



DIREITO DE PUNIR E AS TEORIAS DA PENA FRENTE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

RIGHT TO PUNISH AND THEORY OF PENALTY AGAINST VIRTUAL PRESCRIPTION

Sabrina Layane Rodrigues Menezes Alves

Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale

Especialista em Ciências Criminais pela UNIAMERICA

Professora Substituta de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade de Petrolina (FACAPE)

Endereço: Colegiado de Direito - Campus Universitário, s/n - Cidade Universitária,
56300-000, Petrolina/PE, Brasil

E-mail: layane.sabrina@gmail.com/ sabrina.alves@prof.facape.br

RESUMO

Com o objetivo de compreender e explicar sobre o instituto da prescrição virtual e sua aplicação, o presente artigo apresenta conceitos, divergências e críticas. Para tanto, trata dos aspectos históricos das penas e do direito de punir estatal, realizando uma análise principiológica. Dessa forma, buscou-se aprofundar a discussão sobre as o instituto da prescrição e sua aplicação ante a incapacidade estatal de efetivar seu *jus puniend* e *jus punitiois* com a devida celeridade. Destacou-se assim, o fenômeno da prescrição virtual e como ocorre sua aplicação, não obstante a proibição imposta pela Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: prescrição virtual; penas; *jus puniend*; *jus punitiois*.

ABSTRACT

In order to understand and explain about the virtual prescription institute and its application, this article presents concepts, divergences and criticisms. To this end, it deals with the historical aspects of penalties and the right to punish the state, carrying out a principiological analysis. Thus, we sought to deepen the discussion on the prescription institute and its application in view of the state's inability to carry out its *jus puniend* and *jus punitiois* with due speed. Thus, the phenomenon of virtual prescription and how its application occurs, despite the prohibition imposed by Precedent No. 438 of the Superior Court of Justice.

Keywords: virtual prescription; penalties; *jus puniend*; *jus punitiois*.

Recebido em 20.10.2022. Publicado em 15.12.2022



Licensed under a Creative Commons Attribution 3.0 United States License

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como temática central o instituto da prescrição destacando conceito, características e suas espécies, em particular, a prescrição virtual ou em perspectiva. Diante desses assuntos, busca-se analisar e compreender como ocorre essa espécie de prescrição a partir de suas consequências e em paralelo com a finalidade das penas, que seriam impostas. Tratando das penas, busca-se avaliar as teorias que explanam sobre seus objetivos e os eventuais efeitos do seu não cumprimento, uma vez que se perde o direito de punir.

Para a consecução desse trabalho e, considerando-se a sua natureza, lançou-se mão nos procedimentos metodológicos, das três espécies de pesquisa: exploratória, explicativa e descritiva, isto porque todas se complementam para que a pesquisa efetivamente aconteça. Em decorrência disso, o trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, uma vez que esta foi elaborada a partir da análise de materiais já publicados, como livros, doutrinas, artigos e leis. E desse modo, a pesquisa destaca uma realidade e confronta com a bibliografia selecionada e com a literatura de forma geral.

Procurou-se assim, descrever e explicar os fenômenos necessários para os resultados serem alcançados, de modo especial, com a apresentação dos tipos de prescrição demonstrados na pesquisa com suas consequências e atualização frente ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da temática.

O tema abordado possui grande relevância no universo jurídico, pois o direito está em constante evolução e a necessidade de atualização da doutrina é premente e constante. Assim, tratar de institutos consolidados como a prescrição e objetivos da pena continua sendo importante e necessário, a fim de se apresenta novas leituras e ressignificações no tocante à evolução do direito em seus diversos aspectos e, nesse caso em particular, no que respeita à prescrição virtual e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta-se, assim, uma nova ótica para esse instituto jurídico. Ele é relevante ainda, porque constantemente as teorias se renovam e se superam e essa análise é fundamental tanto para o meio acadêmico, quanto para a prática profissional dos operadores do Direito.

Partindo desse pressuposto, os conceitos fundamentais do Direito Penal também são alvo de evolução, e isto acontece sempre dentro de um contexto histórico, sociocultural e político. E consequentemente, o ponto de vista do Estado e do Direito Penal vão retratar o entendimento daquele momento histórico.

Dentro desse contexto, a organização da presente pesquisa, contempla a fundamentação teórica fracionada em duas partes, quais sejam: aspectos históricos das penas e do direito de punir estatal e o instituto da prescrição decorrente da incapacidade desse Estado de exercer, em um lapso temporal razoável, o seu *jus puniend*, destacando a prescrição virtual e contrapondo-a ante da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça. Na sequência, apresenta-se considerações finais, posto que não há intenção de, nesse estudo, esgotar a discussão do assunto.

2. SPECTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL E A TEORIA DA PENA

O Estado possui o direito de punir a prática de crimes por qualquer membro da sociedade em território nacional, tendo em vista que é protetor do bem comum, da ordem social e detém sua soberania. Este direito de punir consiste no instituto jurídico do *jus puniend* que autoriza a máquina estatal e concede-lhe o poder-dever regulador e de punição contra quem pratica os ilícitos penais.

Destaca-se que esse direito-dever se originou com o decorrer da história, que de forma gradativa evoluiu com a própria sociedade, tendo sua anuência e apoio. Nesse contexto, Beccaria (2014), afirma que através de um pacto social, realizando concessões recíprocas, o homem perde parte da sua liberdade, para poder usufruir do restante dela com mais segurança, enquanto o Estado recebe o poder e controle da sociedade como um todo.

Por meio desse agrupamento, surgiram as sociedades e, em consequência dessas, as leis que as regem. Ainda em conformidade com Beccaria (2014), como um meio de proteção renunciaram a uma certa parte desta liberdade individual, que a insegurança não a tornava útil, para constituir uma sociedade efetivamente segura. Diante disso, o “sacrifício” de cada um somado para o bem geral constitui a soberania da nação, na pessoa do soberano do povo. Este soberano é o legitimado pela convenção social de agir como um depósito dessas liberdades e possui o poder de administração.

Houve um tempo em que o controle social baseava-se na vingança privada, vigorava a lei do mais forte ante a ausência de um Estado fortalecido. Ocorre que, atualmente, como regra, a sociedade deve buscar a solução de seus conflitos através da atuação do aparato estatal, na pessoa do Poder Judiciário. Desse modo, como demonstra Cunha (2020, p. 481), a convivência harmônica de uma sociedade depende, comprovadamente, do poder punitivo do Estado, sendo assim, um controle social irrenunciável. Em consequência disso, segundo Beccaria (2014), fez-se necessário que as penas fossem instituídas contra aqueles que desrespeitavam as leis, considerando que qualquer outra medida não seria suficiente. Desse modo, as parcelas individuais de liberdade, assim como constituem o poder do soberano, originam também o fundamento do direito de punir. “Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo” (BECCARIA, 2014, p. 17-18).

Bitencourt (2012, p. 272-273), diante disso, afirma que o Estado usa o Direito Penal, por meio da pena, com o fim de facilitar e regular a convivência das pessoas em sociedade, e para proteger de eventuais lesões aos bens juridicamente tutelados em determinada organização socioeconômica. Nesse contexto afirma que:

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade. (BITENCOURT, 2012, p. 272)

Em consequência disso, continuando a partir do ensinamento de Bitencourt (2012, p. 272-273), da mesma maneira que a forma de Estado progride, isso também acontece com o Direito Penal, no plano geral e nos conceitos fundamentais, como das teorias da pena que evoluíram e sofreram influência do contexto político e sociocultural em que desenvolveram.

Diante disso, a pena se tornou uma consequência natural desse direito de punir do Estado quando alguma infração penal é praticada. O direito brasileiro adota o conceito analítico de crime, que consiste em um fato típico, antijurídico e culpável. Este conceito possui apenas caráter doutrinário, é certo se falar que o crime é unitário e indivisível. Sendo assim, conforme

expõe Greco (2017, p. 241), o conceito analítico possui a finalidade de analisar seus elementos ou características sem fragmentá-lo, pois, o agente comete o delito ou o ato praticado não tem relevância penal. É importante salientar que o estudo estratificado permite que a conduta praticada seja analisada minuciosamente sobre a existência ou não de um crime.

Por esse motivo, ainda que o Estado seja dotado desse dever-poder de punir os ilícitos é imprescindível que se tenha observâncias aos princípios constitucionais, sejam estes expressos ou implícitos, que limitam a aplicação das sanções penais. “Um Estado que procura ser garantidor dos direitos daqueles que habitam seu território deve, obrigatoriamente, encontrar limites ao seu direito de punir”. (GRECO, 2017, p. 659).

Nessa perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do ordenamento jurídico-brasileiro e possui previsão constitucional. Em observância a este princípio-base, conforme postula Cunha (2020, p. 125), existem algumas espécies de pena que são vedadas: as indignas, cruéis e desumanas, bem como a de morte, trabalho forçado, de banimento e perpétua. Dessa forma, este mandamento também orienta o Estado na criação, aplicação e execução das leis.

Além da observância aos preceitos dos direitos humanos, o direito brasileiro é regido pelo princípio da humanização da pena. Por esse motivo, a Constituição Federal proíbe as penas que vão de encontro a este princípio. Assim, faz-se necessário discutir e refletir sobre a finalidade das desse instituto.

2.1 Finalidade da pena e suas teorias

Faz-se interessante destacar que o Código Penal vigente, através de seu artigo 59, *caput*, expõe que as penas precisam ser suficientes à reprovação e prevenção dos delitos. “Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais” (GRECO, 2017, p. 663).

Ainda sobre as penas, é fundamental explanar que, como antigamente, elas possuíam a finalidade de vingança coletiva, muitas sanções eram aplicação com consequências mais severas que o delito praticado. Em decorrência disso, Beccaria (2014), dirigiu críticas ferrenhas à utilização das penas como vingança, o autor afirma que a finalidade das penalidades não é torturar e afligir as pessoas, e nem desfazer um crime cometido. Pois, o Estado, como ente político, deve frear os delitos particulares, uma vez que a crueldade consiste em um desvio da finalidade principal das penas. Assim, castigar o culpado consiste em prevenir delitos futuros, contudo, ultrapassar os limites pode levar à tirania.

Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2014, p. 45).

Em consequência disto e de outras críticas doutrinárias ao longo do tempo, assim como, o próprio histórico mundial, adveio o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, garantindo aos indivíduos que a sua pena será efetivamente individualizada. Conclui Beccaria (2015), em uma de suas obras mais conhecidas, que “não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial pública, pronta,

necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” Dessa forma, esse princípio constitucional consiste no direito do apenado ter uma sanção penal proporcional ao delito cometido, observando também as particularidades de cada caso em concreto.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se na doutrina penal as teorias absoluta e relativa sobre as funções das penas. De acordo com Cunha (2020, p. 482), para a teoria absoluta a pena é “uma decorrência lógica da delinquência”, desse modo, visa retribuir o mal que foi ocasionado. Esta teoria defende a tese da retribuição, ou seja, o infrator deverá compensar o dano que causou. Essa teoria, também pode ser chamada de retributiva, uma vez que não possui utilidade para a sociedade, a não ser para o próprio agente.

Já a teoria relativa ou utilitarista preza pela prevenção, subdividindo-se em prevenção geral e específica. Greco (2017, p. 663-664), coloca que a prevenção geral observa e se preocupa com a sociedade em dois aspectos distintos: o negativo, em que a pena repercute na sociedade com o efeito de evitar o cometimento do crime, sendo a prevenção por intimidação, uma espécie de coação psicológica a coletividade; e a positiva, que consiste no Estado aplicando a norma penal sobre os casos concretos. Nesta espécie a pena possui uma função pedagógica de reafirmar os valores exigidos pela norma vigente e promover a confiança da coletividade no poder punitivo do Estado. A prevenção especial é concentrada no agente do delito, pois, visa evitar a reincidência, objetivando a ressocialização. Para Cunha (2020, p. 482), no seu aspecto negativo, a pena irá neutralizar o poder lesivo do criminoso retirando-o do convívio em sociedade, projetando a evitar a reincidência. Quanto ao seu aspecto positivo, o objetivo é a promover a ressocialização o agente, após o cumprimento da pena e que não procure cometer novos crimes. E nesse sentido, o autor continua afirmando que apenas a recuperação desse apenado tornaria a pena legítima, bem como apesar de o foco dessa prevenção ser o criminoso a sociedade também é beneficiada com o seu retorno ao convívio social.

Sob a perspectiva da finalidade da pena, Roxin *apud* Bitencourt (2012, p. 325), demonstra sua aversão às medidas de prevenção especial negativa e manifesta seu interesse pela prevenção especial positiva:

Defende que o fim da pena somente pode ser de tipo preventivo, no sentido de que a pena somente pode perseguir o fim de prevenir delitos, pois dessa forma se lograria alcançar a proteção da liberdade individual e do sistema social que justificam as normas penais. Nessa linha de entendimento, manifesta, ademais, que tanto a prevenção especial, como a prevenção geral devem figurar como fins da pena. A pena declarada numa sentença condenatória deverá ser adequada para alcançar ambas as finalidades preventivas. E deverá fazê-lo da melhor forma possível, isto é, equilibrando ditas finalidades. Assim, de um lado, a pena deverá atender ao fim de ressocialização quando seja possível estabelecer uma cooperação com o condenado, não sendo admitida uma reeducação ou ressocialização forçada (BITENCOURT, 2012, p. 325).

Diante disso, Greco (2017, p. 665), tece a crítica ante a prevenção geral negativa no tocante ao fato de o Estado se valer da pena para externar à população, que a desobediência as normas editadas levam a este fim. Nesse sentido, Hassemer *apud* Greco (2017, p. 665-666), afirma que a intimidação como forma de prevenção é atentatória à dignidade humana, pois, ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras, assim como os efeitos esperados dela são duvidosos, uma vez que sua verificação se baseia em categorias empíricas imprecisas, como a certeza de que todos os cidadãos possuem o conhecimento da lei, das penas cominadas e suas consequências. Apesar de a própria lei trazer a proibição na qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, por meio do artigo 3º do decreto-lei nº 4.657/1942, sabe-se

que esta não é a realidade brasileira, assim, essa categoria não pode ser absoluta. Na sequência, o autor pontua ainda a motivação dos cidadãos que obedecem à lei a se comportarem dessa maneira se baseia apenas na cominação e aplicação de penas como categoria imprecisa.

Diante disso Greco (2017, p. 667), finaliza esse aspecto afirmando que apesar das críticas tecidas os critérios preventivos ainda possuem serventia à sociedade ao condenado, em especial à prevenção especial, à ressocialização do apenado. Ademais, destaca que a ressocialização não é uma problemática exclusiva ao Direito Penal, mas também um problema político-social do Estado, assim, na medida em que não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel.

Diante disso, como foi mencionado anteriormente, o artigo 59, *caput*, do CP prevê, na sua parte final, que as penas devem ser suficientes à reprovação e prevenção dos delitos. Assim, resta perceber, de acordo com Greco (2017, p. 664-665), que a lei penal brasileira mistura as duas teorias expostas adotando uma teoria mista. Modernamente, com ensina Cunha (2020, p. 483) o Código Penal Brasileiro não adotou expressamente uma dessas teorias, contudo, tem-se o entendimento de que a pena possui uma tríplice finalidade a partir de cada momento específico, sendo elas: retributiva, preventiva e reeducativa.

Nesse sentido Cunha (2020, p. 483), continua associando as fases às espécies de prevenção: o momento da criação do crime e da cominação da pena em abstrato demonstra o caráter preventivo geral; os parâmetros mínimos e máximos da pena tratam da prevenção geral positiva; a prevenção geral negativa acontece quando se busca impedir o cidadão de transgredir a norma; na aplicação da norma o Magistrado emprega as finalidades retributiva e prevenção especial e, durante a execução penal, se materializa a retribuição e prevenção especial com ênfase na prevenção especial positiva, a ressocialização. Contudo, para que o Estado exerça o seu direito de punir e assim concretizar as finalidades das penas, faz-se necessário que o exerça considerando-se um tempo determinado a partir da prática do delito.

3. VERTENTES TEÓRICAS DA PRESCRIÇÃO

O transcurso do tempo possui diversos efeitos relevantes no ordenamento jurídico. Na seara penal, as consequências incidem sobre a conveniência política de continuar ou não a persecução criminal contra o suposto autor de um crime ou, conforme ensina Jesus (2020, p. 884), de ser executada ou não a sanção em face de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma penal.

Sabe-se que esta prerrogativa cabe ao Estado e constitui direito exclusivo, indelegável e, inicialmente, abstrato. A partir do momento em que um delito é praticado, esse direito abstrato e impessoal se torna concreto para este agente e assim, este direito se transforma em pretensão. E nesse sentido Capez (2019, p. 915), ensina que com a pretensão surge para o Estado o interesse de submeter o direito de liberdade daquele criminoso ao seu direito de punição, que consiste em uma relação jurídico-punitiva com o suposto criminoso. E continua explanando que a pretensão, agora concreta, denomina-se a punibilidade que é a probabilidade de efetivação concreta da pretensão punitiva. Esse direito que de aplicar a sanção cominada abstratamente que nasce para o Estado é definindo por Cunha (2020, p. 506) como o meio de retribuir o mal praticado e a maneira de inibir a reincidência.

Ocorre que o Estado deve atuar dentro dos prazos determinados pela lei, tendo em vista que há

um lapso temporal para satisfazer a pretensão punitiva e para executar a punição imposta, conforme orienta Capez (2019, p. 915). Assim, quando o Estado não cumpre o seu dever e não exerce o seu poder-dever no prazo previsto acontece a prescrição.

Assim, vale ressaltar que, de acordo com Mattioni (2013, p. 126), a prescrição concede uma garantia ao acusado de ser processado, sentenciado e penalizado em um espaço de tempo razoável. Desse modo, cabe ao Estado, por parte do Ministério Público, zelar pela correta e célere aplicação da pena. Nesse sentido, não se pode admitir que o *jus puniendi* seja deduzido por período diverso do razoável, ou ainda *ad infinito*, conforme Mattioni (2013, p. 127) explica, pois, a existência do processo em si, já traz insegurança ao acusado, justamente, quando se põe em risco um dos seus bens mais preciosos, a liberdade. Em consequência disso, afirma-se que os prazos de prescrição são justificados pelo princípio constitucional da celeridade processual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, constante no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna. A prescrição, em concordância com Capez (2019, p. 908), tem a natureza de coibir a morosidade da persecução penal, firmando como sanção a extinção da punibilidade.

Desse modo, Cunha (2020, p. 384), ensina que o direito punitivo não é absoluto, pois, quando for praticado o injusto penal existe a possibilidade de incidir alguma causa extintiva da punibilidade, nesse caso a prescrição, impedido o Estado de iniciar a persecução penal ou a aplicação da sanção cominada ao tipo penal posto.

O advento da prescrição limita para o Estado o *jus puniendi* concreto e o *jus punitiois* a lapsos temporais. De acordo com Jesus (2020, p. 884), esse instituto consiste na perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício, quer dizer que fica sem efeito o direito por ter decorrido certo prazo legal.

Em conformidade com os ensinamentos de Cunha (2020, p. 395), o legislador constituinte ordinário estabeleceu que este limite temporal ao direito de punir do Estado é a regra, porém, trazendo também duas exceções o crime de racismo e os delitos praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Ainda nesse sentido, Capez (2019, p. 918), define que a prescrição se trata de um direito público subjetivo de índole constitucional garantido a todo acusado pelo cometimento de crime ou contravenção penal. Da mesma maneira em que é considerada por Cunha (2020, p. 396), como uma garantia (implícita) fundamental do cidadão contra o Estado, pois a prescrição extingue a punibilidade para o agente ou apenado. Segundo Grego (2011), existem causas extintivas da punibilidade em que o Estado abre mão do seu direito de punir e há também aquelas em que este pode perdê-lo, este último é o caso da prescrição.

Diante disso, Capez (2019, p. 916) afirma que apesar de a prescrição levar a extinção do processo, de acordo com o artigo 107, IV do Código Penal Brasileiro, esta consiste apenas em uma consequência da perda do direito de punir, em razão do qual se instaurou a relação processual.

3.1 Espécies de prescrição

Já foi citado que o Estado é titular da pretensão punitiva, assim, exige-se do Poder Judiciário a prestação jurisdicional requerida pela acusação que possui duas finalidades, conforme afirma Jesus (2020, p. 886), sendo estes o julgamento da pretensão punitiva e a imposição da sanção

penal. Diante disso, Bitencourt (2012, p. 1945) explica que “da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitiois* decorre a classificação da prescrição em prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada prescrição da ação penal e prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da pena”. Assim, em concordância com Jesus (2020, p. 886), com a pretensão executória o Estado adquire o direito de executar a sanção penal imposta na sentença.

Ante a classificação a prescrição em prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, faz-se necessário explicar sobre a particularidades de cada uma. Diante disso, chamada também de prescrição da ação, Jesus (2020, p. 887) ensina que na prescrição da pretensão punitiva o Estado perde o direito de punir no que se refere à pretensão de o Poder Judiciário julgar a demanda e aplicar a sanção penal. Não se trata da perda do direito de ação, pois a prescrição atinge diretamente o direito de punir.

Nesse sentido, a prescrição da pretensão punitiva apenas ocorrerá antes de a sentença transitar em julgado, e como aponta Bitencourt (2012, p. 1946) reúne como consequência a eliminação do crime e de todos os efeitos do crime, será como se nunca tivesse acontecido e “opera-se a extinção da punibilidade”, de acordo com Jesus (2020, p. 888). Inicia-se o lapso prescricional a partir da data da consumação do crime ou do dia em que cessou a atividade criminosa, para crimes permanentes ou continuados.

Segundo Jesus (2020, p. 889) a prescrição da pretensão punitiva é definida pela pena cominada em abstrato de acordo com a lei penal incriminadora, independentemente de o crime ter sido cometido na modalidade simples ou qualificada.

Já na prescrição da pretensão executória, ainda chamada por Jesus (2020, p. 887 e 888) de prescrição da condenação, o transcurso do tempo sem o exercício do *ius punitiois* faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção penal estabelecida na sentença condenatória. De acordo com Bitencourt (2012, p. 1983 e 1984), essa espécie de prescrição apenas irá ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, utilizando a pena em concreto imposta na condenação. Ademais, essa prescrição se limita a extinguir a pena, restando os demais efeitos da condenação, tanto os penais como os extrapenais.

Destaca-se sobre a prescrição da pretensão punitiva, que esta possui subespécies, a prescrição da pretensão punitiva: em abstrato; superveniente ou intercorrente; retroativa e virtual ou antecipada. A respeito da prescrição da pretensão punitiva em abstrato ou propriamente dita, valem as mesmas características descritas para a prescrição da pretensão punitiva espécie geral.

Já a prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente ou subsequente, de acordo com Greco (2017, p. 958), conta-se a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, sendo este seu termo inicial, tendo como requisito o trânsito em julgado para a acusação ou ter sido o improvido seu recurso a respeito da pena aplicada. Assim, segundo Cunha (2020, p. 409), pressupõe uma sentença ou acórdão criminal condenatório, sendo por isso considerada superveniente.

A prescrição da pretensão punitiva retroativa, conforme ensina Bitencourt (2012, p. 1949 e 1950), considera a pena aplicada na sentença condenatória, contrariamente à prescrição em abstrato, que usa como referência o máximo de pena estabelecido para aquele crime. De acordo com Cunha (2020, p. 410), tem como termo inicial uma data anterior a da publicação da sentença, devido a isso é chamada de retroativa. Ou seja, sua peculiaridade se deve ao fato de a contagem do prazo prescricional se dá retroativamente. Assim, a prescrição retroativa pode ser identificada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia ou queixa ou entre

este e a sentença condenatória.

No tocante à prescrição da pretensão punitiva virtual ou antecipada Capez (2019, p. 921) entende que se trata de uma prescrição antecipada que se constitui com base na provável pena fixada na futura condenação. Cunha (2020, p. 412), ensina que essa espécie de prescrição possui a finalidade de antecipar o reconhecimento da prescrição retroativa. E continua explanando que ela se fundamenta na ausência do interesse de agir do estado no prosseguimento da ação penal, considerando que em relação às circunstâncias do crime, condição e do próprio réu, a sentença fixará a pena nos patamares mínimos, “conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa” (CUNHA, 2020, p. 412).

Apesar de ser uma criação doutrinária e jurisprudencial, como define Masson (2015, p. 5603), resultado da interpretação sistematizada dos dispositivos legais, ela não é aceita pela jurisprudência e não possui amparo legal. Em consequência disso, se faz necessária uma análise mais aprofundada dessa espécie de prescrição, adentrando em seus fundamentos e justificativas.

4. PRESCRIÇÃO VIRTUAL E A CRÍTICA A SÚMULA 438 DO STJ

A aplicação da prescrição virtual surge com o fim de dar celeridade ao processo, segundo Mattioni (2013, p. 127), vislumbra-se uma possível pena ao acusado considerando o crime e as circunstâncias judiciais do previstas no artigo 59 do Código Penal, a existência ou inexistência de circunstâncias agravantes ou de aumento de pena. Diante dessa análise, o autor continua explicando que, quando se chega na hipótese de futura condenação e a pena a ser fixada na sentença provavelmente não ficará distante do mínimo legal, se faz necessário a aplicação antecipada da prescrição correspondente, utilizando-se dessa pena mínima.

Destaca-se que segundo Masson (2015, p. 5607-5608), apenas com a pena máxima seria possível impedir a ocorrência da prescrição retroativa, todavia o caso concreto apresenta indícios suficientes para fazer acreditar que a reprimenda, em caso condenação, improvavelmente ultrapassaria o limite mínimo previsto. Assim, todas as demais características da prescrição continuam, bem como termo inicial da contagem e hipóteses de interrupção legalmente previstas.

Vale salientar de forma pormenorizada os requisitos necessários para o reconhecimento da prescrição antecipada. De antemão, já se ressalta que essa espécie de prescrição não se aplica ao criminoso habitual, tendo em vista que o primeiro requisito se baseia nas circunstâncias judiciais favoráveis do réu. Como se sabe as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal são responsáveis pela fixação da pena-base na sentença penal condenatória.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

De acordo com Sousa (2009, p. 31), quando o agente possui circunstâncias favoráveis, o juiz não fixará a pena base acima do mínimo legal, bem como se não tiver circunstanciais que atenuem e que agravem muito menos causa de aumento e diminuição de pena, a pena não passará do mínimo legal. Diante disso, o fato de o réu ser portador de bons antecedentes será decisivo para a aplicação da prescrição virtual.

Na sequência, é necessário que o réu seja primário, ou seja, que não tenha contra ele nenhuma condenação anterior transitada em julgado. Nessa perspectiva, Sousa (2009, p. 32), assevera que caso o réu seja reincidente, muito provavelmente a pena não ficará cominada no mínimo legal, sendo assim não haveria a possibilidade de se avaliar o prazo de prescrição para ser aplicada ao caso.

Analisa-se, por fim, a projeção da pena base no mínimo legal. Considerando que o réu é portador de bons antecedentes e primário, de acordo com Sousa (2009, p.32), calcula-se se pela data da consumação do delito e pela data do recebimento da denúncia teve tempo suficiente para ultrapassar a prescrição consubstanciada na pena mínima projetada, devendo assim, o titular da ação penal pugnar pelo reconhecimento antecipado da prescrição penal.

Nesse contexto, não há outro objetivo para tal instituto como dar maior efetividade ao processo penal, como afirma Mattioni (2013, p. 127-128):

Direcionando-o (o processo penal) às situações realmente interessantes, em contraponto a sua instauração indistinta – o que, como é sabido, fatalmente contribui para o assoberbamento da carga de trabalho do poder Judiciário, que desde há muito não vem conseguindo administrar a Justiça de forma eficiente. Por via reflexa, a prescrição virtual também força o redesenho da noção de interesse processual, enquanto condição genérica para o exercício da ação penal, ressaltando a efetividade do processo criminal. (MATTIONI 2013, p. 127-128).

Nesse contexto, a aplicação da prescrição virtual adianta a futura decretação da prescrição, economizando o esforço judiciário. Capez (2019, p. 909 e 910), analisa que ao passo em que a prescrição retroativa exige sentença ou acórdão condenatórios, a virtual ou antecipada os dispensa, pois devido aos elementos do fato, a acusação atentando-se que a prescrição retroativa ocorrerá, antecipadamente a requer.

Em oposição a esta construção doutrinária o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

A partir do momento que se rechaça a prescrição virtual, o Superior Tribunal de Justiça condiciona a aplicação do Direito Penal a partir da visão de que o processo penal é “necessário”, impedindo que se discuta qualquer questão acerca de interesse ou oportunidade, principalmente ante às infrações penais consideradas menores, que são alvo da prescrição virtual.

Para Andrade (2010), apesar de não ser possível fundamentar o pedido de arquivamento na prescrição virtual, pela falta de amparo legal e disposição em súmula do STJ, tem-se feito o arquivamento de inquéritos policiais, a rejeição de denúncias e extinção de ações penais consubstanciado na ausência de interesse de agir, o que caracteriza a prescrição virtual.

Porque deve-se considerar que antes de ser necessário, o processo penal deve ter utilidade, algo que a prescrição retroativa vem assegurar. É nesse caminho que Greco (2017, p. 983), entende ao discordar da súmula em análise:

Entendemos que a posição, com a devida vênia, é equivocada. Isso porque, para que uma ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes as chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa. (GRECO, 2017, p. 983).

O interesse de agir se divide em interesse-necessidade e interesse-utilidade, diante disso, a fim de que se possa aplicar a pena haverá, de acordo com Greco (2017, p. 983), a “necessidade de um procedimento formal em juízo, com todos os controles que lhe são inerentes”. Assim, a jurisdição penal precisará preencher a condição interesse de agir, no tocante a modalidade necessidade da medida, porém, não será sempre que o interesse-utilidade vai existir.

Nesse sentido, quando se deparar com um caso em se encaixe a prescrição virtual, Greco (2017, p. 984), entende que o julgador deve extinguir o processo, sem resolução do mérito, conforme a previsão do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, levando em consideração que se pode constatar a ausência de uma das condições fundamentais ao regular exercício do direito de ação, a interesse-utilidade da medida. Tendo em vista que, segundo o disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, podem ser aplicadas ao processo penal, de forma subsidiária, as normas do processo civil que regulam a carência de ação.

Nesse contexto, Sousa (2009, p. 35), ainda explana que os princípios do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa não impedem à aplicação desse instituto, posto que apenas possível o seu regular procedimento se existissem todas as condições da ação. E este autor finaliza afirmando que:

Realmente de nada adiantaria mover a máquina estatal com um processo moroso que desde o início já se sabe que está fadado ao insucesso, e realmente este não é o espírito das leis, nem os anseios da sociedade, que clama cada vez mais por uma justiça célere. (SOUSA, 2009, p. 35).

Diante disso, ressalta-se que, a despeito da Súmula 438 do STJ, o operador do direito em consonância com o princípio da cooperação processual deve-se buscar evitar o prosseguimento de qualquer ação improdutiva em juízo. Isto, preocupando-se em não onerar a máquina judiciária já tão sobrecarregada de trabalho, em atenção aos princípios da economia processual, da instrumentalidade e da celeridade da Justiça, visando ao desafogo de processos já fadados ao arquivamento e, conseqüentemente, extinção da punibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou mostrar que o Direito Penal e os demais ramos do Direito encontram-se em constante evolução e que, por isso mesmo, o ordenamento jurídico de uma nação reflete o entendimento da sociedade sobre seus institutos. A discussão do tema desse trabalho teve origem no pressuposto de que a sociedade e suas normas precisam estar em harmonia com a evolução que verifica no respectivo contexto histórico. Isto porque é sabido que o Estado possui o *jus puniend* a partir do acordo de que o indivíduo abre mão de parte de sua liberdade dando ao Estado o poder-dever de regular e de punir aquele que vai de encontro às normas, praticando os ilícitos penais. Para a consecução dos seus objetivos o Estado lança mão das penas como forma de retribuição, prevenção e reeducação.

Entretanto, verificou-se que quando o *jus puniend* não é realizado dentro de um lapso temporal razoável, o Estado termina por perder o seu poder-dever de punição através do instituto da prescrição. A partir desse contexto, apresentou-se o instituto da prescrição, destacando as suas subespécies, lançando um olhar particular para a prescrição virtual ou retroativa. Esse instituto de prescrição, mesmo sendo rechaçada pelo STJ, através da Súmula nº 438, está presente no mundo jurídico, sendo materializando pelo arquivamento fundamentado na ausência de interesse de agir, o que por fim caracteriza a prescrição virtual. Desse modo, constata-se que a importância desse instituto porque sua aplicação é razoável para a celeridade do processo e contribui para o desafogamento do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Reflexões sobre a Súmula nº 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17163/reflexoes-sobre-a-sumula-n-438-do-stj-que-considera-inadmissivel-a-extincao-da-punibilidade-pela-prescricao-retroativa-antecipada#:~:text=A%20s%C3%BAmula%20n%C2%BA%20438%20tem,ou%20sorte%20do%20processo%20penal%22>>. Acesso 24 nov. 2020.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso 19 nov. 2020.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL,** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso 19 nov. 2020.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL,** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso 24 nov. 2020.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso 23 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: art. 1º a 120.** 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** 8. ed. rev.,

ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de; atualização André Estefam. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 37. ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1 – 9ª ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

A PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO PENAL E A SÚMULA Nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://200.17.87.11/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/608>>. Acesso 24 nov. 2020.

MATTIONI, Daniel. **A PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO PENAL E A SÚMULA nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Revista Direito Em Debate, 20(35-36) – (2013). Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2011.35-36.%p>>. Acesso 24 nov. 2020.

SOUSA, Thellisma Maria De. **Prescrição penal antecipada no direito penal brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses-E-Book/34641/prescricao-penal-antecipada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso 24 nov. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Súmula 438**, Brasília-DF: 28 abril. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso 20 nov. 2020.