 12.234 DE 2010	23
4.3. A SÚMULA 438 DO STJ E O MITO DA “SORTE DO PROCESSO PENAL”	26
5. TESES CONTRÁRIAS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL	31
5.1. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	31
5.2. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	33
5.3. POSSIBILIDADE DE <i>EMENDATIO LIBELLI</i> E <i>MUTATIO LIBELLI</i>	35
5.4. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL	39
5.5. VIOLAÇÃO AO DIREITO SUBJETIVO DO RÉU DE OBTER UMA SENTENÇA DE MÉRITO	41
6. TESES FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL	43
6.1. ECONOMIA PROCESSUAL.....	43
6.2. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR.....	46
6.3. CONCRETIZAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	47
7. ESTUDOS DE CASO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL	52
7.1. A QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 379 DA PARAÍBA	52
7.2. O INQUÉRITO 2.584 DE SÃO PAULO.....	55

8. CONCLUSÃO58

REFERÊNCIAS.....60

1. INTRODUÇÃO

A prescrição virtual consiste, em apertada síntese, no reconhecimento da extinção da punibilidade antes da sentença condenatória, mas tendo como base de cálculo a provável pena a ser aplicada no caso concreto.

Para exemplificar, imaginemos que um indivíduo tenha sido denunciado pela prática de dano (art. 163, CP), crime cuja pena consiste em detenção de 6 meses a 3 anos. Passados mais de 3 anos após o recebimento da inicial, não foi sequer iniciada a instrução. O juiz, em análise preliminar dos autos, verifica que as circunstâncias do caso concreto conduzem ao apenamento do réu em patamar bastante próximo do mínimo (6 meses). Muito embora delitos com pena máxima de 3 anos prescrevam em 8 anos (art. 109, IV, CP), o juiz sabe que uma eventual pena concreta gravitaria em torno de 6 meses, cujo prazo prescricional é de 3 anos (art. 109, VI, CP).

Assim, por que dispender recursos públicos, tanto em termos humanos quanto em termos financeiros, numa ação penal cuja inviabilidade apresenta-se clara e intransponível? Considerando a reduzidíssima quantidade de pena a ser recebida numa eventual condenação, bem como tendo em mente o fato de que já decorreram 3 anos de tramitação processual, indaga-se: qual o propósito de prosseguir com a ação se, no momento da sentença, o crime já estará prescrito? A finalidade da prescrição virtual é justamente trazer uma solução, ainda que paliativa, para casos como o acima narrado, impedindo que procedimentos penais natimortos sejam levados adiante.

Em verdade, é para além disso. A prescrição virtual não se limita a simplesmente agilizar a tramitação processual. É uma questão relacionada, ainda que indiretamente, ao princípio da individualização da pena: faz-se necessário liberar das amarras do processo penal o indivíduo que não mais necessite ali estar.

Destarte, o objetivo geral do presente trabalho consiste em investigar a compatibilidade do instituto da prescrição virtual com o ordenamento jurídico pátrio,

partindo da hipótese inicial de que há efetiva adequação do referido instituto com o direito vigente.

No que tange aos objetivos específicos, pretende-se analisar o alcance das espécies atualmente positivadas de prescrição penal, notadamente a prescrição retroativa, que confere substrato teórico à aplicação da prescrição virtual. Além disso, será definido o que vem a ser a prescrição virtual, bem como analisada sua natureza jurídica. Posteriormente, existe a pretensão de observar a aceitação do instituto na jurisprudência pátria. Ainda como objetivo específico, tem-se como meta analisar a argumentação favorável e contrária à aplicação da prescrição virtual. Para mais, há o intento de proceder a estudos de caso sobre a temática.

Por conseguinte, a justificativa da presente pesquisa reside justamente na controvérsia que ainda existe em torno da prescrição virtual. Não há, entretanto, pretensão de construir um consenso. O Direito, assim como as demais ciências humanas, precisa de opiniões divergentes para continuar em constante evolução. A questão é que a polarização atual em face à prescrição virtual gera grave insegurança jurídica. A título de exemplo, cite-se a atuação de juízes de primeiro grau, em matéria de prescrição virtual, frontalmente contrária à orientação dos Tribunais Superiores (vide tópico 4.1). Dito isso, a presente monografia justifica-se pela necessidade de ampliar o debate sobre a temática, de modo a verificar se o entendimento atualmente dominante sobre o tema é, com efeito, juridicamente acertado.

Quanto à metodologia adotada, esta terá natureza predominantemente exploratória, posto que se pretende compreender a extensão da problemática que ronda a prescrição virtual. A pesquisa adotará, de maneira pontual, a natureza descritiva-exploratória em relação aos estudos de caso tratados no sétimo capítulo. Em termos de abordagem dos resultados, a metodologia será qualitativa, ante a subjetividade na interpretação dos resultados obtidos. No tocante aos aspectos procedimentais, será feita revisão bibliográfica e análise documental. Quanto ao método de estudo, ele será hipotético-dedutivo, face à análise de dados concretos para provar a falsidade ou veracidade das hipóteses aventadas.

Em relação à estruturação do presente trabalho, ele será dividido em oito capítulos. Além do primeiro capítulo, que se ocupou de introduzir o tema, no segundo capítulo será delimitado o marco teórico fundante do presente trabalho: o princípio da razoável duração do processo.

No terceiro capítulo, serão analisadas as espécies de prescrição penal legalmente positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. É imprescindível trazer à baila quais institutos são expressamente consagrados pelo direito brasileiro, posto que a prescrição virtual, por ser criação doutrinária e jurisprudencial, não possui previsão legal.

No quarto capítulo, passa-se ao exame da prescrição virtual em si, analisando seu conceito e natureza jurídica. Também nesse capítulo, será examinada a influência da Lei 12.234/10, que reduziu a incidência da prescrição retroativa, na aplicação da prescrição virtual. Será, ainda, investigada a Súmula 438 do STJ para que se possa discutir a questão da “sorte do processo penal”.

Nos capítulos quinto e sexto, serão objeto de análise, respectivamente, os argumentos trazidos por aqueles que rejeitam a aplicação da prescrição virtual, bem como a justificativa fornecida por aqueles que a endossam.

No capítulo sétimo, serão feitos dois estudos de caso, tendo como base ações que tramitaram perante o STF, nos quais a nossa Suprema Corte tangenciou a questão da prescrição virtual.

Por fim, no oitavo e último capítulo, será feita uma análise de tudo quanto percorrido ao longo da monografia, de modo que se possa concluir pelo acerto ou não da ideia inicial de que a prescrição virtual é, com efeito, um instituto compatível com o direito brasileiro.

2. MARCO TEÓRICO: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Atualmente, o princípio da duração razoável do processo encontra previsão no art. 5º, LXXVIII da CF/88, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A despeito do inciso LXXVIII só ter sido incluído no texto constitucional por força da EC/45 de 2004, Ruchester Marreiros Barbosa¹ alerta que o princípio da razoável duração do processo já era consagrado pelo ordenamento pátrio de longa data, por força do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Por outro lado, poderia se argumentar que o Pacto de San José da Costa Rica não tem força de norma constitucional, por não ter sido aprovado conforme o rito do art. 5º, §3º da CF², possuindo apenas eficácia supralegal. Entretanto, Eduardo Rodrigues dos Santos³, com razão, aduz que o princípio da duração razoável do processo “sempre possuiu status constitucional, podendo ser abstraído dos princípios do *due process of law* e do acesso à justiça”.

Nesse contexto, muito embora a CF efetivamente consagre a duração razoável do processo como direito fundamental, o tempo médio de tramitação processual na Justiça brasileira não parece atender aos ditames da Lei Maior. De acordo com o

¹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação criminal também deve cumprir prazo de duração razoável**, *Conjur*, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-03/academia-policial-investigacao-criminal-tambem-cumprir-prazo-duracao-razoavel>>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

² Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

³ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo**, 2017. Disponível em <<https://www.diritto.it/os-principios-da-celeridade-e-da-efetividade-processual-a-luz-do-modelo-constitucional-do-processo/>>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

“Justiça em Números 2018”⁴, relatório anual feito pelo CNJ com estatísticas sobre o Judiciário, apenas 28% dos processos que tramitaram em 2018 foram sentenciados. Também chama atenção o tempo médio de duração de um processo na Justiça Estadual: 9 anos e 6 meses. Ou seja, quase uma década para resolver um litígio. É a partir dessa conjuntura que a prescrição virtual emerge, visando à concretização da razoável duração do processo.

Dito isso, é possível afirmar que a prescrição penal e o princípio da duração razoável do processo são faces distintas de uma mesma moeda. De um lado, a prescrição penal limita o direito estatal de punir. Do outro, o princípio da duração razoável do processo qualifica o dever do Estado-juiz de fornecer a prestação jurisdicional. Assim, os institutos se mostram dissonantes no tocante ao seu objeto: a prescrição afeta um direito, ao passo que a duração razoável do processo qualifica um dever, ambos da Administração Pública. Os institutos, por outro lado, convergem quanto ao seu escopo maior, que é a manutenção da a segurança jurídica face ao decurso do tempo.

Desse modo, o presente trabalho utilizará o princípio constitucional da duração razoável do processo como marco teórico. Isso porque a ideia da prescrição virtual é justamente a de extinguir ações penais em que seja possível vislumbrar de antemão a extinção da punibilidade. A prescrição virtual deve ser utilizada quando se sabe antecipadamente que, num momento futuro, a duração do processo fatalmente deixará de ser razoável. No dizer de Aury Lopes Jr.⁵ “a pena é tempo e o tempo é pena.”.

⁴ **Justiça em Números 2018**, p. 32 e 34 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

⁵ JÚNIOR, Aury Lopes. **O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a de(mora) jurisdicional no processo penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol. 1, Ano 1, n. 1, junho – dezembro 2004. Editora Revista Dos Tribunais, p. 221

3. ESPÉCIES POSITIVADAS DE PRESCRIÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

3.1.1. Prescrição da pretensão punitiva em abstrato

Inicialmente, importante destacar a necessidade de estudar, ainda que de maneira breve, as espécies de prescrição penal já existentes. O motivo da inclusão do presente capítulo neste trabalho é justamente em razão do fato da prescrição virtual não possuir previsão legal própria, encontrando fundamento nos conceitos já legalmente positivados. Assim, impossível entender o que vem a ser a prescrição virtual, sem que antes se compreenda a prescrição penal em si.

A prescrição penal divide-se em dois grandes grupos⁶: a prescrição da pretensão punitiva, que é a perda do direito de punir em face do decurso do tempo, e a prescrição da pretensão executória, que é a perda do direito de executar uma punição já imposta. Basicamente, o marco temporal que divide esses dois tipos de prescrição é o trânsito em julgado da ação penal. Quando a prescrição é analisada antes do julgamento definitivo, tem-se prescrição da pretensão punitiva. Por outro lado, quando analisada posteriormente ao pronunciamento final, tem-se prescrição da pretensão executória.

Quando ainda em curso a ação penal, a depender do estágio em que o processo se encontre, a prescrição da pretensão punitiva ganha diferentes contornos, subdividindo-se em três espécies⁷, sendo sua primeira subdivisão justamente a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, objeto de análise nesse tópico.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 308

⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit.

A prescrição da pretensão punitiva em abstrato, também chamada de prescrição da pretensão punitiva propriamente dita⁸, leva em consideração a pena máxima cominada ao delito, em consonância com os prazos prescricionais insculpidos no art. 109 do CP.

Quanto aos intervalos temporais sobre os quais a prescrição da pretensão punitiva em abstrato vai incidir, existem dois. São eles: i) o lapso entre a prática do fato e o recebimento da denúncia (fase investigativa) e ii) o lapso entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória (fase judicial). Ressalte-se que após a prolação da sentença condenatória, a prescrição, por óbvio, não deixa de existir. O que muda é apenas sua forma de cômputo, que passa a ser regulada pela pena aplicada *in casu*, conforme se verá em breve.

Sobre a base de cálculo da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, Rogério Sanches Cunha⁹ ensina que as circunstâncias judiciais não possuem qualquer relevância na sua aferição.

Quanto às agravantes e atenuantes, como ensina Damásio de Jesus¹⁰, elas também não influem no prazo prescricional, com exceção da senilidade e da menoridade relativa (art. 115, CP). Importante destacar que a agravante da reincidência pode afetar o prazo prescricional, mas apenas o da prescrição da pretensão executória, não possuindo qualquer relevância para a prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, a Súmula 220 do STJ ensina que “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.

Quanto às majorantes e minorantes, Damásio de Jesus¹¹ ensina que elas sempre devem ser contabilizadas no cálculo da prescrição penal em abstrato, salvo

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit.

⁹ CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit.

¹⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral** — 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011, p. 766

¹¹ JESUS, Damásio de. Ob. Cit.

aquelas provenientes do concurso de crimes, conforme art. 119¹² do CP. As majorantes devem ter incidência em seu maior percentual, ao passo que, contrariamente, as minorantes devem ser aplicadas em seu menor grau.

Quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, é necessário observar o quanto disposto no artigo 111 do CP, sendo a regra geral que o prazo prescricional comece a correr quando da consumação do delito.

3.1.2. Prescrição da pretensão punitiva retroativa

Com exceção da prescrição em abstrato, as demais espécies de prescrição da pretensão punitiva, são chamadas de prescrição em concreto, justamente porque têm como base de cálculo a pena efetivamente aplicada na sentença condenatória. Rogério Greco¹³ ensina que a razão de ser do comando legal é que a pena já não pode mais ser elevada, em decorrência do princípio da *non reformatio in pejus*. Assim, a extinção da punibilidade leva em conta a gravidade do crime diante das circunstâncias fáticas, permitindo que condutas subsumidas a um mesmo tipo penal, a depender do caso, recebam tratamentos diferentes em matéria de prescrição.

A prescrição retroativa, objeto de análise nesse tópico, possui uma nomenclatura bastante sugestiva: é justamente a espécie de prescrição que ocorre antes da sentença, encontrando seu fundamento legal no §1º do art. 110 do CP¹⁴. Todavia, por expressão disposição legal, não pode ser computado o prazo anterior ao recebimento da inicial acusatória (vide tópico 4.2). Tal vedação é uma

¹² Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 807

¹⁴ Art. 110, § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.

particularidade da prescrição retroativa, tendo em vista que a prescrição em abstrato pode contabilizar o período decorrido entre o fato e a denúncia.

3.1.3. Prescrição da pretensão punitiva superveniente

A prescrição superveniente, também conhecida como prescrição intercorrente ou prescrição subsequente, é bastante similar à prescrição retroativa. A grande diferença entre elas é que, na prescrição retroativa, o lapso temporal analisado é o período anterior à sentença, ao passo que, na prescrição superveniente, conta-se o período posterior ao decreto condenatório.

Quanto à possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente, o CP traz expressamente duas possibilidades. A primeira, quando a acusação não recorre. A segunda, quando a acusação, embora tenha interposto recurso, tem seu pleito desprovido. Todavia, como ensina Damásio de Jesus¹⁵, é possível inferir do texto legal uma terceira hipótese: quando a acusação interpõe recurso que não tem como propósito elevar a pena. Por exemplo, quando o MP recorre apenas para discutir o regime prisional. Nesse sentido, o referido autor aduz que “Somente impede a incidência da prescrição superveniente à condenação o recurso da acusação que visa à agravação da pena privativa de liberdade.”.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente incide sobre um único intervalo temporal, sendo ele o interregno entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado. É mister destacar, todavia, que a existência de um único lapso temporal de incidência da prescrição superveniente não significa dizer que esta somente poderá ser analisada uma única vez.

3.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

¹⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**, 32ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 772

A prescrição da pretensão executória, conforme já dito, consiste na inércia do Estado em fazer cumprir uma sentença penal condenatória. O Estado já processou e julgou o réu, tendo vindo a, inclusive, condená-lo. Assim, essa espécie prescricional existe para impedir que o réu fique *ad eternum* no aguardo da concretização de uma decisão judicial.

A grande diferença entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória é basicamente o momento processual. O momento processual adequado para a verificação dessa espécie de prescrição é, como facilmente se pode supor, após a fase de conhecimento, já em sede de execução penal. Ou seja, houve o trânsito em julgado. Quanto à base de cálculo, deve ser levado em consideração a pena efetivamente aplicada.

Ademais, existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de qual seria o marco inicial exato da prescrição da pretensão executória. Não é o escopo do presente trabalho analisar de maneira minudente a temática referida, haja vista se relacionar diretamente com assuntos complexos, como a execução provisória da pena. Todavia, será feita uma breve menção aos posicionamentos adotados.

Como leciona Márcio Cavalcante¹⁶, de um lado, o STF sustenta que a prescrição da pretensão executória somente se inicia após o trânsito em julgado para ambas as partes. Ou seja, começa a correr a prescrição da pretensão executória quando o processo efetivamente chega ao fim. De outro, o STJ entende que basta o trânsito em julgado para a acusação para que tenha início o cômputo do prazo prescricional, adotando, assim, a literalidade do art. 112, I do CP¹⁷.

¹⁶ CAVALCANTE, Márcio. **Qual é o termo inicial da pretensão executória? A interpretação do art. 112, I, do CP deve ser literal?**. Dizer o Direito. Disponível em <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/qual-e-o-termo-inicial-da-pretensao.html>>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.

¹⁷ Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - 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. **Código Penal.**

4. A PRESCRIÇÃO VIRTUAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

4.1. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

Além da nomenclatura já referida, a prescrição virtual atende pelas seguintes terminologias¹⁸: prescrição por prognose, prescrição em perspectiva, prescrição pela pena hipotética, prescrição projetada, prescrição pré-calculada e prescrição retroativa antecipada. A prescrição virtual é produto de criação doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual inexistente previsão legal do instituto, o que é, inclusive, um dos argumentos utilizados pelos que lhe são contrários (discussão travada no tópico 5.4). Ademais, é um instituto de origem eminentemente brasileira, haja vista que a própria prescrição retroativa, seu fundamento teórico, também o é.

Guilherme de Souza Nucci¹⁹ conceitua prescrição virtual como a “...constatação da prescrição, antecipadamente, levando-se em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado.”. Rogério Sanches Cunha²⁰, na mesma toada, define o instituto como a perda superveniente do interesse de agir no prosseguimento da ação penal, dado que as circunstâncias do crime levam à fixação da pena em patamares que permitem inferir o reconhecimento, no futuro, da prescrição retroativa.

Rogério Greco²¹ traz um exemplo prático bastante elucidativo sobre a incidência da prescrição virtual. O autor narra a hipótese na qual já teriam decorrido mais de 3 anos sem o encerramento da instrução de um processo no qual é

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 320

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1093

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333

²¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**, 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 918

investigado o delito de lesões corporais leves, delito cuja pena é detenção de 3 meses a 1 ano (art. 129, CP²²). O juiz competente poderia, através de uma análise prévia do conjunto probatório, afirmar que o réu, sob hipótese alguma, receberia a pena máxima prevista em abstrato para o tipo.

Eis que surge a situação limítrofe: infrações com pena máxima igual a 1 ano prescrevem em 4 anos (art. 109, V do CP), ao passo que infrações com pena máxima inferior a 1 ano prescrevem em 3 anos (art. 109, VI do CP). Assim, por que o juiz, sabendo que não dará pena máxima ao réu, deveria instruir e sentenciar o feito, se já decorreram mais de 3 anos durante o trâmite processual? Caso viesse a sentenciar e condenar o réu, o juiz deveria declarar, ato contínuo, a prescrição retroativa, demonstrando a inutilidade de toda movimentação processual anteriormente feita.

Ademais, quanto à natureza jurídica da prescrição virtual, parece haver uma clara divergência entre, de um lado, doutrina e, do outro, jurisprudência. De forma geral, a doutrina entende que a prescrição virtual tem natureza jurídica de perda superveniente do interesse de agir. Por sua vez, a jurisprudência dominante enxerga a prescrição virtual como causa extintiva da punibilidade.

A discussão acerca da natureza jurídica da prescrição virtual não se resume a uma mera controvérsia teórica: há implicações práticas diretas. Isso porque se se considerar que a prescrição virtual é causa de extinção da punibilidade, haverá formação de coisa julgada material. De outra banda, caso se considere a prescrição virtual como perda superveniente do interesse de agir, haverá tão somente a extinção do feito sem resolução do mérito, o que, como se sabe, não obsta a propositura de uma nova ação, desde que haja novas evidências.

Em relação ao entendimento doutrinário, que enxerga a prescrição virtual como perda superveniente do interesse de agir, posicionam-se nesse sentido, por

²² Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 5 de dezembro de 2018.

exemplo, Guilherme de Souza Nucci²³, Francisco Afonso Jawsnicker²⁴, Paulo Afonso Brum Vaz²⁵, Renato Brasileiro de Lima²⁶ e Rogério Sanches Cunha²⁷.

Em relação ao posicionamento jurisprudencial, a Súmula 438 do STJ (estudada mais à frente, no tópico 4.3) é de clareza solar ao reconhecer a prescrição virtual como causa de extinção da punibilidade, afirmando que “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”.

No mesmo sentido, Ricardo Augusto Schmitt²⁸, em renomada obra voltada à segunda fase dos concursos da magistratura, apresenta modelo de sentença declaratória da prescrição virtual, na qual consta, no dispositivo, a extinção da punibilidade do réu.

Igualmente, em decisões de primeiro grau, onde alguns juízes seguem refutando a aplicação da Súmula 438 do STJ, as sentenças declaratórias da prescrição virtual invariavelmente reconhecem a extinção da punibilidade, e não a extinção sem resolução de mérito por perda do interesse de agir.

Citando alguns exemplos recentes de juízos singulares que adotaram a prescrição virtual, temos as ações penais a seguir, que tramitaram nas mais diversas comarcas do país: Processo 0000167-50.2000.805.0277²⁹, julgado em 12/07/2017,

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191

²⁴ JAWSNICKER, Francisco Afonso, **Prescrição Penal Antecipada**, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 141

²⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 25, 29 ago. 2008

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**, 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 127

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333

²⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**, 9. ed., rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 587

²⁹ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/497103253/andamento-do-processo-n-0000167-5020008050277-denuncia-crime-11-09-2017-do-tjba?ref=topic_feed>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

na comarca de Xique-Xique/BA; Processo 00024663320118140039³⁰, julgado em 27/10/2018, na comarca de Paragominas/PA; Processo 0019269-29.2013.8.24.0033³¹, julgado em 24/10/2017, na comarca de Itajaí/SC; Processo 265923-85.2016.8.09.0168³², julgado em 02/07/2018 na comarca de Águas Lindas de Goiás/GO.

Assim, resta claro que existem dois posicionamentos com repercussões jurídicas totalmente distintas. O entendimento adotado na presente monografia é de que a prescrição virtual representa a perda superveniente do interesse de agir, por força da possibilidade de *mutatio libelli* (vide tópico 5.3).

4.2. PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A LEI 12.234 DE 2010

Como é cediço, a prescrição retroativa incide sobre dois intervalos temporais (vide tópico 3.1.2). O primeiro, entre a data do fato e o recebimento da denúncia. O segundo, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória

Com fulcro no primeiro intervalo, a doutrina majoritária opinava, a depender do caso, pelo arquivamento do inquérito policial ou pela rejeição da denúncia, quando se vislumbrasse a existência de pena virtualmente prescrita. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci³³ defendia que “Se for detectada a prescrição virtual, antes do oferecimento da denúncia ou queixa, pode o órgão acusatório requerer o arquivamento do inquérito, por falta de interesse de agir”.

³⁰ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/215811012/djpa-01-11-2018-pg-1637?ref=next_button>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

³¹ Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/172385485/djsc-comarcas-14-12-2017-pg-925>>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

³² Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/597349393/andamento-do-processo-n-265923-8520168090168-acao-penal-05-07-2018-do-tjgo?ref=topic_feed>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1093

Todavia, com o advento da Lei 12.234 de 05 de maio de 2010, o §1º do art. 110 do CP³⁴ foi alterado para impedir o reconhecimento da prescrição retroativa no intervalo entre a data da prática da infração penal e o recebimento da denúncia. Assim, suprimida parcialmente a prescrição retroativa, só seria possível o seu reconhecimento durante a fase judicial, tendo em vista a impossibilidade de retroação à data anterior à exordial acusatória.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes³⁵ sustenta que “...por força da Lei 12.234/2010 a prescrição retroativa acabou pela metade. Parece muito acertado afirmar que a prescrição virtual também se extinguiu pela metade.”. Guilherme de Souza Nucci³⁶, entretanto, adverte que as alterações feitas pela Lei 12.234/2010 representam *novatio legis in pejus*, de sorte os fatos praticados anteriormente à vigência da referida legislação continuam regulados pelas regras anteriores.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt³⁷ sustenta que a supressão parcial da prescrição retroativa é uma “inconstitucionalidade manifesta”. Em termos práticos, o autor acredita que a impossibilidade de incidência da prescrição retroativa durante a fase investigativa incentiva a morosidade das averiguações feitas pelo MP e pela polícia civil. Em termos teóricos, o autor afirma que não existe fundamento jurídico para a não incidência da prescrição retroativa nesse interregno temporal. O autor acredita que a eliminação da prescrição retroativa na fase investigativa, além de evidenciar o reconhecimento pelo próprio Estado da sua incompetência para combater a criminalidade, representa meio inadequado para combatê-la.

³⁴ Art. 110, § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 2010. Acesso em 28 de outubro de 2018.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 490

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral – 19. ed. rev., ampl. e atual.** – São Paulo : Saraiva, 2013, p. 760.

Não é outro o entendimento de Celso Delmanto³⁸. O autor pontua que a medida a ser adotado no combate à criminalidade é o aparelhamento da polícia, e não a dilação dos prazos prescricionais, que, na visão do autor, representam “...verdadeiro estímulo à letargia policial, somado ao excesso de poder no tempo.”. O autor ressalta que, no panorama atual, o MP pode demorar até 20 anos para oferecer denúncia, o que contraria frontalmente a Constituição.

Importante asseverar também que a Lei n. 12.234/2010 possui redação pouco clara, haja vista dispor, em seu art. 1^o³⁹, ter havido a extirpação da prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro. Ora, o texto legal sugere que teria havido a supressão total da prescrição retroativa, quando, em verdade, o que ocorreu foi tão somente uma limitação da mesma. Sobre o tema, já se manifestou o STF⁴⁰ sobre a aparente contradição, pontificando que uma interpretação sistemática dos demais dispositivos da referida legislação permite concluir pela limitação parcial da prescrição retroativa.

Ao fim desse tópico, afigura-se relevante ainda tecer alguns comentários acerca do título escolhido para o presente trabalho monográfico: “Prescrição virtual: como procedimento penais natimortos retardam o Judiciário brasileiro”. A ideia inicial, que logo se mostrou equivocada, era utilizar o termo “ação penal natimorta”, no lugar de “procedimento penal natimorto”. Todavia, com a edição da Lei 12.234/2010, houve a extinção parcial da prescrição retroativa, especificamente no período anterior ao recebimento da denúncia.

Desse modo, ainda que as circunstâncias do caso concreto demonstrem a reduzida lesividade da conduta praticada, o MP é obrigado a oferecer denúncia, posto que a prescrição será necessariamente regida pelo máximo da pena cominada

³⁸ DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado — 9. ed. rev., atual, e ampl.** — São Paulo : Saraiva, 2016, p. 623

³⁹ Art. 1^o Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa. Lei 12.234 de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.

⁴⁰ HC 122.694, rel. min. Dias Toffoli, DJE 32 19-2-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071>>. Acesso em: 29 de outubro de 2018.

em abstrato durante fase investigativa. Nesse contexto, todas denúncias oferecidas são, em tese, aptas a gerar resultado útil ao Estado, razão pela qual optou-se por afastar o termo “ação penal natimorta”. Por outro lado, como a prescrição retroativa ainda atinge a fase judicial, a nomenclatura “procedimento penal natimorto” segue aplicável.

4.3. A SÚMULA 438 DO STJ E O MITO DA “SORTE DO PROCESSO PENAL”

Os tribunais superiores rechaçam fortemente a prescrição virtual. O STJ possui, inclusive, entendimento sumulado sobre o tema. O enunciado da Súmula 438 dispõe que “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”. Não se trata, por óbvio, de súmula vinculante, mas o referido verbete vincula os órgãos fracionários do próprio STJ, além de refletir o posicionamento pacífico dos demais Tribunais Superiores. A súmula em comento foi aprovada em 28/04/2010, pouquíssimo tempo antes da edição da Lei 12.234/10, em 05/05/2010.

Nessa toada, a despeito do quanto disposto na Súmula 438 do STJ, é de suma relevância destacar que a prescrição virtual, de maneira alguma, envolve subjetivismos infundados, exercícios de futurologia ou, nas palavras do STJ, a “sorte do processo penal”. Ao contrário do que possa parecer, numa análise apriorística, não se trata de “adivinhar” a pena do réu. Assim o é porque a aplicação da pena, no Brasil, é legalmente disciplinada, de forma a afastar o arbítrio judicial. Ou seja, o magistrado não pode aplicar a pena que ele, enquanto indivíduo, bem entender.

Em obediência à dosimetria da pena, o juiz deve necessariamente discriminar na sentença os critérios utilizados para chegar, respectivamente, à pena base, na primeira fase da dosimetria, à pena intermediária, na segunda fase, e à pena definitiva, na terceira fase.

Na primeira fase da dosimetria, o juiz analisa as circunstâncias judiciais (art. 59⁴¹, *caput* do CP), de sorte que possui alguma discricionariedade para, dentro dos limites abstratamente cominados em lei, fixar a pena base. Importante notar que a discricionariedade do magistrado deve ser sempre e necessariamente fundamentada, sob pena de nulidade. O magistério de Ricardo Augusto Schmitt⁴² esclarece, inclusive, que as circunstâncias judiciais são assim chamadas justamente porque têm sua apreciação reservada ao magistrado.

Na segunda fase da dosimetria, o juiz analisa as circunstâncias legais, mais conhecidas como agravantes e atenuantes (arts. 61 a 65 do CP). Nessa fase, o juiz é vinculado aos fatos, devendo obrigatoriamente elevar ou reduzir a pena. O próprio *caput* dos arts. 61 e 65 demonstra a natureza impositiva do mandamento. A redação legal dos dispositivos referidos consigna, respectivamente, que “são circunstâncias que sempre agravam a pena...”, bem como que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. O advérbio “sempre” não deixa qualquer dúvida acerca da natureza cogente das circunstâncias legais.

Muito embora não haja avaliação de cunho subjetivo do juiz acerca da existência das agravantes e atenuantes em si, é preciso destacar, entretanto, que a quantidade de pena a ser elevada ou reduzida está dentro do âmbito de liberdade valorativa do magistrado.

Na terceira e última fase da dosimetria, o juiz analisa as majorantes e minorantes, também conhecidas, respectivamente, como causas de aumento e causas de diminuição. Nessa etapa, assim como na segunda fase da dosimetria, não há discricionariedade quanto à existência das majorantes ou minorantes, havendo, por outro lado, escolha por parte do juiz acerca do *quantum* de pena a ser aumentado ou diminuído no caso concreto.

⁴¹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. **Código Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2018.

⁴² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**, 9. ed., rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 136

Em síntese, na análise das circunstâncias judiciais, no dizer de Ricardo Augusto Schmitt⁴³, “O juiz é quem irá determinar se terão carga positiva ou negativa, ao contrário das demais circunstâncias que têm sua valoração previamente determinada pelo legislador”. Na segunda fase, o juiz não valora a existência das agravantes e atenuantes, estando vinculado aos fatos ocorridos. Valora, contudo, a influência delas na pena intermediária. Na terceira fase, igualmente à anterior, não há valoração acerca da existência da majorante ou minorante, havendo apenas escolha acerca da quantidade de pena a ser elevada ou diminuída.

Ante o exposto, explica-se agora a relação da dosimetria da pena com a prescrição virtual. Quando o agente pratica uma infração penal, é possível, de imediato, verificar a existência de agravantes e majorantes. Isso porque, como dito, essas circunstâncias têm caráter eminentemente objetivo e prescindem de apreciação judicial para incidirem ou não.

O mesmo, porém, não se aplica às circunstâncias judiciais, com exceção dos antecedentes criminais. Não é possível dizer, de antemão, se a personalidade do agente ou a sua conduta social, por exemplo, ensejariam elevação da pena. Isso porque, como visto, a influência das circunstâncias judiciais na pena base encontra-se na esfera de discricionariedade do magistrado, ainda que de maneira fundamentada.

Todavia, justamente em decorrência desse dever de fundamentação, existem limitações à valoração da pena base pelo juiz. Assim, muito embora não se saiba de maneira precisa o quão relevante essa ou aquela circunstância judicial serão na fixação da pena, é possível antever os limites aos quais o juiz está adstrito, por força do dever de fundamentação.

A título de exemplo, quando um professor corrige uma questão discursiva, existe uma margem de discricionariedade na sua análise. Não pode haver, obviamente, uma nota aleatoriamente escolhida, em decorrência do dever de fundamentação da correção. Assim, o aluno, quando responde essa questão discursiva, já sabe de antemão, de maneira aproximada, a nota que receberá. Ele

⁴³ SCHMITT, Ricardo Augusto. Ob. Cit.

não sabe precisamente qual será a nota, mas sabe em torno de que número ela gravitará. Se o aluno respondeu a prova de maneira substancialmente pertinente, não poderá, em hipótese alguma, receber um 2 como nota. Por outro lado, poderá receber um 8. Ou um 8,5. Ou um 7,8. Tudo vai depender da discricionariedade fundamentada do professor.

No plano judicial, a situação é bastante semelhante. O réu não tem certeza absoluta acerca da valoração a ser feita pelo magistrado em relação às circunstâncias judiciais, mas ele tem certeza acerca dos contornos que essa valoração assume, por força do dever de fundamentação do juiz. O magistério de Paulo Afonso Brum Vaz⁴⁴, na mesma linha, demonstra que a dosimetria da pena não conta com discricionarismos, refletindo uma verdadeira operação vinculada, sendo certo que é essa vinculação que autoriza um prognóstico preciso acerca da futura pena.

Com base nessas premissas, é possível que os sujeitos processuais antevejam uma espécie de “pena máxima do caso concreto” (que se contrapõe ao conceito de pena máxima em abstrato). E é justamente com essa pena máxima do caso concreto que é possível vislumbrar qual o prazo prescricional, por ocasião da prescrição retroativa, será aplicável ao réu, caso seja condenado. Sobre o tema, Cláudia Ferreira Pacheco⁴⁵ ensina que a prescrição virtual não se propõe a prever que a pena será fixada em “tantos anos, tantos meses”, mas sim em afirmar que, na eventualidade da condenação, a pena não ultrapassará “tantos anos, tantos meses”.

Num exemplo prático, imaginemos que um indivíduo seja denunciado por furto simples (art. 155, *caput*, CP), delito cuja pena varia de 1 a 4 anos de reclusão. Na primeira fase da dosimetria, as circunstâncias judiciais lhe são, em sua maioria, favoráveis. A despeito de serem favoráveis, a valoração das circunstâncias do art. 59, como visto, depende da discricionariedade fundamentada do magistrado. Assim, o réu sabe aproximadamente o *quantum* de pena base receberá, mas não sabe a

⁴⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 25, 29 ago. 2008

⁴⁵ PACHECO, Cláudia Ferreira **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo penal)**. 2002

exata quantidade. Dentro dessa margem de erro, considerando a ausência de majorantes e agravantes, é possível que réu saiba qual a pior pena definitiva que lhe pode ser imposta.

Assim, como o réu já sabe a “pena máxima do caso concreto”, ele pode não só vislumbrar o prazo prescricional dessa pena virtual, mas também averiguar se ele já foi ultrapassado durante o trâmite processual. A essa averiguação, dá-se o nome de prescrição virtual.

É com fulcro no acima exposto que se refuta a ideia de “sorte do processo penal”, como preconizado pelo STJ. Não há sorte. Não há, também, falta dela. Azar seria um réu com circunstâncias judiciais favoráveis receber pena base no máximo, o que é flagrantemente inadmissível. Assim, a questão central é ter em mente que o juiz é, sim, livre para valorar, mas sempre de maneira fundamentada.

5. TESES CONTRÁRIAS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

5.1. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Insculpido no art. 5º, LVII⁴⁶ da CF/88, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, é um dos postulados basilares do processo penal. Por força dele, cabe à acusação demonstrar a procedência da pretensão punitiva, e não ao réu provar o contrário. Ou seja, existe uma presunção *juris tantum* de inocência, a qual cabe à acusação desconstituir.

Os partidários do entendimento ora em comento preceituam que reconhecer a prescrição virtual significa admitir a existência de culpa do réu, ainda que num momento futuro. Para eles, admitir a existência de uma pena concreta é admitir a existência de uma sentença condenatória, e por via de consequência, da culpabilidade do réu, tudo sem o devido processo legal.

Como um dos principais defensores desse entendimento na doutrina pátria, temos Cezar Roberto Bitencourt⁴⁷. O autor pontua que o reconhecimento da prescrição virtual encerra uma presunção de condenação, violando não só a presunção de inocência, mas também o devido processo legal.

Com a devida vênia, esse talvez seja um dos mais frágeis argumentos dos que defendem a inaplicabilidade da prescrição virtual. Não é possível conceber que uma das garantias do réu, como a presunção de inocência, seja utilizada como subterfúgio para mantê-lo vinculado ao processo.

⁴⁶ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. **Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**, 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501

Ao abordar a temática da prescrição virtual, Guilherme de Souza Nucci⁴⁸, aduz que “...os direitos e garantias fundamentais não podem servir de pretexto para prejudicar o réu, pois constituem a sua proteção contra o abuso do Estado.”. Na mesma esteira, Daniel Mattioni⁴⁹ alerta ainda que “...o ônus de provar a culpa é da acusação, não se podendo cogitar que o réu seja obrigado a permanecer no processo para, ao final, demonstrar inocência, quando pode dele sair com maior facilidade.”.

Ademais, a prescrição virtual envolve um juízo de probabilidade. Ou seja, o operador do direito irá se perguntar: na eventualidade do acusado ser condenado, qual a provável pena que receberá? Não há, com a decretação da prescrição virtual, uma presunção de culpa. Há, apenas, um prognóstico da pena a ser aplicada em caso de condenação. Esse prognóstico da pena é necessária para que se descubra qual a pena justa para o caso concreto, de forma que a prescrição possa se regular pela “pena máxima do caso concreto”.

Por conseguinte, é importante rememorar que vige, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura da transação penal (art. 76⁵⁰ da Lei 9.099/96). Nela, o MP, de um lado, deixa de oferecer denúncia, ao passo que o réu, de outro, aceita a imposição de pena não privativa de liberdade. A despeito da efetiva imposição de pena, não há qualquer violação ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, o entendimento atual do STJ⁵¹ é no sentido de que a transação penal representa apenas a “submissão voluntária à sanção penal”, não havendo que se falar em

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal, 10. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 490.

⁴⁹ MATTIONI, Daniel. **A prescrição virtual no processo penal e súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça**, Direito em Debate, 2011 Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/608/338>>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

⁵⁰ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. **Lei 9.099 de 1995**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 4 de dezembro.

⁵¹ **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 93. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2093%20-%20Juizados%20Especiais%20Criminais%20-%20I.pdf>. Acesso em 07 de dezembro de 2018.

reconhecimento de responsabilidade civil, nem penal. O réu simplesmente opta por não se submeter ao processo penal, preferindo, no lugar, a imposição de uma sanção não corporal.

Ora, se na transação penal, onde há efetiva imposição de pena sem processo (processo assim entendido nos moldes tradicionais), não há violação à presunção de inocência, o referido princípio, com ainda mais razão de ser, mantém-se absolutamente hígido diante do reconhecimento da prescrição virtual. Desse modo, parece restar claro que a prescrição virtual, assim como a transação penal, não importa em reconhecimento de culpa. Na prescrição virtual, há apenas e tão somente um juízo de probabilidade acerca da quantidade de pena que o réu receberia na eventualidade de ser condenado.

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Afonso Brum Vaz⁵² aduz que a prescrição virtual não viola a presunção de inocência, haja vista que a prognose da pena é feita com uma finalidade específica, que é justamente de viabilizar a extinção da punibilidade. O pensamento de Francisco Afonso Jawsnicker⁵³ bem arremata tudo quanto dito: “Frise-se: não há condenação ou presunção de culpa, mas apenas admite-se uma possibilidade, como parte de um raciocínio.”.

5.2. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Um dos grandes defensores, senão o maior deles, da impossibilidade de aplicação da prescrição virtual em decorrência da ausência de previsão legal é o STJ⁵⁴. Não se olvida que vige no Direito Penal o princípio da legalidade estrita.

⁵² VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 25, 29 ago. 2008

⁵³ JAWSNICKER, Francisco Afonso, **Prescrição Penal Antecipada, 2ª Edição** - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 140

⁵⁴ AgRg nos EDcl no REsp 1707773/AM, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 12/09/2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRG+NOS+EDCL+NO+RESP+1707773&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 7 de dezembro.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro é repleto de institutos que não possuem qualquer previsão legal e, ainda assim, são amplamente aceitos.

Para citar um deles, observe-se o consentimento do ofendido, que figura como excludente de ilicitude. Ora, o CP é claro ao disciplinar as discriminantes em seu art. 23, trazendo entre elas, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade, mas não fazendo qualquer menção ao consentimento do ofendido. Não obstante, a ausência de previsão legal não parece ser empecilho para o reconhecimento da referida excludente de ilicitude. E o consentimento do ofendido é apenas um dos exemplos. Cite-se, ainda, em matéria de erro de tipo, o *error in objecto* e o *aberratio causae*, ambos sem disciplina legal, mas sempre abordados pela doutrina e reconhecidos pela jurisprudência.

Também não socorre aos defensores dessa tese o argumento de que as modalidades de prescrição constituem um rol taxativo. Isso porque as causas extintivas da punibilidade do art. 107 do CP, ao contrário, estão elencadas num rol *numerus apertus*. Sobre o tema, o magistério de Damásio de Jesus⁵⁵ indica que “O art. 107 do Código Penal não é taxativo. É exemplificativo. Há causas extintivas da punibilidade fora do rol dessa disposição”. Rogério Greco⁵⁶, no mesmo sentido, pontifica que o art. 107 é um rol exemplificativo, posto que existem outras causas de extinção da punibilidade fora desse dispositivo, tais como a reparação do dano no peculato culposo (art. 312, §3º, CP) e a decurso do período de prova sem revogação do *sursis* processual (art. 89, §5º da Lei 9.099/95).

Poderia se argumentar que, muito embora não constem expressamente no rol do art. 107, as outras causas de extinção da punibilidade contam com previsão legal, ainda que fora do CP. Todavia, essa afirmativa também não é inteiramente verdadeira. O crime de estelionato mediante emissão de cheque sem fundo (art. 171, VI⁵⁷, CP) foi contemplado com uma causa extintiva da punibilidade proveniente

⁵⁵ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**, 22. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 288

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 783

⁵⁷ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento. **Código**

puramente do entendimento jurisprudencial do STF. É nesse sentido que dispõe a Súmula 554 do Excelso Pretório: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”. Interpretando *a contrario sensu* o verbete sumular, temos que o pagamento do cheque feito anteriormente ao recebimento da denúncia extingue a punibilidade.

Ademais, é de se destacar que, antes da Lei 6.417/77, não existia a figura da prescrição retroativa no nosso ordenamento jurídico. Não obstante, o STF editou, em 1963, a Súmula 146, cujo teor dispõe que “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”. Assim, por meio da sua própria jurisprudência, o Supremo consagrou uma espécie de prescrição não prevista no texto legal. O voto do Ministro Dias Toffoli no HC 122.694/SP⁵⁸ de 2014 esclarece que “Na vigência do Código Penal de 1940, a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, foi produto de criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.”.

Assim, a ausência de previsão legal, ao que parece, não impediu o STF de ampliar as hipóteses de extinção da punibilidade, tanto na história recente, com a Súmula 554, quanto na década de 60, com a Súmula 146. Não se vislumbra como, agora, possa ser diferente com a prescrição virtual.

5.3. POSSIBILIDADE DE *EMENDATIO LIBELLI* E *MUTATIO LIBELLI*

Quanto à *emendatio libelli*, não há qualquer incompatibilidade do instituto com a prescrição virtual. Se a acusação chamou de “furto”, o que, na verdade, era um roubo, o juiz vai simplesmente promover, de ofício, uma nova adequação típica. Os fatos, entretanto, são exatamente aqueles descritos na inicial. Há, apenas, erro de

Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2018.

58

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=235488367&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

direito, sendo até mesmo prescindível a instrução processual para verificação do equívoco.

Não se nega que a alteração da capitulação legal pode promover mudanças na pena e, conseqüentemente, no prazo prescricional. Porém, como se sabe, o reconhecimento da prescrição, no curso da ação penal, requer sempre pronunciamento judicial. Ou seja, instado a declarar a prescrição virtual, se o magistrado verificar que os fatos narrados não se coadunam com a definição jurídica dada pelo MP, o juiz simplesmente corrigirá a capitulação legal e negará o pedido de reconhecimento da prescrição virtual. Não há qualquer prejuízo processual, sendo certo que o processo seguirá seu trâmite normalmente. Inexiste prejuízo justamente porque os fatos imputados ao réu serão regularmente julgados, pouco importando a nomenclatura que se dê a eles, seja furto, seja roubo.

Em verdade, dizer que a prescrição virtual é incompatível com a *emendatio libelli*, é o mesmo que dizer que a própria prescrição em abstrato é incompatível com *emendatio libelli*. Tome-se como exemplo o caso acima narrado, onde o MP errou a capitação legal, chamando roubo de furto. Se o réu pedir ao magistrado que reconheça a prescrição em abstrato do furto, o magistrado vai simplesmente negar, porque percebeu que se trata, na realidade, de roubo. O mesmo se dá com a prescrição virtual.

Na *mutatio libelli* (art. 384, CPP), por outro lado, os fatos imputados ao réu são, diversos daqueles constantes na exordial acusatória. A narrativa fática, por exemplo, indica a ocorrência de furto, mas verifica-se, através da instrução probatória, que se trata de roubo. A possibilidade de *mutatio libelli* é, inclusive, o principal argumento utilizado pelo Supremo para negar a aplicabilidade de prescrição virtual. O Ministro Ayres Britto, então relator do INQ 2584/SP (vide tópico 7.2), aduziu nos debates em plenário que “...o fundamento da recusa da nossa jurisprudência em reconhecer a perspectiva antecipada é exatamente este: é a possibilidade de aditamento da denúncia, descoberta de novos fatos...”.

A solução jurídica, em relação à *mutatio libelli*, varia em função do entendimento adotado quanto à natureza jurídica da prescrição virtual (discussão travada no tópico 4.5). Caso se considere que a prescrição virtual tem natureza

jurídica de causa extintiva da punibilidade, haverá formação de coisa julgada material. Ou seja, circunstâncias fáticas mais gravosas eventualmente descobertas, não poderão mais ser imputadas ao réu. Ao que parece, esse argumento específico tem, em tese, o condão de afastar a incidência da prescrição virtual. Isso porque os fatos narrados na denúncia, que são utilizados como base de cálculo da pena virtual, podem se revelar distintos, no decorrer da instrução probatória.

Como exemplo, imaginemos que um indivíduo tenha sido denunciado por porte de drogas (art. 28⁵⁹ da Lei 11.343/06), crime de baixíssimo potencial ofensivo, que sequer possui pena privativa de liberdade. No decorrer da instrução processual, resta demonstrado que o réu não era mero usuário, mas sim traficante (art. 33⁶⁰ da Lei 11.343/06). A pena para o tráfico é substancialmente maior, podendo chegar a 15 anos de reclusão.

Da mesma maneira que houve mudança na pena em decorrência da *mutatio libelli*, o prazo prescricional acompanha essa alteração: o crime de porte de drogas prescreve em 2 anos (art. 30 da Lei 11.343/06), ao passo que o crime de tráfico prescreve em 20 anos (art. 109, I do CP). Na verdade, o problema maior não é a alteração da pena em si. Até porque a *emendatio libelli* também altera o prazo prescricional e, como visto, ela não representa empecilho ao reconhecimento da prescrição virtual.

A grande questão é que a prescrição virtual propõe acabar com o processo assim que se visualize a pena virtualmente prescrita, o que pode se dar, inclusive, antes da instrução. Assim, seria praticamente impossível descobrir novos fatos que

⁵⁹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. **Lei 11.343 de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

⁶⁰ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. **Lei 11.343 de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

pudessem alterar a capitulação legal, justamente porque essa descoberta se daria, muito provavelmente, durante a instrução processual, que não aconteceu. E nem acontecerá. Afinal, a prescrição virtual enquanto causa de extinção da punibilidade forma coisa julgada material.

Desse modo, a *mutatio libelli*, ao que tudo indica, revela-se incompatível com a prescrição virtual enquanto causa de extinção da punibilidade.

Todavia, ainda que se reconheça que a extinção da punibilidade com fundamento na prescrição virtual seja inadequada do ponto de vista técnico-jurídico, é preciso realizar um juízo de ponderação. Francisco Afonso Jawsnicker⁶¹, sopesando o custo-benefício, explana que apesar de haver incompatibilidade teórica entre a extinção da punibilidade pela prescrição virtual e *mutatio libelli*, a mera probabilidade da sua ocorrência não pode representar objeção à certeza dos benefícios trazidos pela prescrição virtual. Nesse ponto, o autor questiona: “Os evidentes benefícios que a prescrição antecipada oferece podem ficar à mercê de uma variável cuja significância não foi demonstrada?”.

Na mesma esteira, César Eduardo Lavoura Romão⁶², de maneira mais incisiva, pensa que “...a utilização de tal argumento não merece, *data vênia*, maior atenção, pois a sua ocorrência é reduzidíssima, sem qualquer relevância apta a afastar a adoção do raciocínio defendido...”.

De outra banda, caso se considere que a prescrição virtual tem natureza jurídica de perda superveniente do interesse de agir, Renne do Ó Souza⁶³ ensina que o instituto se harmoniza com a *mutatio libelli*. Isso porque a sentença prolatada, nesse caso, é terminativa, não tendo aptidão de formar coisa julgada material. É

⁶¹ JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 141

⁶² ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro**. 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8743/1/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

⁶³ SOUZA, Renne do Ó. **Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação**. 2007. Disponível em: <<http://promotordejustica.blogspot.com/2007/04/prescrio-virtual-ou-antecipada.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

possível a repetição da demanda, desde que haja correção do vício que ensejou a extinção sem resolução de mérito.

Gustavo Henrique Coelho Hahnemann⁶⁴, em relação a esse último caso, contra-argumenta no sentido de que não haverá estímulo à colheita de novos elementos probatórios, posto que o processo já foi anteriormente taxado como tendo uma elevadíssima chance de já estar prescrito. A tendência natural seria deixá-lo de lado, até a prescrição em abstrato fulminar a pretensão punitiva definitivamente. Segundo o autor, a despeito de existir a possibilidade abstrata da colheita de novas provas, a prática demonstra que não haverá qualquer esforço “devido à sobrecarga de serviço, o mesmo excesso que forneceu condições para o desenvolvimento de institutos como a prescrição virtual.”. O autor conclui pontificando que, salvo a hipótese de novos elementos aportarem espontaneamente nos autos, os feitos arquivados assim permanecerão.

Entretanto, não parece que o réu deva ser prejudicado diante da ineficiência da acusação. Se o Estado pretende condenar o indivíduo, precisa provar a culpa do mesmo, posto que este é presumidamente inocente, por expressa disposição constitucional. Se uma das condições da ação deixou de existir, não há outra saída: o processo deve ser extinto sem resolução de mérito. Se há ineficiência por parte do Estado, deve-se buscar torná-lo eficiente, e não atropelar garantias processuais sob o pretexto de equiparar defesa e acusação.

5.4. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, também conhecido como princípio da indisponibilidade da ação penal, impõe ao MP, uma vez satisfeitas as exigências legais, o dever de denunciar. A denúncia, nessa hipótese, é um ato compulsório, não havendo análise de conveniência e oportunidade. Fernando

⁶⁴ HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. Recife, 2011, p. 111

Capez⁶⁵, se referindo à obrigatoriedade da ação penal imposta ao MP, ensina que “não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social.”.

De início, é importante lembrar que a prescrição virtual, no contexto atual, não exerce qualquer influência na fase pré-judicial, por força da Lei 12.234/10 (vide tópico 4.2). Assim, o oferecimento de denúncias continuará tão obrigatório com ou sem prescrição virtual. A discussão, todavia, ainda persiste em relação à obrigatoriedade de prosseguimento na ação penal quando se vislumbra a ocorrência de prescrição virtual após o oferecimento da denúncia.

É preciso ter em mente que a ideia central do princípio da obrigatoriedade da ação penal é afastar o arbítrio do *parquet*. O MP não denuncia quando bem entender. Denuncia quando atendidos os requisitos legais. O que o princípio da obrigatoriedade da ação penal busca, ao que tudo indica, é uma postura uniforme da acusação, devendo haver uma atuação igual para casos iguais.

Assim, se o crime está prescrito pela pena em abstrato, não soa razoável sustentar que o MP deve, ainda assim, oferecer denúncia, em nome da obrigatoriedade da ação penal. Da mesma forma que o membro do MP, em determinadas circunstâncias, pode requerer a absolvição do réu, não parece haver, pelas mesmas razões, empecilho relativo à prescrição virtual. Ou seja, se foi provada a inocência do réu, soa desarrazoado sustentar que, ainda assim, o MP deva insistir na condenação. Igualmente, se o crime está prescrito pela pena virtual, tal circunstância há de ser reconhecida. Em ambos os casos, há vinculação na atuação do MP.

Francisco Afonso Jawsnicker⁶⁶, com precisão cirúrgica, pontifica que “Se, por um lado, é certo que os órgãos da persecução penal são obrigados a agir, por outro, também é certo que a atuação deles depende da coexistência das condições da ação.”. O autor entende não haver incompatibilidade entre prescrição virtual e o princípio da obrigatoriedade da ação penal, haja vista que, na falta de uma das

⁶⁵ CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 23ª Edição, Editora Saraiva, 2016, p. 206

⁶⁶ JAWSNICKER, Francisco Afonso, **Prescrição Penal Antecipada**, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 140

condições da ação, os órgãos responsáveis pela persecução penal são obrigados a não agir.

Assim, é possível afirmar que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não impõe ao MP o dever de denunciar irrestritamente, mas o dever de denunciar (ou prosseguir na denúncia) quando atendidas as exigências legais, não havendo que se falar em incompatibilidade do referido postulado com a prescrição virtual.

5.5. VIOLAÇÃO AO DIREITO SUBJETIVO DO RÉU DE OBTER UMA SENTENÇA DE MÉRITO

Inicialmente, é de relevo destacar a impropriedade, no âmbito do processo penal, da utilização da terminologia “direito à sentença de mérito”. Ao que tudo indica, o raciocínio utilizado pelos que defendem essa tese parte de uma lógica essencialmente civilista. Assim o é porque, no processo civil, somente existem quatro resultados finais para um processo: procedência, improcedência, procedência parcial e extinção sem resolução de mérito. No processo penal, por outro lado, existem cinco resultados possíveis. Acrescenta-se à lista anterior a extinção da punibilidade.

A ressalva acima feita é necessária porque a sentença extintiva da punibilidade, muito embora não analise o mérito da causa, resolve definitivamente o processo. Parece, assim, mais correto falar, no âmbito do processo penal, que o réu tem direito à prestação jurisdicional, assim entendida como uma solução definitiva para o caso, e não a uma sentença de mérito propriamente dita.

Como defensor da incompatibilidade entre prescrição virtual e o direito à sentença de mérito, desponta o magistério de Cezar Roberto Bittencourt⁶⁷ ao lecionar que “...o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência.”.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**, 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501

Como visto, a depender do entendimento adotado, a sentença que reconhece a prescrição virtual tem aptidão de formar coisa julgada material ou não (vide tópico 4.1). Caso se entenda que a prescrição virtual é causa de extinção da punibilidade, não haverá, evidentemente, análise meritória, mas o caso fica, frise-se, resolvido definitivamente. Nesse sentido, Francisco Afonso Jawsnicker⁶⁸ bem pontua que caso o empecilho ao reconhecimento da prescrição virtual seja o direito do réu de receber uma sentença de mérito, então a própria prescrição abstrata também não poderia ser reconhecida, porque, segundo esse entendimento, o réu deve necessariamente ser absolvido ou condenado.

Por outro lado, caso se entenda que a prescrição virtual opera enquanto perda do interesse de agir, também não há violação ao direito à prestação jurisdicional. Isso porque tal direito só existe na medida em que satisfeitos os requisitos mínimos para o desenvolvimento regular da ação. Assim, se uma das condições da ação deixa de existir no curso processual, o direito à sentença de mérito deve ter o mesmo destino, porque aquelas são pressupostos deste.

⁶⁸ JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 141

6. TESES FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

6.1. ECONOMIA PROCESSUAL

A economia processual é, certamente, um dos maiores motes dos defensores da prescrição virtual. E não sem razão. Todos os atores processuais, especialmente o réu, podem se poupar do envolvimento em procedimentos penais natimortos.

É de se perceber que não reconhecer a prescrição virtual faz com que os operadores do direito dispendam recursos com ações que invariavelmente prescreverão no desenrolar processual. Ao perderem tempo com procedimentos penais penas desse jaez, a consequência lógica é uma só: a prescrição abstrata tende a atingir as ações potencialmente úteis.

Surge, então, um paradoxo. De um lado, investe-se tempo em ações virtualmente prescritas. De outro, prescrevem as ações que realmente poderiam trazer um resultado útil. Assim, a sensação de impunidade, bem como a descrença no Judiciário acabam por ser agravadas, haja vista que nem estas, nem aquelas ações terão seus méritos analisados.

Por essa razão, rejeitar a prescrição virtual, segundo Paulo Afonso Brum Vaz⁶⁹, implica favorecer um Direito Penal Simbólico⁷⁰. O autor pontifica que refutar a prescrição virtual representa “...demasiado apego a um formalismo contraproducente e contrário aos postulados do Estado Democrático de Direito.”, concluindo que a propositura de ações penais desnecessárias afeta a credibilidade de justiça criminal.

⁶⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial.** Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 25, 29 ago. 2008

⁷⁰ Segundo Rogério da Cunha Sanches, “Movido pela sensação de insegurança presente na sociedade, o Direito Penal de Emergência, atendendo demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão.” **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 37

Trazendo um exemplo a partir da visão utilitarista de Jeremy Bentham⁷¹, num hospital com escassez de recursos, procura-se investir no paciente com melhor chance de resposta. Se, numa situação de carência de meios, o clínico escolhe medicar o paciente à beira da morte (ação virtualmente prescrita) em detrimento do paciente com prognóstico favorável (ação potencialmente útil), ambos, ao fim, morrem. O mesmo se dá no âmbito judicial. A situação ideal é que existissem medicamentos para ambos os pacientes, assim como deveriam existir juízes para ambas as ações. Só que não há. Nem haverá, ao que tudo indica, num futuro próximo.

Importante destacar que aqui não se defende que a prescrição virtual seja um instituto a ser utilizado exclusivamente enquanto houver morosidade no Judiciário. Economia processual é, com ou sem crise, algo positivo. Todavia, ela ganha ainda maior destaque diante de conjunturas instáveis, que demandam a otimização dos recursos disponíveis. Dito isso, a prescrição virtual afigura-se benéfica tanto em cenários de crise quanto em panoramas de normalidade.

Sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa⁷² traça um paralelo entre a situação atual da justiça brasileira com a “tragédia dos comuns”, situação na qual os indivíduos, movidos por seus interesses pessoais, adotam comportamentos prejudiciais à coletividade, esgotando algum recurso finito. O autor explica que o exercício irrestrito do direito de ação representa uma “armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos.”. O autor afirma que a panorama atual configura “superexploração” do Judiciário, explicando as consequências malélicas desse quadro ao pontuar que a jurisdição é um recurso finito, tendo em vista a capacidade de assimilação das demandas propostas. Conclui que a manutenção dessa situação

⁷¹ Segundo Jeremy Bentham, “Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo...”. **Princípios da Moral e da Legislação**, Capítulo I. 1789

⁷² ROSA, Alexandre Morais da. **Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora**. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-26/limite-penal-nao-reconhecer-prescricao-antecipada-crime-jogar-nosso-dinheiro-fora>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

“...pode gerar a externalidade negativa de impedir que as demais ações, realmente importantes, não possam ser assimiladas no tempo adequado.”.

No mesmo sentido, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas⁷³, em manifestação institucional diante de um caso concreto, consignou que prescrição virtual deve ser enxergada como uma possibilidade normativa implícita, por força do princípio da eficiência imposto à Administração Pública (art. 37, *caput*⁷⁴, CF). Assim, deveria haver um favorecimento à racionalização dos gastos e recursos estatais, nos moldes de uma administração gerencial⁷⁵.

Sobre o tema, Ingrid Paula Gonzaga e Castro⁷⁶ bem sintetiza a ideia central do debate proclamando que “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.”.

Paulo Afonso Brum Vaz⁷⁷, não sem razão, pontua que “Um processo em que se reconhece, depois de dispendiosa tramitação, a prescrição penal é um ônus sem bônus. Os custos desse processo superam as vantagens sociais.”. O autor segue trazendo conceitos relacionados à Análise Econômica do Direito⁷⁸, aduzindo que o

⁷³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/defensoria-sumula-stj-proibe-prescricao.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

⁷⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.

⁷⁵ Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “O que a sociedade tem perseguido atualmente – desapontada com os velhos métodos da organização administrativa – é a adoção de novas técnicas e modernos instrumentos formadores da administração gerencial (public management), que não só atende aos anseios da Administração como também corresponde às expectativas do interesse da coletividade.”. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁷⁶ CASTRO, Ingrid Paula Gonzaga e; SOUZA, Larissa Faleiro. **Prescrição virtual sobre o prisma do Estado Democrático e o princípio da não culpabilidade**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, 2016. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/12/DIR29-02.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

⁷⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 25, 29 ago. 2008

⁷⁸ Segundo Aline Andrighetto, “A análise econômica do Direito apresenta características, como: a rejeição da visão que entende ser o Direito autônomo em relação às realidades sociais e, portanto,

processo penal deve sopesar, na análise do seu custo-benefício, não só as variáveis clássicas, tais como liberdade e presunção de inocência, mas também seu custo financeiro.

Ademais, a analogia de Renee do Ó Souza⁷⁹, ao tratar da prescrição virtual, é deveras pertinente ao pontificar que “...iniciar, em casos tais, a perseguição penal judicial, ou, se for o caso, dar-lhe prosseguimento, seria o mesmo que nadar, nadar e morrer na praia.”.

Conclui-se, assim, que a economia processual é um argumento não só altamente convincente do ponto de vista teórico, mas também a partir do viés prático, especialmente considerando o quadro atual de letargia do Judiciário brasileiro.

6.2. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR

A Teoria Geral do Processo ensina que são três as condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causum* e o interesse de agir. Esta última, conforme Guilherme Nucci⁸⁰, se desdobra ainda em interesse-necessidade, interesse-adequação e interesse-utilidade.

O interesse-necessidade é entendido como a necessidade de provocar o Judiciário para obter determinado provimento jurisdicional. Na seara penal, o interesse-necessidade é presumido, posto que somente através do devido processo legal é possível impor pena a alguém. Por outro lado, o interesse-adequação diz que a ação proposta deve vir acompanhada de prova pré-constituída: a famigerada justa

disciplina autônoma das demais ciências sociais”. **Análise econômica do direito e algumas contribuições.** Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan./jun. 2013

⁷⁹ SOUZA, Renne do Ó. **Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação.** 2007. Disponível em: <<http://promotordejustica.blogspot.com/2007/04/prescrio-virtual-ou-antecipada.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 678

causa. No que concerne ao interesse-utilidade, Guilherme de Souza Nucci⁸¹ explica que “significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado.”.

É justamente o interesse-utilidade que a prescrição virtual ataca, posto que é possível prenuciar a inutilidade do provimento jurisdicional para a acusação. O autor completa, não sem razão, pontificando que “quando se vislumbra a prescrição virtual ou antecipada, por exemplo, de nada adianta ingressar com ação penal, pois inexistente objetivo concreto e eficaz para o Estado.”.

Na mesma linha de raciocínio, Renee do Ó Souza⁸² ensina que “...não permitir a utilização da prescrição virtual para extinguir uma ação sem julgamento do mérito é negar existência às próprias condições da ação”. Assim, da mesma forma que a denúncia não pode ser intentada sem que haja, por exemplo, justa causa, a ação não pode prosseguir regularmente quando outra condição da ação deixa de existir por força da prescrição virtual.

6.3. CONCRETIZAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A concepção contemporânea do princípio constitucional do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV⁸³) não se limita à propositura da demanda. É preciso mais. O cidadão tem direito de obter, em tempo razoável, a prestação jurisdicional.

A Constituição brasileira expressamente consagra o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII⁸⁴), funcionando como um mandamento

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit.

⁸² SOUZA, Renne do Ó. **Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação.** 2007. Disponível em: <<http://promotordejustica.blogspot.com/2007/04/prescrio-virtual-ou-antecipada.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

⁸³ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. **Constituição Federal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

constitucional de otimização. No âmbito penal, a necessidade de estrita observância do referido preceito constitucional ganha ainda mais relevo, posto que bens jurídicos do mais elevado escalão, como a liberdade, são postos em jogo. Assim, com razão Rui Barbosa⁸⁵ ao aduzir que justiça tardia não é justiça. Acerca do tema, Freddie Didier Jr.⁸⁶ explana que “...o direito de ação não apenas garante a mera provocação do Poder judiciário. O direito de ação é o direito a uma jurisdição qualificada; direito a uma jurisdição tempestiva, adequada e efetiva.”

A despeito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais terem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º⁸⁷), inexistem mecanismos verdadeiramente eficazes na legislação infraconstitucional aptos a concretizar o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Nesse tocante, Aury Lopes Júnior⁸⁸ aduz que o Brasil adotou a teoria do “não prazo”. Segundo o autor, o CPP consagra diversos prazos, mas sem cominar qualquer sanção na hipótese de sua inobservância. Por essa razão, a estipulação desses prazos impróprios seria totalmente ineficaz, equiparando-se a não ter prazo algum.

Aury Lopes Júnior⁸⁹ se utiliza, ainda, do conceito de “(de)mora jurisdicional”, fazendo uma alusão ao termo “mora”, próprio do direito civil, na tentativa de

⁸⁴ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

⁸⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 1921

⁸⁶ JÚNIOR, Freddie Didier. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 19. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 205

⁸⁷ Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2018

⁸⁸ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país**. Conjur, 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

⁸⁹ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país**. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

evidenciar a letargia relativa ao que o autor chama de “adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional”.

Nessa toada, tem-se que o conceito de “razoável” é um conceito jurídico indeterminado, somente aferível diante do caso concreto. O processo não pode se eternizar, mas também não pode dar-se apressadamente. Vera Ponciano⁹⁰ aduz que “...construir uma decisão liminar ou uma sentença não é como fazer fast food, mandar um torpedo ou um whatsapp ou um email. Fast justice pode ser perigoso...”. Qual seria então o prazo razoável para processar um furto? E um homicídio?

A prescrição penal surge como uma espécie de pré-fixação do que o legislador considerou como um prazo adequado. Não é por acaso que os prazos prescricionais do art. 109 do CP são escalonados de maneira diretamente proporcional à gravidade abstrata do delito: infrações penais de elevado potencial ofensivo, por requererem maior dilação probatória, demoram mais tempo para prescrever, sendo o contrário também verdadeiro.

Nesse contexto, a prescrição virtual desponta como um método de aferição da razoabilidade *in concreto*, renunciando que a ação penal será, num momento futuro, inexoravelmente fulminada pela prescrição. Sobre o tema, Francisco Afonso Jawsnicker⁹¹ ensina que a prescrição virtual não pretende isentar o réu dos incômodos de um processo legítimo, posto que estes devem ser suportados, mas tão somente do constrangimento ilegal proveniente de um processo inútil.

Na verdade, muito embora a razoável duração do processo seja uma garantia especialmente voltada à defesa, não é exclusividade desta. O preceito constitucional é voltado ao processo penal como um todo, incluindo aí a acusação. De um lado, se o réu tem interesse em se ver livre de uma ação penal, de outro, o MP também deseja que o processo não se eternize. Afinal, é preciso lembrar que a pena não

⁹⁰ PONCIANO, Vera. **O controle da morosidade do Judiciário: eficiência só não basta**. 2015. Disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/comsoc/noticia.php?codigo=1326>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁹¹ JAWSNICKER, FRANCISCO AFONSO. **Prescrição Penal Antecipada**, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 106

encerra um fim em si mesma. A pena possui, também, caráter preventivo⁹², de modo que a imposição de sanção quando já transcorrido longo período desde a prática da infração penal, debilita significativamente tal desiderato.

É nesse sentido o ensinamento de Cesare Beccaria⁹³, que, em sua clássica obra “Dos Delitos e Das Penas”, já aduzia que quanto menos tempo decorrer entre o crime e a pena, mais eficaz se demonstrará a pena em sua finalidade preventiva. Isso porque, segundo o autor, a sociedade ficará condicionada a acreditar que crime e castigo são duas ideias indissociáveis, não existindo o primeiro sem o segundo. Na dicção do estudioso, as pessoas “...tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável.”.

Desse modo, tem-se que, estando a ação penal virtualmente prescrita, há violação ao preceito constitucional da razoável duração do processo, razão pela qual a ação penal deve ter seu prosseguimento obstado. A defesa é, evidentemente, a maior interessada na extinção da ação, afinal, o processo penal existe justamente para legitimar o *jus puniendi*. Entretanto, também a acusação tem interesse na fiel observância de tal princípio. Isto porque a pena precisa se mostrar efetiva, para que não se transmute em mera retribuição do mal causado⁹⁴, efetivamente atingindo sua função preventiva.

Ademais, muito embora, no âmbito do processo penal, a imposição de pena advenha da procedência do pedido inicial, ainda que o réu venha a ser absolvido, o estigma social de ocupar o polo passivo em uma ação penal traduz-se, muitas vezes, na própria pena. É o que a doutrina penalista convencionou chamar de “pena processual”.

⁹² Como ensina Rogério Greco, segundo a Teoria Mista, adotada no Brasil, a pena possui dupla finalidade: castigar e prevenir. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

⁹³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Capítulo XIX: da publicidade e da presteza das penas. Editora eBookLibris, 1764

⁹⁴ Leciona Rogério Greco que “conforme preconiza a teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena. A punição se justifica pelo fato de ter o agente cometido uma infração penal. Ao mal do crime, retribui-se com o mal da pena”. Ob. Cit.

Sobe a pena processual, Aury Lopes Jr.⁹⁵ ensina que “A marca essencial da pena (em sentido amplo) é ‘por quanto tempo’? Isso porque, o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena.”. No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli⁹⁶ pontifica que o próprio desenvolvimento processual, numa sociedade de comunicação massificada, tende a tornar-se uma sanção mais gravosa que a própria pena tradicional.

Daniel Kessler de Oliveira⁹⁷, convergindo com o posicionamento aqui defendido, consigna que “a notícia de uma investigação ou de uma denúncia não tem o mesmo alcance que um arquivamento ou uma absolvição.”. A reflexão promovida é deveras pertinente, especialmente em tempos de *fake news*⁹⁸.

Nos países de língua espanhola, utiliza-se a expressão “*la pena de banquillo*”⁹⁹, que, em tradução livre, significa “a pena do banco”. O termo, na mesma linha de pensamento da doutrina brasileira, faz uma alusão ao fato de que estar no banco dos réus é por si só uma pena.

Sendo assim, a prescrição virtual busca liberar das amarras do processo penal quem não mais necessite ali estar. Ou seja, o instituto tenciona colmatar os impactos da pena processual na vida do indivíduo. Vislumbrada a hipótese de incidência da prescrição virtual, o processo deixa de ser instrumento de garantias e se torna mero constrangimento ilegal para o acusado, devendo o juiz declará-lo, inclusive, de ofício.

⁹⁵ JÚNIOR, Aury Lopes. **O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a de(mora) jurisdicional no processo penal.** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol. 1, Ano 1, n. 1, junho – dezembro 2004. Editora Revista Dos Tribunais, p. 223

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 587

⁹⁷ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A pena processual e a privatização do processo penal.**, 2017. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/pena-processual-privatizacao/>>. Acesso em: 1 de novembro de 2018.

⁹⁸ Segundo a BBC Brasil, *fake news* são “informações falsas, fabricadas intencionalmente para atingir um fim político”. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-46067403>>. Acesso em 5 de dezembro de 2018.

⁹⁹ JÚNIOR, Aury Lopes. **O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a de(mora) jurisdicional no processo penal.** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol. 1, Ano 1, n. 1, junho – dezembro 2004. Editora Revista Dos Tribunais, p. 223

7. ESTUDOS DE CASO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Os Tribunais Superiores, conforme jurisprudência pacífica, rejeitam a prescrição virtual. Não obstante, existem dois precedentes pontuais do STF em que a discussão acerca da temática foi tangenciada de maneira mais abrangente.

Importante destacar que, muito embora uma análise perfunctória dos casos possa levar à conclusão em sentido contrário, em nenhum deles o STF efetivamente se valeu da prescrição virtual para solucionar o litígio, ainda que de maneira excepcional. Ou seja, mantém-se absolutamente hígida a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira quanto à impossibilidade de utilização da prescrição virtual. Assim, o estudo dos casos a seguir expostos não pretende demonstrar uma eventual flexibilização de entendimento, mas tão somente examinar, de maneira mais aprofundada, o entendimento do STF sobre o tema.

7.1. A QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 379 DA PARAÍBA

O primeiro julgado do STF nesse tocante foi a AP QO 379¹⁰⁰, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 2006. No caso concreto, o réu cessou, em 09/1995, a continuidade delitiva do atual crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A¹⁰¹, *caput*, CP), cuja pena varia de 2 a 5 anos de reclusão. A denúncia, ofertada pelo MPF, já havia sido recebida, mas o réu apresentou petição inominada logo após seu septuagésimo aniversário, requerendo o reconhecimento da prescrição.

¹⁰⁰ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1127>>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

¹⁰¹ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. **Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

A priori, a extinção da punibilidade, em observância à pena máxima cominada, se daria em 12 anos (art. 109, III¹⁰², CP). Todavia, o acusado completou 70 anos durante a fase judicial, o que fez com que os prazos de prescrição fossem contados pela metade (art. 115¹⁰³, CP).

Desse modo, o STF ponderou que, tendo sido o crime cometido em 09/1995 e a denúncia recebida em 05/08/2004, transcorreram quase 9 anos nesse interregno, o que autorizou o reconhecimento da prescrição. É importante destacar que o crime fora praticado em 1995, quando ainda existia a prescrição retroativa no período anterior à denúncia (vide tópico 4.2).

Especificamente no que tange à prescrição virtual, o julgado em comento está assim ementado:

I. Prescrição retroativa: possibilidade do seu reconhecimento antes da prolação da sentença, quando, como no caso, impossível a majoração da pena máxima cominada em abstrato ao fato descrito na denúncia. II. Situação diversa do reconhecimento da tese já repelida pelo Tribunal da prescrição antecipada da pena em perspectiva, que, quando da condenação, poderá ser maior do que se conjecturava...

Ademais, a despeito do *decisum* mencionar expressamente o termo “prescrição retroativa”, não parece ser esta, do ponto de vista técnico-jurídico, a nomenclatura mais adequada. Necessário, então, fazer algumas sutis distinções teóricas.

Como se sabe, a prescrição retroativa pressupõe a existência de um decreto condenatório. No caso da AP QO 379, ainda não existia sentença, de modo que não se poderia falar em prescrição retroativa, porque é intrínseco ao conceito da prescrição retroativa que haja uma pena concretamente aplicada.

¹⁰² 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: III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito. **Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

¹⁰³ Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. **Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

Igualmente, não ocorreu prescrição virtual, haja vista não ter ocorrido qualquer divagação acerca do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta praticada, para que se determinasse a provável pena que o réu receberia na hipótese de condenação.

Parece, assim, que o que se deu no caso em comento foi simplesmente a prescrição abstrata. Isso porque a base de cálculo, nessa espécie de prescrição, corresponde à pena máxima cominada ao delito. Note que aqui não se fala em maior pena aplicável ao réu diante da conjuntura fática (que é a ideia por trás da prescrição virtual), mas efetivamente na maior pena cominada em abstrato ao tipo.

A pena máxima cominada ao delito de apropriação indébita previdenciária é de 5 anos, o que conduz a um prazo prescricional de 12 anos (109, III do CP). Todavia, ocorreu, no curso processual, a superveniência de fato novo com o condão de alterar o prazo prescricional: a senilidade do réu (art. 115, CP). Assim, o prazo prescricional, que inicialmente era de 12 anos, passa, durante o trâmite judicial, a ser de 6 anos. O que houve, em verdade, foi apenas uma redução do prazo da prescrição em abstrato, não havendo que se falar em prescrição retroativa, muito menos em prescrição virtual.

É mister pontuar que, na prescrição virtual, a base de cálculo é a provável (virtual) pena aplicada ao réu diante do caso concreto, que deve, por inferência lógica, ser menor do que a pena máxima cominada em abstrato. Afinal, se já existisse a legítima expectativa, desde o princípio da ação penal, de que o réu fosse receber a pena máxima cominada à infração, a ideia da prescrição virtual restaria fatalmente desnaturada, posto que, nesse caso, já seria aplicável a prescrição em abstrato.

Assim, o que o julgado do STF chamou de “prescrição retroativa” quando “antes da prolação da sentença” é “impossível a majoração da pena máxima cominada”, nada mais é do que prescrição em abstrato. Isso porque, nessa hipótese, a base de cálculo para aferimento do prazo prescricional era a maior pena aplicável ao tipo, e não a maior pena aplicável ao réu diante do caso concreto.

A despeito da nomenclatura utilizada (prescrição retroativa), o raciocínio jurídico desenvolvido pelos Ministros quando da discussão em plenário parece confluir com o entendimento aqui defendido. Nesse sentido, foi aduzido, em sede de *obiter dictum*, que:

MINISTRO CARLOS BRITOS – Ainda não há sentença, não é isso?

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não, mas estou considerando a pena máxima. Por isso é que a espécie se distingue da hipótese recorrente na nossa jurisprudência de que, antes da sentença, não cabe indagar se a pena provavelmente será a mínima ou não. Estou considerando a pena máxima com a redução decorrente de já ter o acusado, hoje, mais de setenta anos.

MINISTRO CARLOS BRITTO – Vossa Excelência está certíssimo.

Ou seja, a despeito de terem se valido da expressão, aparentemente, equivocada, a discussão em plenário leva a crer que os Ministros concluíram, com efeito, pela prescrição em abstrato.

7.2. O INQUÉRITO 2.584 DE SÃO PAULO

O INQ 2584 SP¹⁰⁴, de relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 2012, é o segundo caso aqui trabalhado em que, embora sem reconhecimento formal, a questão da prescrição virtual foi revisitada pelo STF.

Os fatos se assemelham bastante aos da AP QO 379, tendo em vista que o réu, também denunciado pelo delito de apropriação indébita previdenciária, completou 70 anos no curso processual. O réu cessou a continuidade delitiva em 12/1998, tendo sido a denúncia por tal fato recebida em 29/09/2009. Ou seja, transcorreram pouco mais de 10 anos entre o fato e o recebimento da denúncia, lapso temporal este, *a priori*, inapto a fazer incidir a prescrição da pretensão punitiva, haja vista que o delito de apropriação indébita previdenciária prescreve em 12 anos.

¹⁰⁴ Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2541489>>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

O julgamento, que era relativo a embargos de declaração opostos em face da decisão que recebeu a denúncia, foi dividido em três sessões.

Na primeira sessão, realizada em 01/07/2010, destaca-se o fato do relator, o Ministro Ayres Brito, ter votado pelo não reconhecimento da prescrição. Em seu voto, o relator ressaltou que a denúncia fora recebida em 07/05/2009, ocasião na qual o réu possuía 69 anos. Com a ação penal já instaurada, em 29/09/2009, o réu completou 70 anos de idade. Assim, o prazo prescricional da prescrição em abstrato, que era originalmente de 12 anos, passou a ser de 6 anos. Todavia, o relator ressaltou que a redução do prazo prescricional ocorreu posteriormente ao marco interruptivo, de forma que não seria possível computar a prescrição pela metade em data anterior ao recebimento da denúncia. A ideia central do voto do relator pode ser resumida no trecho abaixo:

...Não há que se cogitar de prescrição, considerada a redução de que trata o art. 115 do Código Penal, antes do recebimento da denúncia, pois o denunciado completou 70 anos depois de já interrompido o prazo prescricional...

Incerto acerca do entendimento sufragado pelo relator, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos, findando, assim, a primeira sessão de julgamento.

Por ocasião da segunda sessão de julgamento, realizada em 16/06/2011, confirmando sua anterior incerteza, o Ministro Marco Aurélio suscitou divergência, pugnano pelo reconhecimento da prescrição. O Ministro Marco Aurélio, de forma contrária ao relator, entendeu que a prescrição pela metade deveria incidir antes do marco interruptivo. Assim, iniciaram-se debates no plenário, para verificar qual voto prevaleceria, se o voto do relator ou se o voto divergente, bem como para discutir, ainda que como questão secundária, o instituto a ser aplicado no caso concreto, se seria ou não seria a dita prescrição virtual. *In verbis*:

MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Agora, se Vossas Excelências me permitem, a despeito de realmente eu reconhecer esse acórdão, eu **já meditei profundamente sobre esse assunto, e acho que o Ministro Marco Aurélio está propondo, na verdade, prescrição em perspectiva. A minha tendência é estar de acordo.**

MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, longe de mim, considerado o que conheço de prescrição perspectiva. O que se empolga sob esse ângulo? Uma possível pena que não chegaria ao limite previsto para o tipo.

Aqui tomo de empréstimo o que já é exorbitante, a imposição da pena máxima. E, mesmo assim, tendo em conta a imputação, incidiu a prescrição.

(...)

MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Retomando o meu raciocínio, **a minha tendência é estar de acordo com o Ministro Marco Aurélio, embora S. Exa. diga que não é, mas é prescrição em perspectiva.**

Ao fim da segunda sessão de julgamento, observando que a divergência oposta ao seu voto ganhava força no plenário, o relator optou pela retirada do processo de pauta, para que pudesse debruçar-se com mais afinco sobre a questão em voga.

Posteriormente, na última sessão de julgamento, realizada em 01/03/2012, o relator retratou-se, passando a acatar a divergência e admitindo a incidência da prescrição no caso concreto. Assim como na AP QO 370, o instituto incidente no caso concreto é a prescrição em abstrato, a despeito da ausência de declaração expressa nesse sentido. A Ministra Rosa Weber, inclusive, expressamente o declarou durante os debates em plenário. Nas palavras da Ministra:

MINISTRA ROSA WEBER: Entendo que inclusive se consumou a prescrição pela pena in abstrato, em função dos setenta anos, caindo para seis anos...

Desse modo, a despeito de não ter sido efetivamente reconhecida enquanto instituto jurídico viável, os julgados acima debatidos demonstram o pensamento do STF acerca da prescrição virtual, o que certamente é crucial numa eventual tentativa de reversão do atual panorama jurisprudencial.

8. CONCLUSÃO

A partir de tudo quanto exposto, conclui-se que a hipótese inicialmente aventada acerca da compatibilidade da prescrição virtual com o ordenamento jurídico brasileiro provou-se correta. Desse modo, o objetivo geral do presente trabalho foi satisfatoriamente atendido. A prescrição virtual, para além de compatível com o direito pátrio, é uma ferramenta que permite concretizar o princípio da razoável duração do processo, impedindo o dispêndio improfícuo de recursos públicos, bem como a perpetuação da cultura da pena processual.

O presente trabalho afigura-se relevante na medida em que se propôs a investigar a temática da prescrição virtual, ainda tão tormentosa na atualidade. É certo que o tema não é exatamente novo, mas a controvérsia em seu entorno persiste. Assim, igualmente devem persistir as discussões a seu respeito. A polarização sobre o assunto respalda uma insegurança jurídica latente, de modo que é necessário pôr à prova o entendimento atualmente dominante. Caso acertado, deverá, naturalmente, prevalecer. Demonstrado, por outro lado, seu equívoco, deve ser substituído.

No decorrer do presente trabalho, foi investigada a relação da dosimetria da pena com a prescrição virtual, de modo a desconstruir o mito da “sorte do processo penal”. Com efeito, reconhece-se que não é possível adivinhar o *quantum* de pena imposta ao réu na eventualidade de uma condenação. Não obstante, em face do dever de fundamentação do magistrado, é factível realizar, de maneira segura, um prognóstico acerca da provável sanção. Assim, tomando como base a maior pena possível diante do caso concreto, a prescrição virtual apresenta-se como um instituto apto a extinguir procedimentos penais natimortos.

Ademais, apurou-se a natureza jurídica da prescrição virtual, especialmente quando considerada a repercussão prática dos entendimentos existentes. A prescrição virtual enquanto causa extintiva da punibilidade gera coisa julgada material, ao passo que quando entendida como perda superveniente do interesse de agir gera apenas coisa julgada formal.

Além disso, foram confrontados, um a um, os argumentos em prol e os contrários à aplicação da prescrição virtual. Os fundamentos de cada tese angariada foram explicitados, de modo a se concluir pela procedência ou não das razões invocadas. Não se deve deixar seduzir pelo fato de que existem mais teses contrárias do que favoráveis à aplicação da prescrição virtual. A superioridade se dá apenas e tão somente quantitativamente. A argumentação contrária, ao ser questionada, não subsiste. A argumentação favorável, por outro lado, demonstra-se sólida e contundente.

Por conseguinte, os estudos de caso realizados revelaram-se pertinentes, notadamente para que se pudesse compreender como a instância máxima do Poder Judiciário pátrio pensa o assunto. Ainda, apontaram-se alguns equívocos nas terminologias utilizadas pelos julgados, bem como divergências entre os próprios Ministros durante os debates em plenário.

Outrossim, uma possível sugestão para futuras pesquisas seria fazer uma análise jurisprudencial acerca da aplicação da prescrição virtual nos tribunais. Isso porque, como se demonstrou ao longo deste trabalho, os magistrados de primeiro grau continuam a aplicá-la, sob o argumento de que a Súmula 438 do STJ não é vinculante. Assim, seria interessante averiguar o entendimento dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais sobre o tema. Em análise superficial, não foram encontrados precedente desses órgãos reconhecendo a prescrição virtual posteriormente ao ano de 2010, ano de edição da Súmula 438.

Por fim, a despeito dos objetivos gerais e específicos terem sido satisfatoriamente contemplados, é preciso reconhecer que a presente pesquisa sofreu limitações em decorrência da parca bibliografia existente sobre o tema. Das poucas obras acerca da temática da prescrição virtual, a maioria é anterior à Lei 12.234/2010. Desse modo, foi preciso fazer as devidas adaptações em relação às obras já existentes, bem como recorrer a artigos e manuais, à procura de entendimentos mais recentes sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação criminal também deve cumprir prazo de duração razoável**, Conjur, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-03/academia-policial-investigacao-criminal-tambem-cumprir-prazo-duracao-razoavel>>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**, 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral – 19. ed. rev., ampl. e atual.** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 760.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**, 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2015, p. 91

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 23ª Edição, Editora Saraiva, 2016, p. 206

CASTRO, Ingrid Paula Gonzaga e; SOUZA, Larissa Faleiro. **Prescrição virtual sobre o prisma do Estado Democrático e o princípio da não culpabilidade**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, 2016. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/12/DIR29-02.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado — 9. ed. rev., atual, e ampl.** — São Paulo : Saraiva, 2016, p. 623

DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 205

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 587

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 2010. Acesso em 28 de outubro de 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 807

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**, 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 918

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 783

HAHNEMANN, Gustavo Henrique Coelho **Prescrição virtual: análise de sua aplicabilidade à luz dos princípios e garantias penais**. Recife, 2011, p. 111

JAWSNICKER, Francisco Afonso, **Prescrição Penal Antecipada, 2ª Edição - Revista e Atualizada**, Juruá Editora, 2008

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**, 32ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 772

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**, 22. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 288

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**, 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 127

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país**. Conjur, 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a de(mora) jurisdicional no processo penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol. 1, Ano 1, n. 1, junho – dezembro 2004. Editora Revista Dos Tribunais, p. 223

MATTIONI, Daniel. **A prescrição virtual no processo penal e súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça**, Direito em Debate, 2011 Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/608/338> Acesso em: 28 de outubro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1093

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 490.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado – 15. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 678

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A pena processual e a privatização do processo penal.**, 2017. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/pena-processual-privatizacao/>>. Acesso em: 1 de novembro de 2018.

PACHECO, Cláudia Ferreira **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo penal).** 2002

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Prescrição virtual: uma realidade no direito penal brasileiro.** 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8743/1/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora.** Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-26/limite-penal-nao-reconhecer-prescricao-antecipada-crime-jogar-nosso-dinheiro-fora>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo**, 2017. Disponível em <<https://www.diritto.it/os-principios-da-celeridade-e-da-efetividade-processual-a-luz-do-modelo-constitucional-do-processo/>>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática, 9. ed., rev. e atual.** - Salvador: JusPODIVM, 2015

SOUZA, Renne do Ó. **Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação.** 2007. Disponível em: <<http://promotordejustica.blogspot.com/2007/04/prescrio-virtual-ou-antecipada.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial.** Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 25, 29 ago. 2008