



**FACULDADES MAGSUL**

**TAIS APARECIDA FERNANDES DA SILVA**

**A APLICABILIDADE DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR  
DIANTEDOS CASOS DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO  
PROCESSO PENAL: ESTUDO DE CASO EM PONTA  
PORÃ-MS**

Ponta Porã

2022

TAIS APARECIDA FERNANDES DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DIANTEDOS  
CASOS DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO PENAL:ESTUDO DE  
CASO EM PONTA PORÃ-MS**

Trabalho de Conclusão apresentado a Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Mauro A. Lopes Vargas

Ponta Porã

2022

TAIS APARECIDA FERNANDES DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DIANTEDOS  
CASOS DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO PENAL:ESTUDO DE  
CASO EM PONTA PORÃ-MS**

Trabalho de Conclusão de Curso - TCC  
apresentado à Banca Examinadora das  
Faculdades Integradas de Ponta Porã,  
como exigência parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador (a): Prof. Esp. Mauro  
Alcides Lopes Vargas.  
Faculdades Magsul

---

Prof. Mea. Lysian Carolina  
Valdes  
Faculdades Magsul

*Dedico este trabalho a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades; aos meus pais, Luiz Carlos e Cristina, e a minha irmã Letiscia, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.*

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo compreender a aplicabilidade da falta do interesse de agir do Estado ante os casos de prescrição penal retroativa antecipada, conhecida como prescrição virtual. A partir do momento em que é proferida a decisão do magistrado, condenando o réu e, posteriormente, extinguindo a punibilidade em razão da prescrição retroativa, retira todo o esforço utilizado na instrução probatória. Dessa forma, surge a partir desse cenário, visando a economia processual e da efetiva aplicação da lei penal, a demonstração da imprescindibilidade da prescrição virtual, o qual tenta afastar do Judiciário processos que não possuem resultados proveitosos, contribuindo para a morosidade do sistema judiciário. Assim, para a compreensão dessa temática, cumpre destacar o seguinte questionamento: a falta de interesse de agir, por parte do Estado, pode ser aplicada nos casos de prescrição virtual no processo penal da Comarca de Ponta Porã-MS? No tocante ao objetivo geral, tem-se de analisar a aplicabilidade da prescrição virtual, diante da ausência de ação por parte dos órgãos estatais em determinar a punição do acusado, presentes na Comarca de Ponta Porã-MS. Especificamente, demonstrar o conceito de prescrição penal virtual e de interesse de agir, destacando os seus principais aspectos; comparar a espécie de prescrição virtual e suas características; identificar, nos requisitos para a ação penal, a correlação entre a prescrição virtual e o elemento do interesse de agir e, por fim, demonstrar acerca da aplicabilidade ou não da ausência do interesse de agir na prescrição virtual na Comarca de Ponta Porã-MS. Conclui-se, portanto, que ocorre, através de dados, a aplicação da prescrição virtual por falta de interesse de agir do Estado na Comarca de Ponta Porã-MS.

**Palavras-chaves:** Prescrição Virtual. Ponta Porã. Falta de interesse de agir. Economia Processual.

SILVA, Tais Aparecida Fernandes. **APPLICABILITY OF LACK OF INTEREST IN ACTING IN CASES OF VIRTUAL PRESCRIPTION IN THE CRIMINAL PROCESS: A CASE STUDY IN PONTA PORÃ-MS** 37 pages. End of Course Work in Law. Integrated Faculties of Ponta Porã. FIP Magsul. Ponta Porã – 2022.

### **ABSTRACT**

The present study aims to understand about the applicability of the lack of interest in the State's action in the face of cases of early retroactive criminal prescription, known as virtual prescription. From the moment the magistrate's decision is handed down, condemning the defendant and subsequently extinguishing the punishability due to retroactive prescription, it removes all the effort used in the evidential instruction. Thus, from this scenario, aiming at the procedural economy and the effective application of criminal law, the demonstration of the imprescindibility of the virtual prescription, which tries to remove from the Judiciary processes that do not have profitable results, contributing to the slowness of the judicial system. Thus, in order to understand this theme, it is worth highlighting the following question: can the state's lack of interest to act be applied in cases of virtual prescription in the criminal proceedings of the District of Ponta Porã-MS? With regard to the general objective, it is necessary to analyze the applicability of the virtual prescription, given the absence of action by state agencies in determining the punishment of the accused, present in the District of Ponta Porã-MS. Specifically, demonstrate the concept of virtual criminal prescription and interest to act, highlighting its main aspects; compare the kind of virtual prescription and its characteristics; identify, in the requirements for criminal proceedings, the correlation between the virtual prescription and the element of interest to act and, finally, to demonstrate about the applicability or not of the absence of the interest to act in the virtual prescription in the District of Ponta Porã-MS. It is concluded, therefore, that, through data, the application of the virtual prescription due to lack of interest in acting of the State in the District of Ponta Porã-MS.

**Keywords:** Virtual Prescription. Ponta Porã. Lack of interest in acting. Procedural Economics.

## **LISTA DE SIGLAS**

AGU- Advogado-Geral da União

CF- Constituição Federal

CPC- Código de Processo Civil

CP- Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

LEP- Lei de Execuções Penais

PGR- Procurador-Geral da República

PPP- Prescrição da Pretensão Punitiva

PPE- Prescrição da Pretensão Executória

STJ - Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 - O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.....	11
1.1 - As teorias da pena.....	14
1.2 - Causas de extinção da punibilidade.....	18
2- PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	22
2.1- Origem, definição e natureza jurídica da prescrição penal.....	22
2.2 Espécies de Prescrição Penal.....	25
2.3 Condições da Ação.....	28
2.4 - Prescrição Virtual: Realidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	31
3- APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL DIANTE DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO: ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE PONTA PORÃ-MS .....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	38
REFERÊNCIAS .....	41

## INTRODUÇÃO

A prescrição é um instituto de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que busca limitar a atuação do *ius puniendi* do Poder Público possibilitando maior segurança jurídica, o qual é fundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, a execução da prescrição é garantia a sociedade, visto que permite menos arbitrariedades do Estado, o qual detém o poder punitivo exclusivo. Ressalta-se que o Poder Judiciário atual apresenta uma morosidade, o qual facilita a utilização da prescrição, especialmente, a modalidade da prescrição virtual ou chamada também de prescrição antecipada, o qual constitui objeto central do presente trabalho.

O objetivo do trabalho consiste em analisar a aplicabilidade da prescrição penal retroativa antecipada, conhecida como prescrição virtual, diante da falta do interesse de agir do Estado no processo penal da Comarca de Ponta Porã-MS. A prescrição virtual não é considerada propriamente uma espécie de extinção da punibilidade, mas uma forma de extinção do interesse de agir no processo penal através da possibilidade de decretar a prescrição retroativa no começo do processo, isto é, antes de receber a denúncia ou de proferida a sentença, baseada apenas em uma pena hipotética.

Portanto, o presente estudo justifica-se diante das divergências que ocorrem no instituto da prescrição virtual, no qual não há uma harmonia entre os doutrinadores e os tribunais superiores. Ressalta-se que o Direito necessita de dessas opiniões divergentes para que haja uma evolução. Dessa forma, é preciso conhecer os diversos pontos, favoráveis ou não, acerca desse instituto.

Assim, constata-se sua relevância, uma vez que, é necessário procurar mecanismos para haver uma pacificação em relação às divergências que surgem no tocante a prescrição virtual. Isso demonstra uma contribuição no mundo jurídico, visto que o instituto da prescrição, o qual acarreta em uma extinção de punibilidade, gera um debate na sociedade diante da forma como analisa o Poder Judiciário. Além disso, retrata um tema de pouco conhecimento e estudo por parte dos operadores do Direito. Logo, esse presente estudo contribuirá para o conhecimento da prescrição virtual diante da falta do interesse de agir do Estado.

Esse tema é relevante e atual, uma vez que a prescrição constitui um instrumento de discussões no âmbito jurídico diante de suas controvérsias, principalmente a repudia que a Súmula 438, do STJ demonstra. Vale mencionar que em razão de interesse pessoal na disciplina de Processo Penal e em razão da realização de estágio na 2ª Vara Criminal de Ponta Porã, bem como analisando os casos de prescrição virtual em Ponta Porã-Ms, abordará essa temática por considerá-la presente na realidade brasileira. Dessa forma, a delimitação do tema reside na análise de casos jurídicos presentes em Ponta Porã-Ms.

Ressalta-se que essa modalidade de prescrição não possui previsão legal, sendo uma construção jurisprudencial. Portanto, a problemática está relacionada na falta de legislação e como o Estado aplica a prescrição virtual se utilizando da falta de interesse de agir, com base no art. 485, VI, do CPC. Logo, o presente trabalho se baseia no requisito para a implantação da prescrição virtual, limitando-se somente a comarca de Ponta Porã, coletando dados que comprovem a aplicação da falta de interesse de agir do Estado, tendo como exemplo os autos n. 0004544-57.2006.8.12.0019. Dessa forma, cabe destacar a problemática abordada, qual seja, a falta de interesse de agir, por parte do Estado, pode ser aplicada nos casos de prescrição virtual no processo penal da Comarca de Ponta Porã-Ms?

Assim, como objetivo geral pode-se compreender que o trabalho cumpre analisar a aplicabilidade da prescrição virtual, diante da ausência de ação por parte dos órgãos estatais em determinar a punição do acusado, presentes na Comarca de Ponta Porã-Ms. E de forma específica, compreender os aspectos referentes à prescrição penal; comparar, bem como a espécie de prescrição virtual e suas características enquanto interpretação doutrinária; identificar, nos requisitos para a ação penal, a correlação entre a prescrição virtual e o elemento do interesse de agir e, por fim, demonstrar acerca da aplicabilidade ou não da ausência do interesse de agir na prescrição virtual na Comarca de Ponta Porã-Ms.

No tocante a metodologia utilizada na pesquisa, o método a ser utilizado será exploratório. Dessa forma, atualmente não existe muitas pesquisas com intuito de abordar a aplicabilidade ou não da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no tocante a falta do interesse de agir do Estado. Além disso, constata-se uma pesquisa descritiva, onde será colhido dados referentes a julgamentos e jurisprudências locais, da Comarca de Ponta Porã-MS, bem como um comparativo também com outros Estados acerca da aplicabilidade da prescrição

virtual. Nessa monografia, utilizará a pesquisa bibliográfica e documental. Na pesquisa bibliográfica, será abordada a matéria a partir de materiais publicados, por meio de estudo em livros, artigos e legislação sobre o tema estudado.

Na pesquisa documental, o presente estudo será desenvolvido por meio de pesquisas nos documentos oficiais, concedidos pelos órgãos públicos, compreendendo os julgados referente a aplicabilidade ou não do instituto da prescrição virtual, realizada a partir da falta do interesse de agir do Estado, o qual compõe em uma das condições para a ação penal. Em relação ao método de pesquisa, será realizada uma abordagem qualitativa e quantitativa, uma vez que através de dados coletados nos órgãos públicos sobre os casos de prescrição virtual, através da falta do interesse de agir do Estado, com intuito de confirmar por meio dos dados coletados nos sites de que há ou não a aplicação desse instituto na Comarca de Ponta Porã-MS.

Dessa forma, o trabalho compreenderá três capítulos, sendo o primeiro relacionado ao direito de punir do Estado. O segundo capítulo abordará a prescrição no nosso ordenamento. E, por fim, no último capítulo, será abordado acerca da aplicabilidade da prescrição virtual diante da falta de interesse de agir do Estado, as quais foram decididas pelo Mm. Juízo da 2ª vara criminal.

## 1 - O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Anterior à criação do Estado, os conflitos existentes eram solucionados pela própria sociedade, sendo certo que a pena aplicada tinha como fundamento a vingança, considerada, muitas vezes, superior a ofensa sofrida, a qual não determina os princípios de justiça (MIRABETE, 2005). Dessa forma, o que existia nesse tempo era a vingança privada, o qual os conflitos eram resolvidos entre os próprios indivíduos envolvidos. Nesse sentido Grinover (2001, p. 21) traz que:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia o órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais abstratas e impostas pelo estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.

Portanto, nesse período, predominava a lei do mais forte, sendo certo que essa não era a melhor forma de resolução de conflitos. Com isso, o Estado passa a ter o ônus de resolver os conflitos sociais, uma vez que era preciso uma autoridade com poder suficiente para impor suas decisões perante a sociedade. Dessa forma, surge o Estado como garantidor do bem estar social, o qual suas condutas eram determinadas pelo Direito, limitando seus poderes, entre eles, o de punir.

Assim, as lesões contra bens jurídicos que ofendam direitos da sociedade, como direito à vida, liberdade, patrimônio, acarreta ao Estado a obrigação de agir, em virtude do poder punitivo conferido a ele, com o objetivo de evitar que o ofendido faça por sua própria conta. Desse modo, o Estado age impondo uma pena correspondente a sua violação. Cumpre destacar que o direito de punir apresenta duas vertentes, *jus puniendi in abstracto* e o *jus puniendi in concreto*. Em relação ao primeiro, refere-se que o Poder Público, por meio do Legislativo, elabora leis que determinam restrições ao indivíduo, impondo uma pena correspondente caso seja violada.

Já na segunda vertente, praticado o fato proibido pela norma imposta, o Estado pune o indivíduo, deixando de aplicar a pena em abstracto e tornando concreta a punição. Portanto, até o cometimento do delito, o Estado detém apenas o

poder punitivo em abstrato, apenas evitando que o indivíduo venha cometer crimes. Após a prática do delito, a pretensão do Estado passa a ser a aplicação da pena como resposta à sociedade. Para Capez (2011), o *jus puniendi in abstrato* é genérico e impessoal, visto que é imposta a toda a sociedade, porém o *jus puniendi in concreto* é destinado a uma pessoa específica, de onde se origina o conflito penal.

Atualmente, o Poder Público desempenha o direito de punir através de três poderes, o Legislativo, criando leis e impondo sanções, o Executivo, onde executa as leis e o Judiciário, o qual aplica as penas impostas pelo descumprimento da lei. Contudo, o direito de punir não iniciou dessa forma. A origem do direito de punir faz referência com o Direito Penal, o qual surge com o aparecimento da sociedade. Dessa forma, a punição era vista como mecanismo de repressão das condutas lesivas. Com base em sua origem, Liszt (1899, p. 5) afirma que:

Ensina-nos o direito comparado que o ponto de partida da historia da pena coincide com o ponto de partida da historia da humanidade. Em todas as epochas ainda as mais remotas, accessiveis à indagação histórica, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como malum passionis quod infligitur propter malum actionis, como uma invasão na esphera do poder e da vontade do indivíduo, que pertubou e porque pertubou a esphera do poder e da vontade de outrem. Podemos, pois assignalar a pena como um factu histórico primitivo, e não erraremos, si virmos justamente no direito penal a primeira e mais velha camada da historia da evolução do direito, e considerarmos o injusto como alavanca tanto do direito como da moral.

Como analisado acima, o início da civilização é marcado pela chamada vingança privada, o qual prevalecia à lei do mais forte. Pode-se destacar que havia nesse período muito derramamento de sangue, haja vista a violência empregada e a falta de proporcionalidade das represálias. Assim, Marques (2000, p. 3) afirma que:

Tal vingança, de forma simbólica, tinha o poder de desfazer a ação do malfeitor, por meio de sua própria destruição ou banimento do grupo. De fato, retratava o sentimento coletivo de repulsa ou represália que se expressava no grupo contra o agressor, gerado pela ofensa, sem que a retribuição passasse por um crivo de racionalidade, como passou a ocorrer nas sociedades não primitivas.

Através desses exageros, sem nenhuma proporcionalidade, surge a Lei de Talião, o qual tratava de uma proporcionalidade, em que trazia certas restrições à vingança, com a finalidade de reduzir as violências. Ainda que existisse o Direito, o qual impunha regras para a convivência em sociedade, essas regras não eram

aplicadas pelo Poder Público, haja vista não existir ainda. Desse modo, apesar dessa norma, ainda era imperioso os massacres, nascendo, assim, a figura do Estado, a autoridade capaz de decidir acerca das punições. Isto posto, a vingança privada passa a dar espaço à vingança pública e divina.

Nesse sentido, Marques (2000, p. 4) afirma que:

Com o progresso político dos povos, passou a haver uma limitação cada vez maior da autonomia dos grupos e famílias, e, por via de conseqüências, o afastamento gradativo da vingança privada, como forma de reação punitiva. Entretanto, como já comentado, a transferência da punição para um poder central não teve por fundamento o abrandamento da vingança em si, mas sim de manutenção de certa ordem social e o de evitar guerras infundáveis entre grupos, que enfraqueciam a própria comunidade.

Dessa forma, a sociedade marcada pela religião tinha como característica a relação entre crime e pecado, o qual a monarquia tinha como competência aplicar a punição aqueles que cometiam delitos, sendo considerada essa punição um rito de passagem, isto é, uma purificação dos pecados cometidos (MARQUES, 2000). Esse período ficou conhecido como Direito Penal Primitivo.

A partir da evolução da sociedade, o Estado passou a ter mais soberania e autoridade, o qual cabia a ele oferecer condições mínimas a harmonia em sociedade e resolver os conflitos existentes, surgindo, assim, o poder-dever de garantir o bem estar social e tendo o Direito como limitador desse poder, evitando que houvesse arbitrariedades. Constata-se, portanto, o desenvolvimento do Direito Penal que saiu da vingança pública e trouxe o Estado como detentor do direito de punir, tanto de forma abstrata, quanto de forma concreta.

Verifica-se que no contexto histórico, o Estado passaria a ter o direito de punir exercido por uma autoridade imparcial, sem vínculo com as partes da relação jurídica, surgindo, então, o Estado-juiz. Desse modo, os conflitos na sociedade passaram a ser resolvidos pelo Poder Judiciário, o qual aplica o Direito conforme o caso concreto. Ressalta-se que, com a criação do Judiciário como solucionador de conflitos, surge uma preocupação com a dignidade da pessoa humana, o qual aumentou as restrições do poder do Estado.

Assim, o Direito Penal Humanitário surge atrelado a essa preocupação com a dignidade humana, bem como uma punibilidade mais racional, surgindo diversas teorias acerca da finalidade da pena. Contudo, antes de abordar as teorias da pena,

cabe ressaltar a finalidade da punição, o qual constitui na materialização do direito de punir do Estado. Essa punição ocorre de duas formas, através de uma medida de segurança ou por meio da pena, principalmente, da privativa de liberdade, o qual deve ser realizado com base na dignidade da pessoa humana, onde corresponde a um fundamento da Constituição Federal Brasileira, e nos princípios constitucionais.

### **1.1 - As teorias da pena**

Ressalta-se que antes de abordar os aspectos referentes às teorias da pena, cumpre destacar acerca da determinação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Não pretende descrever todo o direito relacionado à aplicação da pena, mas apenas trazer um panorama dos aspectos da fixação da pena, no caso concreto, no direito penal brasileiro. Dessa forma, a aplicação da pena, segundo o artigo 59, CP ocorre em etapas, sendo a primeira, a aplicação pelo juiz da modalidade de pena dentre as estabelecidas, quais sejam, privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa. Posteriormente, analisa-se o quantum de pena, em seguida fixa o regime de cumprimento inicial da pena e finaliza-se com a substituição da pena nos caso em que permitir.

Cumpre salientar que no artigo 59, caput, do Código Penal aborda as circunstâncias judiciais, o qual constitui os critérios de uma das formas de aplicação da pena, a quantidade de pena, em que se encontra regulado no artigo 60 do Código Penal. Conforme assegura Salo de Carvalho (2015, p. 313):

No caso, o legislador não seguiu a regra elementar de elaboração normativa, que é partir do geral (caput) ao específico (parágrafos, incisos e alínea). Invertendo estas premissas, conforme será possível perceber, os critérios dispostos no caput são, em realidade, as circunstâncias de análise de uma das subetapas (pena-base) de uma das quatro etapas (quantificação da pena) descritas nos incisos do art. 59, Código Penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, o debate doutrinário fundamenta-se na aplicação da pena, mais precisamente, no quantum da pena, visto que a substituição da pena privativa de liberdade por outra é algo incomum, tornando-se uma parte central da determinação judicial brasileira. No tocante a natureza metodológica, havia discussão na doutrina sobre qual modelo utilizar, bifásico ou trifásico. Dentre os doutrinadores, destaca-se Lyra afirmando que a pena tinha duas etapas, uma

relacionada à fixação da pena-base analisando as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e outra, as causas de aumento e diminuição segundo o Código Penal.

Para Hungria, a pena tinha três etapas, a primeira, da fixação da pena-base conforme as circunstâncias judiciais, posteriormente, a segunda, com as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição, todas segundo o Código Penal. Sendo certo que no ordenamento brasileiro adotou-se o modelo trifásico. Contudo, observa-se que, no Direito Brasileiro, há uma predisposição de favorecer critérios subjetivos no tocante a aplicação da pena, isto é, critérios relacionados ao condenado, sendo caracterizada pela interpretação errônea do princípio da individualização da pena (FERREIRA, 2004, p. 50).

Esse princípio constitucional desdobra-se em três tipos, legal, judicial e executória, o qual do ponto de vista objetivo refere-se à gravidade do delito e no ponto de vista subjetivo, ao condenado. Destaca-se que, os critérios de antecedentes, conduta social, personalidade do agente, entre outros são aspectos ligados a individualização da pena no tipo judicial, o que demonstra uma tendência de individualização da pena subjetiva, promovendo um Direito Penal do Autor. Portanto, é necessário utilizar essas considerações baseadas em teorias que justifiquem a aplicação da pena levando em consideração os parâmetros legítimos de aplicação da pena.

Assim, cumpre abordar acerca das teorias da pena, a primeira teoria é a absoluta, o qual apresenta o caráter retributivo da pena, isto é, retribui o mal causado através da punição. Segundo Marques (2000, p. 68):

A justiça na retribuição permanecia representada pela teoria do quia peccatum est, segundo a qual a pena nada mais é do que um mal necessário para preservar a tranquilidade pública ao reafirmar o Direito. A sanção continuava, assim, inserida do caráter vingativo do castigo aplicado pelo poder público, em nome da coletividade, contra os que livremente optaram em transgredir as normas penais.

Dessa forma, a sanção é entendida como punição para eliminar o mal causado pela infração. Assim, é considerada teoria absoluta por abordar a pena como uma medida e, portanto, serve apenas como castigo. Sobre essa teoria, Júnior (2006, p. 81) afirma que:

Enquanto perante a retribuição moral a pena é uma exigência ética profunda da consciência humana - de que o bem seja recompensado com o bem, e o mal com o mal-, conforme a retribuição jurídica, a fundamentação da pena está no âmago do ordenamento jurídico. Se o delito configura uma rebelião do indivíduo contra o império da lei, exige uma reparação, que venha a reafirmar a autoridade da lei através da pena.

Contudo, cabe ressaltar que esse caráter retributivo culminou a criação do princípio da proporcionalidade, conforme leciona Prado (2007, p. 540-541):

Na atualidade, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

Portanto, passado o período compreendido pelo Absolutismo, o qual prevalecia à vingança pública, surge à teoria retributiva da pena, cujo fundamento está ligado ao Iluminismo, no qual a pena deve ser vista como humanista e proporcional àquele que cometesse um crime (GONZAGA, 2020, p. 43). Nesse período, segundo o pensamento de Rousseau, a partir da obra o contrato social, o homem cedeu parcela da sua liberdade para viver em sociedade (GONZAGA, 2020, p. 43), como forma de garantir a segurança da coletividade, impedindo as vontades particulares e determinando a liberdade de cada indivíduo (ROUSSEAU, 2015).

Desse modo, as condenações àqueles que descumprissem as leis eram em face da sociedade, visto que ele, segundo a ideia contratualista, é inimigo da coletividade, diante da capacidade de não conviver em sociedade e cumprir o pacto social (MARQUES, 2016). Corroborando desse entendimento, Bitencourt (2012, p. 279) defende que:

O Estado, tendo como objetivo político a teoria do contrato social, reduz sua atividade em matéria jurídico penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena.

Assim sendo, o direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade (FOUCAULT, 2014, p. 89), sendo que a teoria absoluta ou retributiva compreende a pena como sendo um mal necessário ao condenado, proporcional ao que ele cometeu. Dessa maneira, Bozza (2015, p. 22) entende que:

Retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. A pena é a necessidade de restabelecer a ordem jurídica abalada. Em vez de expiação, fala-se em retribuição da quebra do contrato social; no lugar de razão divina, fala-se em razão de Estado.

Ressalta-se, ainda, que essa teoria pauta-se pelo livre-arbítrio, compreendido como capacidade que o homem tem de decidir entre um comportamento justo ou injusto (BOZZA, 2015, p. 23). Sendo assim, a culpa de quem praticou o delito tem caráter subjetivo (GONZAGA, 2020). Portanto, dois pensadores que difundiram essa teoria foram Kant e Hegel. Kant afirmava que a moralidade estava relacionada a racionalidade do ser humano e que a lei moral deveria ser seguida por todo o mundo. Dessa forma, o Direito deveria exprimir uma regra fundamental: devemos atuar de forma que nossa conduta valha como lei geral (BOZZA, 2015, p. 27). Portanto, a lei moral era fruto da racionalidade humana.

Para Bitencourt (2012, p. 286):

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva — especial ou geral — da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.

Já para Hegel, o Estado representa a vontade popular, constituída de liberdade e racionalidade, e que ele determina as normas que a sociedade deve seguir uma vez que os principais valores dos seres humanos, podendo-se afirmar que o direito é fruto do Estado, o qual garante a aplicação dos princípios morais e realiza a liberdade humana (BOZZA, 2015, p. 36). Portanto, Hegel apresenta a proporcionalidade para a utilização da Lei de Talião, haja vista que o quantum da pena deve ser aplicado de acordo com o delito praticado pelo delinquente.

Compreendido acerca da teoria absoluta, resta entender a segunda teoria, a relativa o qual possui como característica a prevenção da pena. Nesse sentido, pautada na Escola Positiva, a pena possui um caráter intimidatório, visto que serve

de parâmetro para o não cometimento de ilícitos e que acarreta em uma prevenção para não cometerem futuros crimes. Essa prevenção pode ser de dois tipos, especial ou geral. No que tange a prevenção especial recai diretamente a quem pratica a conduta ilícita, buscando a ressocialização (prevenção especial positiva) através do encarceramento (prevenção especial negativa).

Já na prevenção geral, a pena é aplicada como intimidação a toda a sociedade para que não cometam crimes (prevenção geral negativa), valorizando a inserção social, bem como a obediência ao ordenamento jurídico brasileiro (prevenção geral positiva). E, por fim, a teoria eclética, o qual busca relacionar as duas teorias acima, em que a pena possui um caráter retributivo e preventivo. Nesse sentido, Cintra (2007, p. 98) afirma que:

Já foi anteriormente definido que a função da pena é a retribuição do mal, enquanto a finalidade da pena é a prevenção. Em outras palavras, a pena tem por função primária a retribuição do mal causado pelo infrator, para assim buscar prevenir o cometimento de novos crimes. A retribuição é função, pois sem ele não se trata de pena, e, por outro lado, a prevenção é finalidade porque ainda que ela não se verifique, não deixa de ser pena, pois se trata de um parâmetro a ser buscado pelo legislador, pelo julgador e pelo executor da pena.

Constata-se, portanto, que a pena não apresenta uma única finalidade. Atualmente, a pena apresenta tanto uma finalidade retributiva, com o intuito de manter a paz social, como também uma finalidade preventiva, o qual busca evitar o cometimento de delitos e ressocializar o infrator para que não pratique mais crimes. Assim, pode-se dizer que em relação à teoria da pena, o ordenamento jurídico do país adota a teoria mista ou eclética da pena, prevista no artigo 59, do Código Penal.

## **1.2 - Causas de extinção da punibilidade**

Antes de entender acerca da prescrição penal, mais especificamente, a prescrição virtual é necessária analisar as causas que extinguem o direito de punir. Como constatado, com a prática do crime, surge para o Estado o poder de aplicar uma sanção, sendo certa que para satisfazer essa pretensão é preciso uma ação penal, cuja efetividade da pretensão punitiva se dará com a sentença penal condenatória transitada em julgado, ocorrendo à execução da pena.

Contudo, existem casos que ocorre a interrupção da pretensão estatal, ensejando a extinção da punibilidade. Segundo Campos (1940, p. 35):

O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados no art. 108 do projeto [atual artigo 107, do Código Penal], é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em Wegfall des Staatlichen Staatsanspruchs). Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelicção do direito de punir do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política.

Assim, cumpre destacar no artigo 107, do Código Penal os casos em que ocorre a extinção da punibilidade, o qual configura um rol exemplificativo e não permite a punição pelo Estado. Sendo eles:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei (BRASIL, 1940).

No tocante a morte do agente, ela ocorre por meio de dois princípios, um que aborda que a pena não ultrapassa a pessoa do condenado e o outro é que a morte, tudo apaga. Portanto, pode-se dizer que o indivíduo considera-se morto quando cessa suas atividades cerebrais. Essa situação é considerada personalíssima, assim, não pode se comunicar com coautores e partícipes. Destaca-se então que a morte é uma causa da extinção da punibilidade, visto que o objeto da sanção deixou de existir. Desse modo, é incapaz de prosseguir com a persecução penal.

No tocante a anistia, graça e indulto, outras formas de extinção da punibilidade tem-se que é preciso fazer a distinção entre elas, sendo a anistia a modalidade criada por lei específica e que desde sua vigência já produz efeitos imediatos em relação ao delito cometido, extinguindo os efeitos penais, contudo, permanecendo efeitos extrapenais, como por exemplo, a reparação do dano. Além disso, a anistia pode ser dividida em dois tipos, própria e imprópria, sendo a primeira realizada antes da sentença, enquanto a imprópria ocorre após a sentença, mas o magistrado determina a extinção da punibilidade, segundo o artigo 187 da Lei de Execuções Penais- LEP.

Segundo Perrone (2012, p. 109): essas leis de anistia têm como função promover a reconciliação nacional e garantir a segurança interna em momentos traumáticos de transição para a democracia. Ressalta-se, ainda, que a anistia não pode ser concedida para crimes hediondos, conforme determina o artigo 5º, XLIII da Constituição Federal (CF). No que se refere a Graça e Indulto, são atos privativos do Presidente da República, mas que podem ser delegados aos Ministros de Estado, Procurador-Geral da República (PGR) e Advogado da União (AGU). Veja-se:

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. (BRASIL, 1988).

Cumprido destacar que a Graça apresenta um caráter individual, através de pedido do condenado ou Ministério Público, Conselho Penitenciário e autoridade administrativa competente. Esse pedido é encaminhado ao Presidente da República para analisar a concessão do benefício. Entretanto, no indulto, o caráter é geral, coletivo, isto é, não precisa de requerimento do solicitante ao Presidente da República, sendo de caráter discricionário do mesmo. O Presidente concede de forma plena, em que se extinguem todos os efeitos penais ou pode ser parcial, ocorrendo apenas uma redução da pena (TRILHANTE, 2021).

Outra forma de extinção da punibilidade prevista no artigo 107, CP diz respeito à retroatividade penal, no que se refere ao instituto definido como *abolitio criminis*, o que significa que o fato que era tido como criminoso deixa de ser considerado crime, sendo aplicada a extinção da punição, ainda que já tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória. No que se referem aos efeitos da sentença, os efeitos primários extinguem-se, permanecendo os efeitos extrapenais.

Além disso, ocorre a extinção da punição através da prescrição, objeto de estudo desta monografia, decadência e renúncia. Na prescrição, o qual será abordado com mais detalhes no tópico seguinte, ocorre através da perda do *ius puniendi* do Estado pelo não exercício durante o prazo determinado. Saliencia-se que

na prescrição extinguem apenas a punibilidade, podendo manter a condenação, bem como, os efeitos.

Para os que viam na prescrição a extinção apenas da ação, era mais fácil distingui-la da decadência porque esta, ao contrário daquela, funcionava como causa de extinção do direito, que por sua própria natureza deveria ser exercido em certo prazo, sob pena de caducidade. Se, todavia, tanto a prescrição como a decadência se apresentam como causa de extinção do direito subjetivo, torna-se penosa e quase impossível uma distinção precisa entre as duas figuras extintivas (THEODORO, 2018, p. 03).

A decadência, por sua vez, é aplicada quando há perda do direito de ingressar em juízo, ou seja, o direito de propor a ação penal. Segundo o artigo 103, do Código Penal, o prazo para poder pleitear em juízo é de seis meses, passado esse prazo, haverá decadência. Sendo certo que a contagem do prazo começa a partir do momento em que conhece o autor do fato delituoso. Já a perempção ocorre quando o ofendido perde o direito de ação por sua inércia. Os casos de perempção podem ser encontrados no artigo 60 do Código de Processo Penal. Assim, a perempção pode ser como uma punição ao ofendido por sua negligência.

A renúncia e o perdão aceito constituem outras modalidades de extinção da punibilidade, sendo a principal diferença entre elas que a renúncia ocorre antes da ação penal, enquanto o perdão ocorre em qualquer fase da persecução penal. Sendo que ambos podem ser expressos ou tácitos. Cabe mencionar ainda a retratação como forma de extinção da punibilidade, que ocorre somente nos casos determinados na lei, sendo admitido até a sentença. Por fim, a última modalidade de extinção da punibilidade é o perdão judicial, sendo aplicado pelo magistrado nos casos analisados segundo a previsão legal, não aplicando a penalidade, mesmo sabendo quem foi o autor do fato.

Portanto, demonstrado as causas que extinguem a punibilidade e, conseqüentemente, impedem que o Estado aplique uma sanção, cumpre analisar agora o instituto da prescrição, amparada pelo artigo 107, inciso IV, CP, onde se constata que o lapso temporal desconsidera a necessidade da ação penal, acarretando, pela demora da persecução penal, a perda do direito de punir do Poder Público.

## 2- PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cumpra, inicialmente, destacar acerca do instituto da prescrição penal, como fundamento para a compreensão da prescrição retroativa antecipada ou prescrição virtual. Assim, a prescrição no direito penal desenvolveu-se como uma tutela absoluta do acusado. Dessa forma, ressalta-se que o tempo é imprescindível para a configuração da prescrição, sendo certo que o decurso do tempo pode permitir a não punição do indivíduo, contribuindo para uma precariedade das provas. Em contrapartida, o tempo acarreta em um esquecimento do ato criminoso, fazendo com que deixe de haver a reação estatal.

Portanto, em um primeiro momento será abordado acerca do instituto da prescrição penal, trazendo seus principais conceitos e características, bem como a origem histórica e as espécies que o direito penal brasileiro acolhe para que possa ser esclarecido o instituto da prescrição virtual, objeto central do estudo, corroborando para que em face da ausência de interesse de agir do Estado, a prescrição virtual seria uma forma de garantir maior economia processual e efetiva aplicação da lei penal.

### 2.1- Origem, definição e natureza jurídica da prescrição penal

Ao abordar a origem da prescrição penal ressalta-se que a primeira legislação a compreendê-la foi a *Lex Julia*, criada no século XVIII a.C. Assim, Bitencourt (2015, p. 889) defende que os crimes abordados nessa lei —foi estendida à generalidade dos crimes, exceto os crimes de apostasia (abandono de religião), parricídio e parto supostoll. Posteriormente, a prescrição foi sendo apresentada no direito germânico e em outros direitos. Contudo, no Brasil a prescrição foi adotada a partir de 1890, com o surgimento do Código Penal, sendo adotadas algumas exceções, tais como a não utilização da prescrição nos crimes de moeda falsa, entre outros.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe que os delitos de racismo e ação de grupos armados contra a ordem democrática são considerados imprescritíveis, sendo julgados a qualquer tempo, conforme estabelece o artigo 5º, XLII e XLIV, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (BRASIL, 1988).

Dessa forma, esses delitos merecem uma reprovabilidade maior em face de ofensa aos institutos da Constituição Federal. Como analisado acima, com a prática do crime, surge para o Estado o *ius puniendi*, o qual corresponde à punição pelo fato criminoso. Porém, essa punibilidade não existe de forma absoluta para o acusado, ocasionando limitações ao exercício de punir do Poder Estatal, em que é assegurado um lapso temporal para o Estado condená-lo. Dessa forma, a prescrição constitui uma forma do Poder Público perder o exercício do *ius puniendi* em face do decurso do tempo.

Assim, a definição da prescrição pode ser estabelecida como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade. (GRECO, 2012, p. 711). Corroborando com esse entendimento Queiroz (2013, p. 589) afirma que:

A prescrição penal é a extinção do direito de punir em virtude do decurso do prazo legal para o exercício da ação penal ou para promover a execução da sentença penal condenatória. No primeiro caso, haverá a prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação; no segundo, prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação.

A prescrição tem sua definição em latim do verbo *praescribere*, cujo significado refere-se ao começo. Essa abordagem foi usada no Direito Romano, com a utilização do *praescriptio*, realizada pelo magistrado romano, o qual tratava de uma restrição temporal para propor uma ação e, caso não segue esse prazo era absolvido o acusado. Portanto, com inspiração no Direito Romano e com o desenvolvimento da sociedade, a prescrição surge no Código de Processo Penal em 1832.

Com isso, a definição da prescrição passou a ter diversos significados com sua evolução, sendo atualmente conceituada como a perda da pretensão punitiva. Greco (2015, p. 803) assegura que:

Ao estudarmos as demais causas extintivas da punibilidade, dissemos que em algumas situações o Estado pode abrir mão do seu direito de punir e, em outras hipóteses, pode vir a perdê-lo. A

prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde seu *ius puniendi*. Embora exista alguma controvérsia doutrinária, como frisamos, entendemos que com a prescrição existe a perda do direito de punir, e não a renúncia ao direito de punir por parte do Estado. O Estado pode renunciar ao seu exclusivo *ius puniendi* quando concede, por exemplo, a anistia, a graça e o indulto. Nessas hipóteses, embora podendo levar a efeito o seu direito de punir, o Estado dele abre mão, ao contrário do que ocorre com a prescrição, quando, mesmo querendo, não poderá exercê-lo.

Para Mirabete (2007, p. 424):

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Justifica-se o instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde a sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social.

Portanto, em face da ausência do Estado em exercer a pretensão punitiva, surge o instituto da prescrição, o qual tem seu fundamento nos princípios da presunção de inocência e na dignidade da pessoa humana. Cumpre destacar que a prescrição pode ser analisada sobre alguns aspectos, o qual traz vários conceitos, o primeiro diz respeito à renúncia do direito de punir. Garcia (*apud* MACEDO, 2007, p. 3) aborda que a prescrição seria renúncia do poder estatal de aplicar a punição de uma infração pelo decurso do tempo. Outro aspecto é que a prescrição pode ser vista como o fim do poder-dever do Estado de punir diante da ausência da pretensão punitiva ou executória (JESUS, 2005).

Dessa forma, pode-se compreender que diante dos conceitos abordados pelos doutrinadores, a prescrição apresenta duas características, o decurso do tempo e a inércia do Estado. Assim, quanto a natureza jurídica da prescrição é considerada, conforme o Código Penal, como causa extintiva de punibilidade. Contudo, há divergências quanto a sua natureza jurídica. Reforçando com o entendimento de que a prescrição tem natureza de direito material, Capez (2011, p. 614) afirma que:

A prescrição é um instituto de Direito Penal, estando elencada pelo CP como causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV), Embora leve também à extinção do processo, esta é mera consequência da perda do direito de punir, em razão do qual se instaurou a relação processual.

Para Jesus (2010, p. 762), a prescrição está relacionada com a natureza jurídica:

Natureza exclusivamente penal. Tanto que, constituindo causa extintiva da punibilidade, vem disciplinada no CP. O impedimento a persecução penal que dela decorre configura simples efeito de natureza processual penal, como acontece com outras causas, como a anistia, a renúncia do direito de queixa, a reparação do dano do peculato culposo etc.

Porém, há que defenda que constitui matéria de direito processual. Dessa forma, Souza e Japiassú (2012, p. 559) apresentam que, no tocante a distinção da natureza jurídica de direito material e processual, a prescrição:

A favor do primeiro argumento, tem-se que ela atinge o direito de punir do Estado, sendo, portanto, inequívoca a sua natureza material. Ao revés, a favor do segundo, tem-se que, historicamente, a prescrição objetivou paralisar o prosseguimento da demanda penal contra o infrator, sendo certo que não apenas a sua contagem, mas, também, as hipóteses de suspensão ou interrupção, estariam vinculadas aos institutos processuais penais.

Além dessas duas definições, alguns doutrinadores afirmam que a prescrição possui natureza híbrida, isto é, tanto de direito penal quanto processual, haja vista trazer consequências para ambos os ramos do Direito. Logo, majoritariamente, adota-se como natureza jurídica da prescrição, o direito material, sendo, portanto, uma causa de extinção da punibilidade, segundo o artigo 107, inciso IV, do Código Penal. Cumpre ressaltar ainda as espécies de prescrição como forma de compreender a prescrição virtual e como ela é fundamental para o ordenamento jurídico diante da ausência do interesse de agir do Estado.

## **2.2 Espécies de Prescrição Penal**

Cumpre abordar que a doutrina majoritária aponta que existem duas espécies de prescrição, da pretensão punitiva, onde surge anterior ao trânsito em julgado da sentença e a da pretensão executória, o qual ocorre posteriormente ao trânsito em julgado da sentença. Assim, Capez (2011, p. 616) assevera que:

[...] o Estado possui duas pretensões: a de punir e a de executar a punição do delinquente. Por conseguinte, só podem existir duas extinções. Existem, portanto, apenas duas espécies de prescrição: a)

a prescrição da pretensão punitiva (PPP); b) prescrição da pretensão executória (PPE).

Portanto, pode-se afirmar que a principal diferença entre as duas espécies estão relacionadas com o momento em que ocorrem. Assim, a pretensão punitiva tem por base uma pena em abstrato, isto é, uma pena hipotética, em que não há de fato uma condenação. Segundo Nucci (2011, p. 612): a prescrição da pretensão punitiva é a perda do direito de punir, levando-se em consideração prazos anteriores ao trânsito em julgado definitivo, isto é, para ambas as partes. Já em relação a prescrição da pretensão executória, a pena é baseada no caso concreto, visto que já ocorreu o trânsito em julgado, sendo certo que o cálculo da prescrição terá como base a pena em concreto. Conforme defende Filho (2010, p. 649):

A prescrição, por outro lado, verifica-se, também, depois da transitar em julgado a sentença condenatória. Neste caso, fala-se em prescrição do jus punitionis, isto é, prescrição da pretensão executória. Passada em julgado a sentença condenatória, já não há pretensão punitiva, mas, sim, pretensão executória. A prescrição, aqui, atinge o direito de aplicar a sanção imposta na sentença.

Acerca da prescrição da pretensão punitiva, pode-se abordar que ela encontra seu fundamento no artigo 109 do Código Penal, a saber:

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

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

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

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

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

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

VI - em 03 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 01 (um) ano (BRASIL, 1941).

Além disso, destaca-se que a pretensão punitiva pode ser dividida em outros tipos, tais como, Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita, a Retroativa, Superveniente ou Intercorrente e Prescrição Retroativa Antecipada ou Virtual, o qual configura objeto central dessa monografia. Cabe abordar cada uma delas. A primeira refere-se a prevista pelo artigo 109, do CP, como já citado acima.

Já a Prescrição Superveniente ou Intercorrente é uma forma de prescrição punitiva que consiste na utilização da pena determinada na sentença, sendo esta usada como garantidor do princípio da individualização da pena, visto que a pena abstrata não é condizente com a culpabilidade, sendo masi severa que a punição. Assim, em face da falta de impugnação da sentença e pelo ordenamento jurídico brasileiro não aceitar a chamada *reformatio in pejus*, o quantum de pena no caso concreto for maior do que a pena, se torna injusto a reforma do cálculo da prescrição pelo máximo da pena em abstrato.

Esse tipo de prescrição surgiu no ordenamento jurídico através do Decreto nº 4.780/1923, o que determinou que:

Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são aplicáveis, de acordo com o que estabelece o art. 78 do Código Penal, a prescrição da ação penal, regulando-se esta pelo máximo da pena em abstrato cominada na lei, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido.

Cabe mencionar que existem três requisitos da prescrição superveniente, conforme determina Romão (2009, p. 60):

1) Se a acusação concordar com a pena concretamente aplicada pelo juízo de primeiro grau, aquela representará a máxima sanção possível, já que não poderá ser elevada. Por essa razão, servirá de base de cálculo para a contagem do prazo prescricional, que terá início no dia da publicação da sentença. Assim, enquanto a defesa continuar recorrendo e impedindo o trânsito em julgado definitivo, o prazo prescricional estará sendo contado. 2) Se, aplicada a pena, a acusação apresentar recurso para modificar o julgado, sem, contudo, impugnar a quantidade de sanção imposta, como a pena fixada não poderá ser alterada pelas instâncias superiores (princípio da proibição da *reformatio in pejus*), aquela também será, como na hipótese anterior, a máxima possível. Portanto, assim como acontece naquela, a contagem da prescrição começará a contar a partir da data da publicação da sentença. 3) Por fim, se a acusação recorrer, com a finalidade de modificar a pena imposta pelo juízo a *quo*, mas seu recurso for improvido, ou seja, seus argumentos não forem acolhidos pelo tribunal, a contagem da prescrição, com base no quantum sancionatório aplicado em primeiro grau, começara a correr a partir da data da publicação da sentença.

No que se refere à prescrição retroativa, Greco (2012, p. 258) apresenta sua definição da seguinte forma:

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado

para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é data do fato (..). Portanto, teremos de percorrer novamente todos os caminhos, desde a prática do fato até o primeiro marco interruptivo da prescrição que é o despacho de recebimento da denúncia ou queixa; em seguida, faremos novamente o cálculo entre a data de recebimento da denúncia ou queixa, até a sentença penal condenatória recorrível. Se entre esses dois marcos houver decorrido tempo previsto na lei penal como caracterizador da prescrição, deverá ser declarada a extinção da punibilidade, com base na prescrição retroativa.

Sabe-se que essa modalidade de prescrição apresenta divergências doutrinárias e jurisprudenciais, visto que para alguns ela corresponde uma forma de alcançar a impunidade e outros afirmam que diminuem a morosidade do Judiciário. Assim, essa espécie de prescrição trouxe vantagens aos órgãos de investigação, os quais só se preocupariam com a pena máxima aplicada ao delito. Por fim, cumpre destacar a prescrição retroativa antecipada ou virtual, o qual corresponde ao objeto central desse estudo, sendo uma forma de reconhecimento da prescrição retroativa, de caráter antecipado, tendo como fundamento a pena hipotética que poderá ser aplicada ao caso.

Conforme afirma Gomes (2010, p. 1):

Com o advento da Lei 12.234/2010, a prescrição virtual (ou antecipada ou em perspectiva), como sempre foi atrelada à prescrição retroativa, também foi cortada pela metade, sendo possível agora somente entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença.

Oportuno salientar que essa modalidade de prescrição será abordada com mais aprofundamento no próximo tópico, com o objetivo de abordar com maior precisão acerca das características desse tipo de prescrição e sua eficácia no ordenamento jurídico, acarretando maior celeridade e economicidade para o sistema jurídico brasileiro. Contudo, antes de abordar a prescrição virtual é preciso conhecer as condições da ação. Desse modo, passa-se a abordar acerca das condições da ação e, por fim, a prescrição virtual.

### **2.3 Condições da Ação**

Como analisado acima, o Estado detém o direito de punir e determinar a justiça, sendo ele o responsável pela decisão das violações a norma jurídica e

aplicação das sanções. Dessa forma, cumpre destacar que as punições em abstrato são competências do Poder Legislativo que detém o poder-dever de criar os tipos penais para proteger os bens jurídicos de maior relevância. Assim, a partir da violação da norma, surge para o Estado o poder-dever de punir de forma concreta. Portanto, essa atividade é resultante da jurisdição, o qual provoca o Estado para que tome providência diante de alguma violação ao direito do indivíduo, ocasionando a ação penal.

Segundo Marques (2000, p. 344):

A supressão da autodefesa, epílogo de uma luta secular em que se resume a própria história do Estado e da civilização, levou as nações juridicamente organizadas à criação de tribunais e juízos, para tornarem efetiva a tutela dos interesses individuais contida nas leis e mandamentos do direito objetivo. Como reflexo *ex parte subiet*i da atividade judiciária do Estado, aparece a ação ou o direito, de que se acha investido todo o cidadão, de invocar os órgãos jurisdicionais para tornarem cumpridas as normas de ordem jurídica em situações incertas e duvidosas.

Dessa forma, pode-se dizer que a ação penal é o mecanismo capaz de fazer com que indivíduo pleiteia em juízo um direito seu, o qual foi lesado. Nesse sentido, Grinover; Fernandes e Filho (2001, p. 249) defendem que:

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.

Portanto, esse direito de ação é uma garantia constitucional, encontrada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual constitui no direito de impor do Estado o *ius puniendi* por uma violação a norma jurídica. Entretanto, mesmo o Estado possuindo o direito de jurisdição e punição, a sanção não será aplicada automaticamente, devendo ser respeitado a ampla defesa e o contraditório. Conforme esclarece Marques (2000, p. 348):

Não basta ao Estado ter o direito de punir: sem a persecução do delinquente, vedado lhe está impor qualquer pena, e, por isso, quando surge um fato aparentemente delituoso, nasce para o Estado o jus puniendi e o direito de perseguir o autor da infração para aplicar-lhe a pena legal e adequada. Inicia-se a persecução penal com as atividades policiais destinadas a organizar o procedimento informativo que servirá de instrumento e base da acusação a ser feita perante os órgãos judiciários. Conseguidas as primeiras informações sobre a infração penal, após a atividade investigatória da polícia

judiciária, impedido que se encontre o Estado de, desde logo, aplicar a sanção punitiva, cumpra-se ir a juízo, através de seus órgãos legais, para pedir o julgamento do seu direito de punir e a consequente aplicação da lei penal objetiva. É justamente nesse segundo momento da atividade persecutória que surge a ação penal, como o direito do Estado-Administração de inovar a prestação jurisdicional do Estado-juiz, a fim de que seja aplicada a norma penal objetiva.

Ressalta-se, portanto, que para propor a ação penal é necessário seguir algumas condições para permitir a efetiva prestação jurisdicional. Assim, Grinover; Fernandes e Filho (2006, p. 71) afirmam que:

A função das condições da ação atende ao princípio da economia processual, evitando que o processo se desenvolva, quando já se sabe, a priori, que o provimento final não poderá ser exarado porque as partes que o pedem ou perante o qual é pedido não são legítimas; ou o provimento não será necessário, útil e adequado; ou, ainda, quando for ele proibido pelo ordenamento. Trata-se de evitar, em última análise, atividades inúteis.

Logo, um dos objetivos da condição da ação é garantir o princípio da economia processual, sendo aplicada desde o recebimento da ação penal. Assim, o juiz deve analisar a demanda para verificar se estão presentes todas as condições da ação, caso não tenha uma das condições, a petição deverá ser rejeitada. Desse modo, cabem destacar as quatro condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte, interesse de agir e justa causa para ação penal.

A possibilidade jurídica do pedido está relacionada ao fato de que o que está sendo pedido deve ser possível, isto é, previsto ou não proibido pelo ordenamento jurídico. Em âmbito penal, a possibilidade jurídica restará aceita sempre que ocorrer um fato típico, visto que a prática de um crime determina o poder-dever do Estado em iniciar a ação penal. No tocante a legitimidade da parte, via de regra, é competência do titular que sofreu a violação ingressar em juízo pleiteando seu direito violado. Não obstante, a lei determina a outros, a legitimidade extraordinária, onde há uma substituição do processo, em que o pedido não é feito pelo titular do direito.

Segundo Filho (2009, p. 524):

Somente o titular do interesse em lide é que pode promovê-la. Assim, como na lide penal, informada da pretensão punitiva e do direito de liberdade, o Estado tem sempre interesse, posto que titular do direito de punir e, de consequência, da pretensão punitiva, segue-se que, no campo repressivo, é ele, por meio do seu órgão competente, que

é o Ministério Público, sempre parte legítima para agir, para promover a ação penal. Por isso, a ação penal deve ser intentada pelo Estado por intermédio do Ministério Público.

Em relação ao interesse de agir, o qual constitui a condição da ação mais importante para o trabalho, têm-se que apresenta três fundamentos, quais sejam, necessidade, utilidade e adequação. Assim, em relação à necessidade, para que o Estado exerça seu direito de punir é preciso que seja pedido seu reconhecimento perante o Poder Judiciário, sendo assegurado o devido processo legal. Dessa forma, Lima (2008, p. 56) defende que:

Em outras palavras, mesmo que o acusado — por considerar-se responsável pelo cometimento da infração criminal ou em atitude de autoflagelação — venha a implorar pela sua punição, a imposição da sanção penal somente terá lugar se, ao cabo de uma ação penal de conhecimento de índole condenatória informada pelo devido processo legal, sua culpa restar demonstrada e não houver a incidência de circunstância impeditiva de apenamento.

Na adequação é preciso que o pedido deve estar de acordo com o instrumento utilizado, ou seja, no habeas corpus é inadequado pedir a condenação, visto que essa ação não é de conhecimento. E, em relação a utilidade, ressalta-se que o pedido deve ter uma finalidade. Sendo assim, caso não haja a possibilidade de reconhecer e atribuir o direito pedido, não há interesse de agir. Corroborando desse entendimento, Grinover (2007, p. 185) dispõe que:

Mas não basta à satisfação do interesse de agir o requisito do interesse necessidade. Ainda é mister que o provimento invocado seja útil para a obtenção do bem da vida que o autor pretende. O interesse-utilidade significa que o Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta do direito material, bem como à justiça da sujeição da parte contrária ao provimento jurisdicional. O terceiro aspecto do interesse de agir é constituído pelo interesse adequação. Além da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional, exige-se, ainda, que o provimento jurisdicional invocado seja adequado para obter a satisfação da pretensão material. Caso por caso, é mister que exista uma correlação entre a situação apontada e a tutela jurisdicional requerida. Vê-se daí que uma relação inegável entre interesse-utilidade e interesse-adequação: se o provimento jurisdicional invocado não puder levar à obtenção do bem da vida pretendido, faltarão também interesse-utilidade. Por esse motivo, no fundo o interesse adequação acaba integrando o próprio conceito de interesse utilidade.

Portanto, resta configurado o entendimento do interesse de agir, sendo certo que é imprescindível o ingresso ao Judiciário para satisfazer o *ius puniendi* devendo ser adequado e útil para a pacificação social. Por fim, a última condição da ação, qual seja, justa causa, o qual constitui condições mínimas de um lapso probatório para que seja ingressado em juízo. Dessa forma, com o objetivo de preservar a dignidade do indivíduo, o ingresso em juízo deve estar pautado na prova da materialidade e indícios de autoria.

Nesse sentido, com o objetivo de manter o foco na temática proposta dessa monografia, não serão aprofundadas essas condições da ação, sendo apenas abarcado o conhecimento de que sem a presença dessa condição não é possível exercer o direito de punir do Estado, devendo ser extinto o processo. Portanto, passa-se agora ao estudo da prescrição virtual.

#### **2.4 - Prescrição Virtual: Realidade no ordenamento jurídico brasileiro**

A prescrição retroativa antecipada, conhecida por prescrição virtual é um assunto bastante debatido pela doutrina e jurisprudência, sendo que para alguns ela não deve ser utilizada e para outros, sim. Desse modo, a prescrição virtual corresponde a uma espécie de prescrição retroativa cuja sua atuação é anterior a prolação da sentença, analisando a pena que o acusado teria recebido para o cálculo da prescrição. Com isso, pode-se evitar a morosidade do Judiciário, haja vista a possibilidade da extinção de punibilidade.

Segundo Masson (2008, p. 1005), decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa. Além disso, corroborando desse pensamento, Nucci (2011 p 612) afirma que a denominada prescrição antecipada ou virtual leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado por ocasião da futura sentença.

Portanto, pode-se afirmar que a prescrição virtual é uma antecipação da própria prescrição, baseada na pena mínima, uma vez que analisando as circunstâncias processuais benéficas ao agente, a pena mínima será determinada, sendo certo que o cálculo prescricional será baseado nessa pena e não na pena em abstrato. Segundo Reis (2007, p. 409):

A prescrição retroativa antecipada, por sua vez, criação da doutrina e jurisprudência brasileiras, consiste na possibilidade de se aplicar a prescrição retroativa antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa ou da prolação da sentença nos casos de processo em curso, ao se alcançar o prazo prescricional com fulcro em uma pena hipotética que venha a ser aplicada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, a finalidade da prescrição virtual consiste em afastar processos que são inúteis e inadequados para o Judiciário, ou seja, qualquer processo que as circunstâncias de fato e condições pessoais do acusado demonstre que uma possível sentença condenatória determinaria uma pena hipotética, cuja prescrição já é possível estimar. Portanto, é possível, no início do processo, que seja realizado um juízo de possibilidade da condenação, além da pena a ser aplicada.

Ressalta-se que, muitas vezes, após um trâmite processual extenso, o juiz ainda é compelido a proferir a sentença, condenando e impondo uma pena ao acusado e, posteriormente, reconhece a extinção da punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva, o qual inutiliza todo trabalho realizado ao longo do processo. Com isso, visando uma efetiva aplicação da sanção penal, a prescrição virtual se torna fundamental, o qual combate a morosidade do Judiciário, bem como afasta de processos sem utilidade.

Dessa forma, cabe destacar alguns fundamentos da prescrição virtual, sendo a principal delas, a ausência do interesse de agir, o qual é o fundamento objeto central desse estudo. O interesse de agir, como já debatido acima, corresponde a uma das condições da ação, o qual parte de três fundamentos, adequação, necessidade e utilidade. Segundo Moraes (2000, p. 78):

Os altos custos processuais (custo ético, social, político e econômico) e os próprios gravames infligidos ao acusado pela existência do feito impõem aos atos processuais, e em última análise ao próprio processo, somente serem exercidos quando a tutela jurisdicional pleiteada é necessária, adequada e útil.

Logo, caso não exista a perspectiva de reconhecimento e atribuição do direito assegurado ou demonstrado que não há a possibilidade de alcançar a finalidade da pena imposta, pode-se dizer que não há interesse de agir. Assim, é evidente que, em face da ausência do interesse-utilidade a pena será extinta pela prescrição retroativa. Com isso, a não utilidade do processo retira do Estado o *ius puniendi* para agir, ocasionando o que Júnior (1994, p. 304) afirma:

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

Para Filho (2009, p. 53) a prescrição virtual ou retroativa pode sim ser reconhecida, visto que:

Por que então receber a peça acusatória? Extinguir-se o processo sem julgamento do mérito... ou, na linguagem processual penal, o Juiz rejeitaria a denúncia por falta do interesse de agir, mesmo porque, em face da pleora de processos assoberbando os serviços forenses, não tem sentido dar início a um processo fadado a total insucesso para o Estado. É a prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva ou projetada, que aí, confunde-se com a própria falta de interesse processual.

Portanto, pode-se afirmar que a prescrição virtual não configura uma causa de extinção da punibilidade, mas sim uma forma de constatar a utilidade no processo, sendo certo que se não houver utilidade, não há a condição da ação no elemento interesse de agir, sendo um fundamento para ser utilizada essa modalidade de prescrição. Além disso, antes da instrução processual, se o Ministério Público entender que o processo não alcançou seu objetivo, deve pedir o arquivamento, não oferecendo a denúncia, não violando o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Desse modo, o recebimento ou oferecimento da denúncia e o andamento do processo mesmo sendo verificada a prescrição retroativa servirá, além de sobrepesar o Poder Judiciário, macera o acusado, visto que se torna um mecanismo de repressão e vingança ao indivíduo e não de garantia aos direitos dos indivíduos, o qual é finalidade do processo.

Além desse fundamento, o qual é o mais importante para a monografia, existe a não utilidade de um processo prescrito, que acarreta em desperdício dos recursos públicos. Conforme Reis (2007, p. 413):

Aqui, além do tempo caro, pago pelos cofres do estado, do Juiz, do Promotor de Justiça, dos Serventuários da Justiça e do Ministério Público, se gasta com a infraestrutura (água, luz, telefone, etc.) e com os materiais diretos do processo (carta com AR, papel, tinta para impressora, material de escritório, etc.) sem falar com os gastos acessórios e periféricos de toda sociedade (ex. contratação de advogado, dia não trabalhado para comparecer à justiça do réu e das testemunhas, gasolina, alimentação, entre outros).

Portanto, cabe observar que a prescrição retroativa ou virtual corresponde em uma garantia ao sistema processual penal, visto que atua na celeridade, bem como economicidade processual devendo ter sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Assim, cumpre abordar algumas premissas da prescrição virtual e julgados o qual demonstram a ausência de ação por parte dos órgãos estatais na punição de alguns acusados na Comarca de Ponta Porã-Ms, demonstrando que há aplicabilidade da ausência do interesse de agir na prescrição virtual.

### **3- APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL DIANTE DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO: ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE PONTA PORÃ-MS.**

Nesse presente tópico passa-se a abordar, na prática, a análise da prescrição retroativa no processo penal através do exame dos processos no qual foi adotada a prescrição virtual com base na ausência do interesse de agir por parte do Estado, sendo todos os processos abordados da Comarca de Ponta Porã-Ms. Ressalta-se que os estudos desses processos foram realizados de forma objetiva, apresentando uma visão geral a respeito do caso e, posteriormente, compreendidas suas particularidades, como a incidência da prescrição retroativa. Além disso, cabe observar que diante de fatores éticos, os nomes presentes nos autos serão preservados, sendo identificados apenas por abreviações.

O primeiro auto a ser analisado refere-se aos autos nº 0007474-72.2011.8.12.0019, o qual figura como autor M. S. S., cuja denúncia foi proposta em 21 de maio de 2013 pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, pela possível prática do crime previsto no artigo 329 do Código Penal, cuja pena em abstrato corresponde a detenção, de dois meses a dois anos. Contudo, no dia 15 de setembro de 2022, o Ministério Público Estadual pugnou pela extinção da punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva, especificamente, da prescrição virtual.

Conforme o *parquet*, para esse crime a prescrição corresponde a 4 anos, sendo que a denúncia foi recebida em 11 de maio de 2011, sendo o processo suspenso desde 21 de junho de 2017 a 21 de junho de 2021, conforme determina o artigo 366, do Código de Processo Penal. Assim, o lapso temporal referente a tramitação do processo foi de 03 anos, 04 meses e 04 dias. O Órgão Ministerial afirmou ainda que não houve prescrição da pena máxima, contudo, se analisado essa pena em concreto verifica-se que não existe mais o interesse de agir por parte do Estado, uma vez que passado esse lapso temporal acima, mesmo que o acusado seja encontrado, processado e condenado, dificilmente, a pena atingirá um ano, sendo certo que ao fixar a condenação, será declarada a prescrição.

Acerca desse entendimento, o Ministério Público afirmou que:

Torna-se incoerente, portanto, continuar movimentando a máquina judicial e produzindo despesas processuais sem que haja qualquer

expectativa de um resultado útil para o presente processo, impondo-se a extinção do feito sem resolução do mérito, com base na prescrição retroativa que certamente ocorrerá. Sobre a prescrição antecipada (virtual, em perspectiva ou projetada), vale mencionar que se trata de instituto fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, fulcrada em razões de política criminal e economia processual e, ainda, como forma de garantia de acesso ao judiciário e à razoável duração do processo (Ministério Público, p. 94-95).

Portanto, pode-se concluir que o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada tem-se como fundamento a presença de todos os elementos que compõe as condições da ação, desde o ajuizamento da demanda. Dessa forma, como analisado nos tópicos acima, o interesse de agir, como sendo uma das condições da ação, necessita de três pilares, necessidade, adequação e utilidade. Assim sendo, o processo só tramitará se houver utilidade para o Estado, isto é, ser capaz de atingir o que se pretende com a inicial, sob pena de ausência do interesse de agir e, conseqüentemente, da extinção do processo.

Destarte, diante desse auto, pode-se observar que houve a aplicabilidade da prescrição virtual por ausência do interesse de agir por parte do Estado, o qual se verifica que não supre a movimentação do aparato judiciário, onde necessita de demanda de recursos materiais e intelectuais, somente para que seja obtida uma sentença condenatória hipotética. Constata-se, atualmente, que os órgãos estatais não possuem esses recursos para exercerem suas funções de forma eficiente, corroborando para que esses órgãos não cumpram a lei no prazo estabelecido.

Nesse ínterim, cabe ressaltar uma decisão favorável da jurisprudência acerca da aplicação da prescrição virtual:

PENAL. ESTELIONATO TENTADO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DA LIDE. EXTINÇÃO DO IUS PUNIENDI. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. EXCEPCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. Assegura a

constituição federal a todos os cidadãos, a razoável duração do processo. Não somente o ofendido, mas também o acusado tem o direito de obter prestação jurisdicional em prazo adequado. 2. A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção a ser aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade, em razão do tempo decorrido entre os fatos e a denúncia. 3. Na hipótese dos autos, há elementos corroborando tal inteligência eis que, considerando o período transcorrido desde as condutas delituosas (mais de 6 anos) sem que a peça acusatória tenha sido oferecida, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória - que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo

legal cominado ao delito por que responde o acusado (1 ano de reclusão) mormente levando-se em conta a redução prevista no art. 14, ii, do cp. 4. Falece interesse processual (art. 43, inc. li, CPP) na continuidade do feito, ocasionando, assim, ausência de justa causa em face da prescrição antecipada. 5. Extensão da decisum aos demais acusados (art. 580 da lei processual).(Trf-4 - rse: 935 sc 2007.72.09.000935-7, relator: Élcio pinheiro de castro, data de julgamento: 10/10/2007, oitava turma, data de publicação: d.e. 17/10/2007).

Outro processo analisado refere-se aos autos de nº 0001190-77.2013.8.12.0019, proposta pelo Ministério Público em 27 de março de 2013, em face de J. S. C. Pela possível prática do crime previsto no artigo 309, do Código de Trânsito Brasileiro, cuja pena em abstrato corresponde à detenção, de seis meses a um ano, ou multa. Sendo certa que, em 15 de setembro de 2022, o *Parquet* solicitou a extinção do processo diante da prescrição da pretensão punitiva, especialmente, a prescrição virtual.

Observou-se que, segundo o órgão ministerial, não há o que falar em condenação, visto que houve a falta do interesse de agir e, portanto, não há condição da ação, sendo imprescindível a extinção da ação penal, pela prescrição retroativa. Nesse caso, percebe-se mais uma ação o qual foi aplicada a prescrição virtual, corroborando com o entendimento de que acarreta maior celeridade e economicidade para o sistema jurídico brasileiro.

Por fim, o último processo analisado, o qual é abarcado o uso da prescrição virtual na Comarca de Ponta Porã-Ms, refere-se aos autos de nº 4544-57.2006.8.12.0019, o qual foi determinado denúncia em 27 de outubro de 2006 pelo Ministério Público de Mato Grosso do Sul, em face de I. C. C., bem como, V. G. S., pela prática dos crimes do artigo 16 e 12, respectivamente, da Lei nº 10.826/03. Segundo o órgão ministerial, no caso do crime cometido por V.G.S., verificou-se que houve a ausência do interesse de agir estatal em face da punição dos réus, haja vista que o crime em tela tem como pena máxima três anos e seu prazo prescricional são de oito anos, conforme determina o artigo 109, IV do Código Penal. Dessa forma, mesmo tendo indícios suficientes de autoria, não há razoabilidade para permanecer com o trâmite desse processo, visto que o réu não apresenta antecedentes criminais, sendo aplicado a ele apenas a pena mínima, sendo contrária a ideia de permanecer com o processo, visto que não há efeitos práticos diante da iminente impossibilidade de não exercício do *jus puniendi*. Sendo assim, extinto o processo em face da falta de interesse de agir do Estado.

Além disso, pode-se compreender que ao adotar a prescrição virtual, o magistrado age de forma contrária ao que o Superior Tribunal de Justiça determina na súmula 438, que diz: é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal (STJ, 2010). Entretanto, não configura ofensa, visto que essa súmula não apresenta caráter vinculante, podendo o juiz decidir de forma controversa.

Corroborando desse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou o seguinte:

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

Portanto, analisando os casos concretos julgados pela Comarca de Ponta Porã-Ms, além da fundamentação exposta ao longo desta monografia, constata-se que a prescrição antecipada retroativa tem por finalidade a efetivação da celeridade, economicidade e duração razoável do processo, analisado nas decisões expostas acima, reconhecendo a prescrição virtual como um instrumento de garantia processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou acerca da aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva, especificamente, da prescrição virtual ou retroativa. Sabe-se que a prescrição é um instrumento importante para o ordenamento jurídico, com o intuito de assegurar maior segurança jurídica, visto que tende a limitar o poder de punir do Estado. Assim, buscou abordar ao longo do trabalho acerca da importância da prescrição em perspectiva, como forma de combater as arbitrariedades do Poder Público, bem como a morosidade do Judiciário.

Dessa forma, o principal objetivo do presente estudo foi analisar a aplicabilidade da prescrição penal retroativa antecipada, conhecida como prescrição virtual, diante da falta do interesse de agir do Estado no processo penal da Comarca de Ponta Porã-Ms. Assim sendo, a prescrição virtual foi criada a partir dos anos noventa, com uma construção doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual muitos não admitem sua aplicabilidade, pois ofende o princípio da legalidade. Contudo, é uma ferramenta que busca assegurar o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal.

Assim, iniciou-se o trabalho abordando aspectos do direito de punir do Estado, abordando desde sua origem, até as divisões da vingança, o qual anteriormente existia a vingança privada, em que não havia o Estado para regular o conflito social, ocorrendo à vingança pela própria pessoa que foi lesada. Posteriormente, surge o Estado como mediador dos conflitos existentes na sociedade, passando a regular as relações públicas e punindo aqueles que cometiam ilícitos, ocasionando a vingança pública. Dessa forma, a partir daí criou-se *ius puniendi* do Estado.

Cumprido destacar também, que foi abordado acerca das formas de extinção da punibilidade, o qual dentre as diversas formas, destaca-se a prescrição, onde foi abordado no tópico seguinte. Verificou-se que a partir do momento em que o Poder Judiciário determina a prescrição de uma infração penal, não deixa de ser aplicado o *ius puniendi*, apenas não é possível à condenação pela ausência da necessidade ou utilidade da punição, visto que são formas que pertencem ao interesse de agir, espécie de condição da ação.

Observou-se ainda que, para ocorrer à condenação ou absolvição de um determinado crime é preciso que o Judiciário seja provocado, por meio da chamada

ação penal, o qual o titular ingressa em juízo pedindo que seu direito seja atendido. Essa ação penal apresenta alguns pressupostos, tais como, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir, interesse de agir e justa causa da ação. Dentre esses requisitos, percebeu-se que o interesse de agir é fundamental para que ocorra o *ius puniendi* do Estado, visto que é preciso que a ação seja necessária, adequada e útil. Assim, na falta de um desses elementos, não há interesse de agir e, conseqüentemente, há a extinção da punibilidade, especialmente, pela prescrição virtual.

Além disso, foi constatado que a prescrição se divide em duas espécies, a punitiva e executória, sendo a primeira anterior ao trânsito em julgado e a segunda, posterior ao trânsito em julgado. Ainda, a prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, prescrição superveniente, prescrição retroativa e prescrição retroativa antecipada ou virtual, sendo esta última mais debatida por ser o objeto central dessa monografia.

Por fim, buscou compreender acerca da aplicabilidade da prescrição virtual nos processos presentes na Comarca de Ponta Porã-Ms, sendo analisados os seguintes processos: 0007474-72.2011.8.12.0019; 0001190-77.2013.8.12.0019 e 0004544-57.2006.8.12.0019. Nesses processos verificou que o Poder Judiciário adotou a falta de interesse de agir do Estado, pelo art. 485, VI, do CPC, como forma de assegurar o devido processo legal, bem como a dignidade do acusado, sendo abordado que a atividade do Judiciário necessita de demanda de recursos materiais e intelectuais e que, atualmente, os órgãos estatais não possuem esses recursos para exercerem suas funções de forma eficiente, reforçando para que esses órgãos não cumpram a lei no prazo estabelecido.

Além disso, pode-se constatar que nas decisões, o Judiciário foi contrário a decisão da súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, visto que não gera nenhuma ofensa pelo fato de que esta súmula não apresenta caráter vinculante, podendo o magistrado decidir de forma controversa. Portanto, a prescrição virtual seria uma forma de desafogar o Judiciário que recebe diversos processos que são desnecessários e só servem para demorar ainda mais a atividade jurisdicional. Portanto, como é na primeira instância que apresenta o maior número de processos, uma vez que é lá que inicia as ações penais, a utilização da prescrição virtual pelos magistrados confronta a morosidade e evita essas práticas desnecessárias pelos servidores, os quais geram mais onerosidade aos cofres públicos.

Ressalta-se ainda que a prescrição garantisse a tutela dos princípios constitucionais, como, economia processual, duração razoável do processo, devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, visto que evita do processo passar muitos anos sem movimentação, ocasionando sofrimento ao acusado e seus familiares e para depois ser decretada a extinção da punibilidade. Logo, diante do exposto, observa-se a aplicabilidade da prescrição virtual pelo magistrado, inclusive na comarca de Ponta Porã-Ms, como forma de combater a morosidade do Judiciário, bem como assegurar a efetividade dos pressupostos processuais que determinam a ação penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão de provimento a extinção de punibilidade pela prescrição penal antecipada**. Recurso em Sentido Estrito nº 935-7/ SC. Ministério Público Federal e Francisco Edras Vieira Relator: Desembargador Élcio Pinheiro de Castro. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1895660&hash=467abb1f701f87229457336e25ea46d2](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1895660&hash=467abb1f701f87229457336e25ea46d2)>. Acesso em: 15.11.22.

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15.11.22.

**Código de processo penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15.11.22.

**Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº438. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15.11.22.

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Crime: ACR 70051706752 RS. Apelação. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Prescrição em perspectiva. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/126516977>> . Acesso em: 15.11.22

BITENCOURT, Antonio Carlos dos Santos. **Prescrição (pela pena) ideal**. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Rio de Janeiro, v. 08, nº 31, 2005, p. 86-103.

**Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Prescrição penal e finalidades da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2007.

DELMANTO, Celso. **Prescrição Penal e Trânsito em Julgado**. Separata da Revista de Ciência Penal. Editora Convívio, ano III, nº 1, 1976

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. I.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 5 tiragem, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 12.234/2010**: mudanças na prescrição penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2514, 20 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14895/lei-n-12-234-2010-mudancas-na-prescricao-penal>>. Acesso em: 09.10.22.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Niterói: Editora Impetus, 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007, p. 179-199.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JÚNIOR, Osvaldo Palloti. **Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 83, v. 709, nov./1994.

LIMA, Eric Alexandre Lavoura. **A coisa julgada penal e seus limites objetivos**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2008.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, t. I.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **O Reconhecimento Antecipado da Prescrição: O Interesse de Agir no Processo Penal e o Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 1, nº 3, jul./set/1993, p. 132-150.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MASSON, Cleber Rogério, **Direito penal esquematizado**: Parte Geral. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 7. ed. Rev .atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal.** 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

REIS, Carlos Gustavo Ribeiro. **Prescrição antecipada.** Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, nº 71, abr./jun./2007.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Individualização da pena:** alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, nº 21, jan./jun./2008,

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV.