

A PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO PENAL E A SÚMULA Nº 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daniel Mattioni

Advogado.

Resumo:

Este artigo aborda o tema da prescrição virtual no processo penal sob a vigência da Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça, que orienta o posicionamento da Corte no sentido da inadmissibilidade de sua aplicação.

Palavras-chave:

Direito Processual Penal. Ação penal. Prescrição. Prescrição virtual.

Abstract:

The article means to discuss the virtual prescribing on the Criminal Procedure, especially through the terms of Superior Court of Justice's 438 Docket, that guides the Court's position towards the inadmissibility of its application.

Keywords:

Criminal Procedure. Prosecution. Prescribing. Virtual prescribing.

Sumário:

Introdução. 1. Aspectos Gerais sobre a Prescrição Virtual no Ordenamento Jurídico Pátrio. 2. A Prescrição Virtual entre os Postulados de Utilidade e Necessidade do Processo. 3. A Prescrição em Perspectiva e o Panorama Pós-Súmula nº 438. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça editou sua Súmula nº 438, consolidando o entendimento, que já vigorava na maioria das Turmas componentes da Corte Superior, sobre a impossibilidade da aplicação, no ínterim do processo penal, da cognominada prescrição virtual. Restou vencida, assim, a fluente corrente jurisprudencial de instância inferior, amparada em boa parte da doutrina, que via nesse instituto um item de racionalização do processo e mesmo de legitimação da persecução penal.

Nos termos em que foi construída, a teoria adjacente à prescrição virtual forçava um novo entendimento sobre a utilidade e a necessidade do processo penal, pugnando pelo remodelamento da noção de interesse processual. Propugnava, em síntese, pela valorização do processo enquanto instrumento da realização de um modelo de Direito Penal, em meio ao qual condutas de baixa lesividade, e com penas virtualmente desinteressantes, não mereceriam a atenção judicial.

O presente trabalho aborda a questão em três diferentes itens: no primeiro, serão realizadas considerações genéricas sobre o instituto da prescrição virtual no Direito atual; no segundo, abordar-se-á a prescrição virtual em meio às máximas da utilidade e da necessidade do processo penal e, por último, no terceiro item, serão feitos comentários sobre a figura da prescrição virtual à luz do posicionamento agora sumulado pela Corte Superior.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O fenômeno da prescrição é geralmente conceituado como a perda, pelo decurso do tempo, da possibilidade de deduzir determinada pretensão ligada a um interesse jurídico.¹ Funda-se na ideia de que há um prazo-limite para que

¹ Em verdade a *perda* da pretensão é apenas uma das facetas da prescrição, havendo que se falar, especialmente na seara cível, também da prescrição *aquisitiva*, por meio da qual um direito é *adquirido* pelo decurso do tempo – como no caso da aquisição da propriedade por usucapião. Tais minúcias, entretanto, não serão aqui abordadas, ante a notória impertinência temática.

discussões de direitos sejam validamente instaladas, conduzidas e encerradas. A prescrição da ação penal não dista dessa máxima, ficando como o marco peremptório antes do qual o Estado deve exercer o *jus puniendi*.

Costuma-se distinguir várias espécies de prescrição na seara criminal.² Num primeiro momento há a prescrição *da pretensão punitiva*, fixada em abstrato, pela lei, como garantia legal – e constitucional, por que não dizer, haja vista que só a Constituição Federal pode tratar dos crimes imprescritíveis, como nos casos do artigo 5º, incisos XLII e XLIV – de que a persecução penal se dê em um período mais ou menos razoável de tempo, culminando com o trânsito em julgado. O *caput* do artigo 109 do CP disciplina tal espécie, fixando a prescrição cabível pelo critério da pena máxima cominada a cada tipo penal.

Ao contrário da primeira espécie, a prescrição *da pretensão executória*, também chamada de prescrição *da pena*, é verificada após o trânsito em julgado da sentença final condenatória. Ela é dada não de forma abstrata, mas pelo montante de pena aplicado na sentença, servindo ao condenado, portanto, como uma garantia de que o Estado inicie a execução em certo lapso de tempo, sob pena de, no futuro, não poder mais fazê-lo. Tal espécie de prescrição se subsume aos mesmos prazos estabelecidos nos incisos do artigo 109, *caput*, do CP, mas considerando, como referido, o montante de pena fixado na sentença, e não aquela cominada em abstrato para o respectivo tipo penal.

A prescrição *intercorrente*, tratada no artigo 110, § 1º, do CP, se manifesta durante o trâmite do processo criminal, sendo fundada no princípio da vedação à *reformatio in pejus*. Segundo o dispositivo legal invocado, quando já houver trânsito em julgado para a acusação – ou seja, quando esta não deduzir qualquer recurso, satisfazendo-se com o montante de pena fixado na sentença ou acórdão – a prescrição será regulada pela pena então fixada, ainda que pendente recurso exclusivo da defesa (uma vez que, nesse caso, não poderá a pena ser aumentada, mas, conforme o caso, somente diminuída ou mantida em instância

² Também por conta da impertinência temática, evita-se analisar a prescrição da pena de multa, ou, salvo no que importa ao estudo, nos casos de suspensão ou interrupção da prescrição.

superior). Ocorrerá prescrição, nessa espécie, pois, quando transcorrer o prazo correspondente a essa pena fixada, dentre os previstos nos incisos do artigo 109 do CP, de um marco interruptivo a outro – do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença, da pronúncia até a decisão que a confirmar, etc., tudo dentre as possibilidades do artigo 117 do Código Penal.

A prescrição *retroativa* é interdependente da prescrição intercorrente, sendo tratada no artigo 110, § 2º do CP – dispositivo que estabelece que a prescrição, na forma intercorrente, pode ter início antes do recebimento da denúncia ou queixa. Assim, se da data do crime até o recebimento da denúncia ou queixa houver transcorrido o prazo correspondente (dentre os previstos nos incisos do *caput* do artigo 109, portanto) àquela pena fixada em sentença ou acórdão, para a qual não houve recurso da acusação, estará consumada a prescrição retroativa. A mesma hipótese se aplica quando não houver provimento de eventual recurso da acusação.

O efeito de todas as formas de prescrição é o mesmo: a extinção da punibilidade, dado o que estabelece o artigo 107, IV, do CP. Uma vez reconhecida e decretada, deixam de existir todos os efeitos penais ou extrapenais relativos à sentença eventualmente prolatada – o que é especialmente verificável no caso das prescrições intercorrente ou retroativa –, falando-se também na revogação necessária de eventual prisão processual, levantamento do arresto ou sequestro, cancelamento da hipoteca legal, e na extinção do próprio processo criminal, com a absolvição sumária do acusado, visto o que dispõe o artigo 397, IV, do Código de Processo Penal.

Ao final, a prescrição constitui garantia do acusado de ser processado, sentenciado e (eventualmente) penalizado em tempo breve, nascendo ao Estado – e principalmente ao Ministério Público, enquanto titular constitucional da ação penal – o dever de zelar pela rápida e correta aplicação da pena.

Assim deve mesmo ser. Tanto quanto não se admite a penalização instantânea ou sumária – sendo um dos aspectos da noção de devido processo legal justamente o *tempo* necessário para a dedução do contraditório –, não se admite

que o *jus puniendi* seja deduzido por período irrazoável, dando margem à insegurança por parte do acusado, justamente quando, nesse contexto, é discutido seu direito mais precioso: a liberdade. Daí dizer que os prazos de prescrição fundamentam o princípio da celeridade processual, o qual foi integrado ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal por conta da EC nº 45/2004.

Forte nessa corrente garantista, parte da doutrina e da jurisprudência – especialmente oriunda dos Tribunais inferiores – primou pela concepção de uma nova espécie de prescrição, levando em conta, entre outros fatores, a própria viabilidade do processo penal. Trata-se da prescrição *virtual*, a qual se convencionou denominar também de “prescrição em perspectiva”, “prescrição antecipada” ou ainda “prescrição pela pena projetada”. Embora tal espécie nunca tenha vindo a integrar a legislação, foi resultado da interpretação sistematizada de seus dispositivos, especialmente daqueles pertinentes à prescrição retroativa.

A aplicação da prescrição virtual inicia-se com o vislumbre de uma possível pena ao acusado – ou indiciado, posto que tal espécie de prescrição passou a ser aplicada, paulatinamente, também na fase pré-processual do inquérito policial –, levando em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, a inexistência de circunstâncias agravantes ou de aumento de pena. Se, a partir de tal raciocínio, chega-se à conclusão de que, na hipótese de futura condenação, a pena a ser fixada na sentença provavelmente não distará do mínimo legal, aplica-se antecipadamente o prazo de prescrição correspondente, dentre os previstos nos incisos do *caput* do artigo 109 do CP a essa possível pena mínima. A partir daí, levando em consideração a data do crime, ou do recebimento da denúncia ou queixa (quando isso tiver ocorrido), ou mesmo outro marco interruptivo, e a possível duração do processo, pode-se falar na aplicação *antecipada* da própria prescrição.

O objetivo de tal construção é claro: dotar de efetividade o processo penal, direcionando-o 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.

É interessante notar que, por conta da própria disposição teórica subjacente, a prescrição virtual tem como foco de aplicação os crimes de menor lesividade, inclusive os definidos pela Lei nº 9.099/95 como de menor potencial ofensivo, sobre os quais, estatisticamente, se debruça a grande maioria das investigações policiais e processos criminais. Embora a própria lei lhes dê tratamento diferenciado – ressaltando-se, quanto aos crimes de menor potencial ofensivo, a possibilidade de composição civil e transação penal, sem falar nos institutos da suspensão condicional do processo e da suspensão condicional da pena, aplicáveis a outros crimes menores –, eles continuam a comprometer a maior parte do esforço dos operadores do Direito.

Por meio da prescrição virtual a viabilidade da existência de tais inquéritos e/ou processos seria mais bem analisada. Parte-se do pressuposto de que só devem tramitar aqueles feitos em que haja algum resquício de possível efetividade, ou seja, a partir dos quais é possível surgir sentenças que possam realmente ser executadas, sem se correr o risco da decretação, no futuro, da prescrição por outra razão. Em suma, a aplicação da prescrição virtual acaba por adiantar a futura decretação da prescrição por outra forma, economizando o esforço judiciário para feitos a partir dos quais podem surgir penas que podem mesmo ser executadas.

Não se pode negar que a tese acerca da prescrição virtual encerra uma posição clara em questão de política criminal. Ao pugnar por sua aplicação, acaba-se também pugnando por um novo modelo ideal de processo penal, mais atrelado à noção de economia, de racionalização de esforços – sem falar num novo modelo de comportamento por parte dos operadores do Direito.

Não parece, contudo, que se possa extrair daí maiores críticas, uma vez que não raro defende-se que o operador deve mesmo adotar posição ativa na aplicação do Direito, não devendo se preocupar com eventuais rótulos pertinentes a

“opções políticas”. Não é segredo que as outras espécies de prescrição, previstas expressamente em lei, também encerram opções políticas do legislador. Neste aspecto, também a prescrição virtual, em consequência de uma interpretação sistemática da legislação, carrega essas mesmas opções políticas.

O fato é que a prescrição virtual funda-se num juízo de previsibilidade por parte do operador do Direito, que pode não ser o mais adequado diante da situação concreta. É certo que sua aplicação envolve, por assim dizer, certo “perigo”, pois se baseia nos elementos de prova colhidos até então, no inquérito ou processo, e que, mais adiante, podem ser contrariados por novos elementos.

Em outras palavras: a prescrição virtual rogada durante a fase pré-processual – e o momento da manifestação da *opinio delicti* passou mesmo a ser aproveitado para tanto – pode ser temerária, quando as provas presentes no então inquérito policial sejam frágeis o suficiente para serem confrontadas na instrução processual, em que inclusive se poderá falar na alteração da denúncia para a inclusão de fato mais grave, o que certamente faria por desmoronar qualquer raciocínio prévio pertinente a uma possível prescrição. Daí se poder concluir que a aplicação da prescrição virtual impescinde de certo conhecimento sobre as circunstâncias do fato criminoso, um arcabouço mínimo de provas.

É preciso esclarecer, aliás, que tal arcabouço de provas deve poder proporcionar, por mínima que seja, possibilidade de *condenação* do indiciado/acusado. Se os elementos probatórios colhidos indicarem, de forma segura, a *absolvição*, não se poderá pensar em qualquer operação mental pertinente à prescrição virtual, mas sim na absolvição sumária, na forma do artigo 397 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719/2008. Aliás, bem se diga que, após a entrada em vigor dessa referida lei, a extinção da punibilidade passou também a levar à absolvição sumária, decisão definitiva de mérito, o que faz pensar que os efeitos materiais da decretação da prescrição virtual e da absolvição por outra causa tenham passado a ser os mesmos.

2. A PRESCRIÇÃO VIRTUAL ENTRE OS POSTULADOS DE UTILIDADE E NECESSIDADE DO PROCESSO

A construção teórica da prescrição virtual passa necessariamente pela remodelação da noção de interesse processual: em vez de o processo criminal ser necessariamente instaurado e conduzido, quando verificadas provas mínimas da existência de um fato típico punível, passa-se a fazer juízo de admissibilidade fundado na oportunidade e na conveniência da instauração e processamento da ação penal. Mais do que “necessário”, o processo penal deve ter utilidade, algo que a prescrição retroativa vem a desafiar.

Importa-se da teoria geral do processo o princípio da economicidade, segundo o qual o processo deve atingir sua finalidade com a maior eficiência possível – ou seja, obtendo os resultados mais amplos possíveis com o menor dispêndio de recursos, o que, em verdade, não destoa muito dos corolários da teoria utilitarista de Jeremy Bentham e John Stuart Mill.³ Embora tenha maior valor axiológico do que prático, tal princípio deve ao menos orientar a compreensão do processo pelo operador do Direito, forçando-o a obter o resultado jurídico a que se propõe de forma mais rápida e econômica.

Por meio da prescrição virtual, prega-se o reconhecimento antecipado de uma provável extinção futura do processo, pelo mesmo argumento da prescrição. Antecipa-se, num dado momento da fase processual ou mesmo pré-processual, que a possível pena ao fato criminoso investigado provavelmente não será cumprida, por conta do provável reconhecimento futuro de uma outra espécie de prescrição. Não há como não se imaginar que tal operação não seja mais adequada do ponto de vista da economicidade, uma vez que, em tempo mais breve, chega-se à mesma conclusão a que provavelmente se chegaria após um tortuoso galgar procedimental.

³ Ver, nesse sentido: Mill, John Stuartigo. *O utilitarismo*. São Paulo: Ed. Iluminuras, 2000.

O mestre Eugênio Pacelli de Oliveira, em feliz passagem, observa que o processo penal deve se fundar no prelado do interesse-utilidade. Em suas palavras:

[...] enquanto instrumento da jurisdição, [o processo] deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em *interesse-utilidade* (2010, p. 119).

Se o processo for entendido como deve ser, uma verdadeira *garantia* do acusado de não ser punido de forma desproporcional ou arbitrária – e a redação do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal não deixa pensar o contrário –, a ideia de sua necessidade, na prática, deve ser revista. Afinal de contas, para o Estado (melhor se diga: para um Estado *arbitrário*) punir o indivíduo por conta de um crime qualquer bastaria um inquérito sumário, sem direito à defesa, e tal procedimento lhe seria muito mais econômico. O processo penal enquanto tal só tem razão de ser porque por meio dele o acusado pode contraditar adequadamente a persecução penal infligida pelo órgão estatal legitimado, deduzindo então sua mais ampla defesa. Em outras palavras: se não há razão para que o acusado tenha de manifestar algum tipo de defesa, não há razão para defender a existência do próprio processo.

É claro que, ao pensar que o processo deve servir à defesa muito mais do que à acusação, marca-se posição contrária ao dogma da igualdade das partes no processo penal. Como já refere Eugênio Pacelli de Oliveira, no entanto, esse dogma não tem razão, dado que a própria Constituição Federal, acompanhada por alguns dispositivos do Código de Processo Penal – alguns anteriores à promulgação da própria Carta, quando, sabidamente, o processo penal brasileiro ainda justificava certa inclinação inquisitória –, sustenta a *parcialidade em favor da defesa* (2010). Nesse contexto, não há como se sustentar um possível direito da acusação à “maior extensão do processo”, como que para justificar que o feito não pudesse ser extinto antecipadamente diante do reconhecimento da

prescrição virtual, quando a única justificativa para tanto parece ser a de que, durante a instrução, pode-se, em tese, qualificar diferentemente a imputação penal (artigos 383 e 384 do CPP).

Ao se reconhecer a prescrição virtual em determinada fase processual ou mesmo pré-processual, admite-se, como deve ser, que o próprio processo não tem razão de existir quando puder mesmo ser extinto sem maiores questionamentos. Deve-se lembrar aqui que a própria condição de réu num processo penal acarreta certa instabilidade, gerando, na maioria das vezes, preconceito social – quando não a própria limitação do acesso a determinadas faculdades inerentes à cidadania, como posse em cargos públicos, inscrição em conselhos profissionais, entre outros.

Não se poderia excluir a incidência da prescrição virtual por eventual falta de previsão legal. Com efeito, o Código Penal é expresso ao reconhecer variadas espécies de prescrição, mas isso não significa que não se possa reconhecer uma outra, ainda mais quando a mesma é oriunda da interpretação sistematizada das já previstas na legislação. Pensar o contrário seria contrariar o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual determina que, na ausência de lei, dever-se-á decidir por recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito – os quais, por certo, justificam a existência da construção atinente à prescrição virtual. Essa tese, contudo, parece não ter sido aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que, quando do julgamento do RHC nº 18.569, a razão invocada para o afastamento da prescrição virtual já reconhecida em instâncias inferiores foi justamente a ausência de disposição em lei.⁴

⁴ O recurso em questão, julgado em 25/09/2008, foi tomado por unanimidade em torno do voto condutor, da ministra Maria Thereza de Assis Moura, o que denota que a tese sobre a falta de previsão legal da prescrição virtual sempre encontrou adeptos no STJ. Não espanta que esse mesmo precedente tenha sido invocado por ocasião da edição da Súmula nº 438, juntamente com o HC 30.368/SP (julgado em 10/8/2004), o HC 53.349/BA (julgado em 3/8/2006), o HC 69.859/MS (julgado em 12/12/2006), o HC 85.137/PE (julgado em 11/12/2007), o HC 102.292/SP (julgado em 2/9/2008), o REsp 634.265/RS (julgado em 4/4/2006), o REsp 880.774/RS (julgado em 10/5/2007), o REsp 991.860/RS (julgado em 4/9/2008), o RHC 12.360/BA (julgado em 6/8/2002), o RHC 20.554/RJ (julgado em 18/9/2007), e o RHC 21.929/PR (julgado em 20/11/2007), todos com fundamentação muito semelhante.

Cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça nunca foi sensível, tanto quanto várias Cortes inferiores o foram, à construção da prescrição virtual. Na data de 28 de abril de 2010, inclusive, a Corte Superior editou a Súmula nº 438, congregando o posicionamento que até então era desafiado isoladamente pelas turmas, no sentido da impossibilidade da aplicação do instituto. A Súmula, que foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2010, foi redigida da seguinte maneira: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Tão logo publicada a Súmula começaram a se levantar vozes em seu desfavor, especialmente no seio da doutrina e da jurisprudência de nível inferior, onde a tese havia anteriormente ganho forma. O panorama, portanto, é assente à continuação dos debates.

3. A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PANORAMA PÓS-SÚMULA Nº 438

Num primeiro momento, parece ser apreciável a propensão da Corte Superior em editar um enunciado de súmula para tratar sobre a prescrição em perspectiva. Ao fazê-lo, o Superior Tribunal de Justiça procurou contribuir na busca pela uniformização da interpretação da legislação federal – no caso, os dispositivos codificados que tratam acerca da prescrição penal –, vez que havia, até então, posições dissonantes sobre o tema na jurisprudência das diferentes instâncias.

Mesmo não se tratando de uma Súmula Vinculante, cuja edição competiria não ao STJ, mas ao Supremo Tribunal Federal, e teria então o condão de estabelecer verdadeira *norma jurídica*, de índole constitucional, a dirigir definitivamente os julgamentos em todos os níveis do Judiciário, a Súmula nº 438 vem para cumprir validamente um dos fins institucionais da Corte Superior.

O problema maior não diz respeito à *existência* da Súmula, mas *ao que ela diz*. Ao se posicionar pela impossibilidade da prescrição virtual, o Superior Tribunal de Justiça presta um desserviço à tentativa – da doutrina, de parte da própria jurisprudência e do Legislativo, que atualmente se esforça na condução do processo de elaboração de um novo Código de Processo Penal – de construção de um modelo de Direito Penal e de Processo Penal mais justo e adequado à ótica da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras: a Corte Superior adota uma visão autoritária e policialesca do processo penal, como se este tivesse vida própria, e não servisse – como deve servir – para a aplicação do direito material a cada situação concreta.

Não se deve perder de vista que o processo é instrumento da jurisdição, e, por sua vez, veículo da aplicação do direito material. Daí a visão instrumental do processo, de que tanto se fala: deve o processo se amoldar às exigências próprias do direito material, e nunca o contrário – o que justifica, inclusive, a existência de ritos e normas procedimentais especiais.⁵

Quando rejeita a prescrição virtual, o Superior Tribunal de Justiça acaba condicionando a aplicação do próprio Direito Penal a partir da visão de que o processo penal é “necessário”. Dito de outro modo: ao imaginar um processo devido “por si”, no ínterim de que não se pode levantar qualquer questão acerca de interesse ou oportunidade, especialmente diante de infrações penais consideradas pouco relevantes, o que é justamente levado em conta quando da invocação da prescrição virtual, a Corte Superior põe por terra a visão minimalista do Direito Penal – para a qual esses crimes de menor repercussão devem ter, também, resposta penal de menor repercussão.

⁵ Fala-se aqui das nuances previstas na novel Lei Antidrogas, no texto da qual se previu a dissociação do exame de corpo de delito em exame de constatação de droga e exame toxicológico propriamente dito, exclusivamente para o fim de atender às exigências penais da sociedade contemporânea. Não se suportando as exigências estanques pertinentes ao exame pericial toxicológico no contexto dinâmico da fase investigativa, primou-se pela construção – inteligente, diga-se – de um exame “provisório”, com a única finalidade de instruir o oferecimento da denúncia. Esse é um exemplo flagrante da visão instrumental do processo penal.

Que se destaque que, por estar prevista em lei, a conduta criminosa deve ser tratada como tal. Isso não se questiona aqui, embora uma análise mais detida possa dirigir ao contrário. O que se discute é a necessidade de uma resposta processual penal de mesma intensidade, para modelos de conduta naturalmente distintos.

Não se pode exigir o mesmo tipo de esforço judicial na apuração de um crime grave e recente e um delito de menores consequências, cujas investigações permaneceram por tempo nos estandes cartorários, vindo a instruir (o que não é raro) denúncias de duvidosa fundamentação, para os quais a condenação não será, definitivamente, o remédio adequado. Ao negar o vigor da prescrição virtual, o STJ acaba desprestigiando o próprio Judiciário, que passa a ter de tratar, de forma indistinta, processos cuja “sorte” (e aqui se utiliza a mesma expressão usada na Súmula) da investigação/instrução são nitidamente adversas.

Ao estabelecer que a prescrição virtual é impossível porque carece de previsão legal – e esse foi justamente um dos fundamentos defendidos nos precedentes invocados pela Corte por ocasião da edição da Súmula – o Superior Tribunal de Justiça contraria frontalmente os princípios, de natureza inclusive supralegal, de que a dúvida deve favorecer o agente, pois, se não há na lei certeza em contrário à tese criada, deve esta ser aceita – até porque cria mais um benefício ao acusado/indiciado. Na ânsia de “fazer lei onde não há”, a Corte acaba por desconsiderar um princípio basilar do sistema penal.

Não se use, para justificar o posicionamento da Corte Superior, do entendimento de que, no processo, o acusado poderia ter todas as possibilidades para provar a própria inocência, e que a absolvição lhe seria mais útil do que o reconhecimento da prescrição – que, no fim, extingiria a punibilidade, mas não importaria numa “verdade final” acerca da improcedência da pretensão punitiva. A uma, porque o ônus de provar a culpa é da acusação, não se podendo cogitar que o réu seja obrigado a permanecer no processo para, ao final, demonstrar inocência, quando pode dele sair com maior facilidade. A duas, porque tanto a prescrição quanto a absolvição representam, do ponto de vista material do

acusado, a vitória de uma tese defensiva – levando inclusive à mesma situação jurídica de absolvição, dado o que estabelece o artigo 397, IV, do CPP, na redação da Lei nº 11.719/2008.

Admitir a prescrição virtual importa em coroar um modelo de processo penal mais adequado às contingências cotidianas, que dê maior importância às condutas que realmente desafiam a paz social. E esse juízo acerca da importância da conduta, que deve ser feito pelo operador do Direito, no caso concreto, como meio ao reconhecimento da prescrição virtual, nada tem de inconstitucional ou ilegal. Afinal de contas, se é possível ao magistrado fazer juízo de valor acerca da afronta do crime à ordem pública, para decidir acerca da prisão preventiva (artigo 312 do CPP), também é possível que o mesmo valore a necessidade ou não do processo penal, como meio ao reconhecimento da prescrição virtual. Continua sendo vedado, no entanto, utilizar juízo de valor em nítido desfavor do acusado quando não há qualquer prescrição legal no mesmo sentido, como é o caso da fixação, na sentença, de regime mais gravoso à pena privativa de liberdade – e, nesse sentido, bem vai a Súmula nº 719 do STF.

Pregar a valoração sobre o interesse processual é admitir que só deve haver processo penal legítimo quando ele for adequado *ao caso* diante do qual é instaurado. Se se fala na individualização da pena, como princípio constitucional, não parecerá estranho exigir que o processo penal também seja compreendido individualizadamente, uma vez que deve ser visto, e isso foi reiterado várias vezes, como veículo para aplicação do Direito Penal (e, nessa condição, também da pena).

O que fazer, no entanto, com a Súmula nº 438 do STJ, que já foi publicada e, fiel em sua missão, parece ter passado a orientar julgamentos em instâncias inferiores, além de vincular o posicionamento dos órgãos do próprio STJ?

Num primeiro momento, deve-se perceber que a Súmula alcança, no máximo, os julgamentos do poder Judiciário. Assim, não vincularia as manifestações do Ministério Público, quando, por exemplo, este decidir invocar a prescrição virtual como fundamento para pedir a absolvição do acusado ou mesmo para

requerer o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, dado que, afinal de contas, se fala em independência funcional – que não é condicionada ao vigor de qualquer súmula, exceto às Súmulas Vinculantes oriundas do Supremo Tribunal Federal.

Embora se trate de situação jurídica diversa daquela oriunda da verdadeira decretação da prescrição virtual – porque, mesmo com o pedido de absolvição pelo Ministério Público é possível, em tese, o decreto condenatório, além de que o arquivamento do inquérito ou de peças de informação não tem o condão de extinguir a punibilidade do investigado –, fala-se de uma posição processual mais confortável ao acusado ou indiciado. Nem a submissão à sistemática do artigo 28 do CPP, para a eventualidade de o órgão judiciário não concordar com o arquivamento de inquérito ou peças de informação por conta da invocação da tese poderia mitigar tal intento, posto que, se a fundamentação inicial for mantida pelo órgão ministerial de revisão, nada mais há que fazer o Judiciário.

Num segundo momento, deve-se explorar o fato de que a Súmula em questão não é vinculante – ou, melhor, não é da espécie de Súmulas Vinculantes oriundas do Supremo Tribunal Federal. Embora o novel enunciado vincule a posição dos membros do Superior Tribunal de Justiça, não o faz em relação aos juízes singulares, e mesmo Tribunais inferiores. Como ainda é baixo o número de processos que sobem à Corte Superior em relação àqueles que tramitam nas instâncias inferiores, é possível pensar que a maioria dos feitos extintos por conta de eventual decreto de prescrição virtual sequer chegue ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, ante a ausência de provocação adequada – notadamente o recurso por parte da acusação. Assim, poderá ainda ter vigor, no seio dos Tribunais inferiores, tanto quanto for aceito, o instituto da prescrição virtual.

Num último momento, é possível rogar para que a Súmula em questão seja, no futuro, cancelada ou modificada, nos termos do próprio Regimento Interno do STJ. Nem se fale nas iniciativas de *lege ferenda*, para que a prescrição virtual seja integrada, efetivamente, na legislação positiva – momento em que necessariamente afastaria o posicionamento de que não pode ser aplicada por falta de previsão em lei.

Até lá, parece ser justo rogar pela leitura da Súmula de forma condizente aos ditames de cada caso concreto, como ao impedir que seja reconhecida a prescrição virtual em feitos onde esta não poderia, notadamente, ser aplicada – crimes de alta repercussão social, em meio aos quais se falaria na flagrante existência de interesse processual, etc. A única possível serventia da Súmula, nesse meio, seria a de limite para a banalização do próprio entendimento acerca da aplicabilidade da prescrição virtual.

CONCLUSÃO

Forçoso concluir que, com a edição da Súmula nº 438, o Superior Tribunal de Justiça volta um passo no longo caminho da construção de um modelo de Direito e Processo Penal mais adequado à contemporaneidade. Ao pregar pela instauração e manutenção indistinta do processo, evitando divisar a futura decretação de prescrição, e o remodelamento da ideia de interesse processual, a Corte contribui inclusive para o engessamento do Judiciário – pondo em perigo sua própria capacidade de trabalho, uma vez que é sabido que a crise judicial brasileira agrava-se principalmente nas instâncias superiores.

A despeito da Súmula, no entanto, não é possível abandonar todo o arcabouço jurídico levantado em favor da tese da prescrição virtual. Esta pode e deve continuar a ser aplicada, embora com novos limites, ficando o ensejo de que seja, no futuro, definitivamente integrada à legislação, ou que a prática acabe por forçar à revogação da Súmula em questão.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MILL, John Stuartigo. *O utilitarismo*. São Paulo: Ed. Iluminuras, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini et al. *Código penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NICOLITT, Andre Luiz. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em: 16/6/2011

Aprovado em: 30/6/2011