

PRESCRIÇÃO VIRTUAL – ABERRAÇÃO JURÍDICA OU INSTRUMENTO VÁLIDO PARA A ELIMINAÇÃO DE PROCESSOS INÚTEIS

Sabrina Reis de Brito¹

Cyntia Costa Lima²

RESUMO

O presente estudo irá abordar o surgimento, a utilização em casos concretos, a evolução jurisprudencial e o panorama atual acerca da prescrição virtual. Tal instituto faz alusão à pena que seria aplicada antecipadamente ao réu levando-se em conta sentença futura, sendo esta uma criação doutrinária e jurisprudencial, principalmente por magistrados de primeiro grau. Impende destacar que os Tribunais Superiores afastam a possibilidade da aplicação, por entenderem que esta não encontra sustentação legal, conforme edição da Súmula 438 pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pela publicação do informativo nº 788 do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, observa-se que as unidades jurisdicionais de primeira instância, em que pese o posicionamento das Cortes Superiores, vêm fazendo o uso desta modalidade prescricional, por não possuir o enunciado, efeito vinculante.

Palavras-chave: Prescrição Virtual; Superior Tribunal de Justiça; Processo Penal.

ABSTRACT

The present study will address the emergence, the use in concrete cases, the jurisprudential evolution and the current panorama about the virtual prescription. This institute alludes to the penalty that would be applied in advance to the defendant taking into account future sentence, this being a doctrinal and jurisprudential creation, mainly by magistrates of first degree. It is important to point out that the Superior Courts exclude the possibility of application, since they do not find legal support, according to the issuance of Precedent 438 by the Superior Court of Justice, as well as the publication of information no. 788 of the Federal Supreme Court. However, it is observed that the courts of first instance, in spite of the position of the High Courts, have been making use of this prescriptive modality, because it does not have the statement, binding effect.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden, com previsão em conclusão do curso no segundo semestre de 019, apresenta este artigo para conclusão de curso.

² Orientadora do presente artigo, professora na Faculdade Martha Falcão Wyden; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2009); Mestrado em Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2012); Membro da Comissão de Meio Ambiente – Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Amazonas. E-mail: cyntia.costa.lima@gmail.com

Keywords: Virtual Prescription; Superior Court of Justice; Criminal Procedure.

INTRODUÇÃO

Com origem no Direito Germânico-Romano, a prescrição é um instituto que regula a perda do direito de se socorrer ao Poder Judiciário, em razão do decurso de determinado período de tempo, seja para aplicar a sanção penal, seja para executá-la. Tal instituto tem como base os princípios constitucionais da reserva legal, da presunção de inocência, e o da razoável duração do processo, elencados na Carta Magna em seu art. 5º, incisos II, LVII e LXXVIII, respectivamente.

A prescrição virtual, em particular, caracteriza-se por ser um tópico de grande controvérsia e polêmica no âmbito do Direito Penal Brasileiro. Também chamada de antecipada, hipotética, ficta, em perspectiva ou projetada, esta ferramenta processual leva em conta a pena a ser aplicada antecipadamente ao réu, ou seja, a pena que seria hipoteticamente aplicada em razão de sentença futura. Cumpre destacar que a prescrição em perspectiva encontra guarida tão somente em obras doutrinárias e na jurisprudência, não possuindo qualquer amparo legal, e ainda assim foi aplicada em larga escala pelos magistrados, principalmente nos processos que tramitam perante os juízos de direito.

Diante do limbo entre a possibilidade de aplicação do instituto e a sua completa aversão ao Direito e à Constituição, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, exercendo sua competência constitucional para uniformizar a jurisprudência acerca da legislação federal, por meio da Súmula 438, editada em 13 de maio de 2010, rechaçou a possibilidade de extinção da punibilidade pela via abstrata, argumentando que a instrumento processual carece de respaldo jurídico, ocasião em que indicou que a utilização do referido artifício poderia ser considerada uma usurpação de competência constitucional delegada ao Poder Legislativo, em sua função típica de normatizar.

A partir da publicação do enunciado, ficou firmada a tese de que o fenômeno jurídico da prescrição, pela via abstrata, não poderia ser utilizado no

Brasil. Entretanto, o que se verifica no dia a dia forense é que a prescrição antecipada continua a ser comumente reconhecida e aplicada na 1ª instância do Poder Judiciário, sob os argumentos de que traz inúmeros benefícios ao processo, desafogando o Judiciário de processos inúteis e preservando a dignidade do réu. Essa dicotomia existente entre o entendimento do STJ e a utilização do instituto no caso concreto se dá pelo fato de que a orientação não se reveste de caráter vinculante, o que possibilita aos magistrados uma maior liberdade no momento de aplicá-lo ou não ao caso sob exame.

Tendo em vista o paradoxo apresentado, impõe-se uma análise crítica acerca dos argumentos favoráveis e contrários à este instrumento processual, bem como a efetividade da sua aplicação no caso concreto. Partindo dessa diretriz, torna-se indispensável para o dia a dia forense dos operadores do Direito conhecer o entendimento prevalecente nos Tribunais Superiores, bem como o conhecimento doutrinário acerca do tema, vez que a temática possui vital relevância em razão de tratar do segundo bem jurídico mais precioso, tutelado pela Carta Cidadã, qual seja: o direito à liberdade.

1. PRESCRIÇÃO PENAL

O Estado possui o monopólio do direito-dever de punir, entretanto, possui um prazo definido em lei para lançar mão dessa atribuição que lhe é conferida. Este fenômeno é conhecido no meio jurídico como prescrição.

Com origem na doutrina Germânico-Romana, foi inicialmente utilizada somente para relações civis, principalmente no que diz respeito à posse, era destinada a extinguir as ações e também como meio aquisitivo do domínio, através da usucapião, conforme afirma Bernardo Gabriel Hila (p. 342, 2003). Em seu espectro voltado para o direito penal, trata-se de limite temporal do poder punitivo estatal. Esta é considerada uma causa extintiva de punibilidade, ou seja, é uma das hipóteses que, quando observada no caso concreto, possuem o condão de afastar a punibilidade pela prática de determinado fato típico, lei, além do que, obsta o exercício da ação penal e retira todos os efeitos da sentença

condenatória já proferida, estando previsto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, além de ter sido regulada pelos artigos 109 e 119 do mesmo diploma legal.

Vale destacar também que o fenômeno jurídico da prescrição possui triplo fundamento, quais sejam, o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato, que leva em consideração o decurso do tempo associado com a ausência do interesse de punir, em consequência do lapso temporal transcorrido do delito, pela sociedade), a correção do condenado e a negligência da autoridade (JESUS, 1995, p. 92).

Após uma breve conceituação sobre o instituto da prescrição no direito penal, faz-se necessário analisar o histórico e os fundamentos que circundam a aplicação ou não da prescrição virtual no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos intra e extraprocessuais.

2. O SURGIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL E SUA APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS

Revestida de fundamentos exclusivamente jurisprudenciais e doutrinários, a prescrição pela pena em abstrato, que consiste na verificação antecipada da ocorrência do lapso prescricional penal de maneira retroativa, teve origem nos Tribunais de Alçada de São Paulo, no início dos anos noventa e, desde então, vastos são os argumentos contrários e a favor do referido instrumento processual (MESQUITA, 1997, p.36).

Tal instituto se baseia na pena que teoricamente seria imposta ao réu antes do recebimento da peça acusatória ou por ocasião de sentença futura e tem como objetivo afastar da análise do Poder Judiciário os processos tidos como inúteis com a finalidade de inibir um trabalho que seria supostamente realizado em vão, ou seja, que não surtiria efeito algum.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

[...] Em assim o sendo, constitui a prescrição virtual, ou como muitos dizem, o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, no

reconhecimento em que se 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 (NUCCI, 2006, p. 555).

A utilização desse meio processual, a partir de então, passou a ser habitual em sede de primeiro grau dos tribunais brasileiros como uma forma de enxugar a máquina judiciária de lides que supostamente não teriam eficácia social alguma. Sob o argumento de que nessas hipóteses específicas faltaria o interesse de agir para o Estado, vez que a prolongação do trâmite processual ocasionaria maiores dispêndios financeiros ao Poder Público, essa modalidade de extinção do processo sem julgamento do mérito foi crescendo e tomando proporções continentais. Seus defensores apontam ainda que a manutenção dos referidos processos também configuraria ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto o réu permaneceria por tempo indeterminado sofrendo as consequências de ter um processo criminal pendente de julgamento, além de a mora do Poder Judiciário importar em ferimento ao princípios da celeridade do processo e de culminar na inutilidade dos processos prescritos.

CRIME EM SENTIDO ESTRITO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEIXOU DE RECONHECER A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ANTECIPADA - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO, POR CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO PARA O FIM DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA IN PERSPECTIVA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL - PRESUNÇÃO DE CONDENAÇÃO QUE VIOLA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA - RECURSO DESPROVIDO. [...] A prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado de sentença condenatória, ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser aceita pela parte. Urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o "status "de condenado. Impor-se-iam, ademais, todas as consequências, de que são exemplos a configuração de antecedente penal e título executório no cível. Insista-se, inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal" (STJ - RHC 2 .926 - Rel. Vicente Cernicchiaro - j. 17/08/93 - DJU). (TJ-PR - RC: 2797520 PR Recurso Crime Ex Off e em Sent Estrito - 0279752-0, Relator: Eduardo Fagundes, Data de Julgamento: 28/04/2005, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/05/2005 DJ: 6868)

Pode-se depreender, a partir do excerto que a jurisprudência pátria admitia, até então, que os magistrados fizessem uso deste meio de forma

excepcional, principalmente nos casos em que há a certeza de que a pena a ser imposta não teria capacidade de coibir a extinção de punibilidade, visto que a esse ponto esta seria a consequência natural do deslinde processual, ainda que todas as circunstâncias judiciais fossem prejudiciais ao interesse do acusado.

Corroborando com o entendimento, o Colegiado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, alegando falta de interesse de agir do Estado, bem como a ausência de justa causa para a persecução penal, admitiu a aplicação da prescrição hipotética para extinguir o processo por carência de ação:

APELAÇÃO CRIME. ACUSAÇÃO PELO DELITO DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. QUALIFICADORA AFASTADA NA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA CONFIGURADA MESMO DIANTE DO ÊXITO DO PLEITO MINISTERIAL. PRINCÍPIO DA UTILIDADE DA JURISDIÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. Se a acusação obtiver êxito recursal, a pena não ultrapassará oito meses de reclusão. Tendo transcorrido mais de cinco anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, estará, ao final, extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. Mesmo diante do não reconhecimento da prescrição em perspectiva por parte da doutrina, é inegável, no caso dos autos, a falta de interesse de agir por parte do órgão estatal, pois o final da demanda é previsível e inútil aos fins propostos, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação, com aplicação subsidiária do CPC. Ação penal extinta de ofício. Apelações prejudicadas. (TJ-RS; ACr 70027753086; Rosário do Sul; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; Julg. 26/03/2009; DOERS 15/04/2009; Pág. 87).

Desta monta, o que se extrai dos referidos julgamentos é que havia legitimidade para que os julgadores declarassem a extinção do processo pela via abstrata, uma vez que o conhecimento doutrinário e jurisprudencial já lhes servia de fundamento.

3. A REAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do impasse frente à possibilidade ou não de se utilizar da prescrição antecipada como meio para pôr fim a processos que eram tidos como

“fadados ao fracasso, por força da inoperância do Estado na sua função”, como bem explicado por Alonso Pereira e Eliane Sousa em sua dissertação, o STJ, após ser questionado inúmeras vezes por meio de Recursos Especiais, editou enunciado de súmula no sentido de extirpar do rito processual a hipótese de utilização desse instituto para extinguir processos, pacificando o entendimento sobre o tema. Na ocasião, o relator, ministro Felix Fischer, da Terceira Seção da Corte Superior, destacou que: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.” Tal assimilação tem, primordialmente, como principal fundamento a falta de respaldo legal, sustentando ainda que o uso do instituto macula o princípio da não culpabilidade e da individualização da pena. Para tanto, convém colacionar o julgamento do RHC 18.569, datado de 25 de setembro de 2008, da relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGÁ PROVIMENTO.

1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.

2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão.

3. Recurso a que se nega provimento. (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA).

3.1 A SÚMULA 438 DO STJ

Tendo em vista o crescimento de manifestações judiciais favoráveis à validade do mecanismo processual, o Tribunal Superior teve por bem editar o enunciado de súmula 438, acabando com o empasse até então existente, de

maneira que ficou assentado que tal medida é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, pois os magistrados, ao o aplicarem, estariam violando uma atribuição constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo na sua função típica, qual seja, de normatizar, e, por via de consequência, afrontando o princípio da reserva legal, também disposto na Carta Cidadã.

A corrente majoritária defende que o réu tem direito a uma sentença de mérito, que é proferida após a sua tentativa de convencer o juiz da sua inocência, para que exista uma possibilidade de absolvição. Por esse motivo, o enunciado da Corte revestiu-se da seguinte fundamentação: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”. Um dos motivos que corroboraram para essa conclusão foi o fato de que, no desenvolver do processo penal poderiam surgir provas novas que resultassem na desclassificação do crime ou em seu agravamento, o que resultaria em modificações no prazo prescricional. Nesse contexto, o que prevaleceu foi a segurança jurídica, uma vez que inexistia possibilidade de prever o futuro.

4. O ENTENDIMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO SOBRE A MATÉRIA

Em consonância com o entendimento firmado pelo enunciado, o Supremo Tribunal Federal – STF, cumprindo sua competência constitucional de uniformizar a interpretação da Carta Política, repeliu com afincos a prescrição em perspectiva (LEWANDOWSKI, 2014, p.6). Nesse sentido, observa-se o julgado do Recurso Ordinário em Habeas Corpus de nº 98.741, sob relatoria do Ministro Eros Grau:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Não é possível a aplicação da prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva em razão da ausência de previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Recurso a que se nega provimento. (STF - RHC: 98741 MA, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Data de

Como visto, a extinção do *jus puniendi* estatal pela via hipotética, para a Corte Suprema, não poderia ocorrer em razão da falta de previsão normativa uma vez que, do contrário, haveria violação direta do princípio da reserva legal e, por consequência, da própria Constituição.

Em verdade, o que se entende dos fundamentos elencados pelos ministros é que os magistrados, ao admitirem tal possibilidade, estariam, na prática, inovando na ordem jurídica, medida que, interpretada conforme a Constituição, revelaria uma gritante incompatibilidade com a Lei Maior, uma vez que lhes falece competência para legislar.

5. PANORAMA ATUAL ACERCA DA OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

Como bem explicado pelo Ministro Feliz Fischer, quando da votação do enunciado 438, o sistema normativo brasileiro não alberga a possibilidade de aplicação da prescrição em perspectiva. Isso porque, no decorrer da persecução penal, não raro, se verificam modificações de fato e de direito, que são ocasionadas pelo surgimento de novos indícios e de maiores lastros probatórios, que acabam por resultar em eventuais desclassificações ou até mesmo em agravamento das penas ora “pré-aplicadas”.

Além disso, argumenta-se ainda que o simples fato de se fixar uma pena hipotética para o acusado ofenderia o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, que dispõe: “Nenhuma pessoa será julgada culpada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” No mesmo sentido, defende-se que esta medida iria na contramão do que se considera o devido processo legal, ferindo, inclusive o direito à ampla defesa, uma vez que subtrair-se-ia o direito do réu de, durante o trâmite processual, provar a sua inocência.

Após a edição da súmula, o Tribunal Superior continua a defender a inaplicabilidade da prescrição projetada, para tanto se utilizando dos mesmos fundamentos que adotou como razão de decidir à época do enunciado. É o que se vislumbra do Recurso em Sentido Estrito de nº 1.717.388, datado de 06 de fevereiro de 2018:

[...] RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSO PENAL VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO LEGAL INEXISTENTE. ENTENDIMENTO REITERADO DESTA CORTE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. SÚMULA N.º 483 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] Cumpro salientar que a prescrição antecipada, também chamada de virtual, projetada ou em perspectiva, embora não tenha base legal em nosso ordenamento jurídico, vem sendo criada por parte da doutrina e da jurisprudência brasileira e, segundo José Júlio Lozano Júnior, consiste: "no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação de sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido." [...] Entretanto, em que pesem os fundamentos utilizados na Sentença serem relevantes para fins de economia processual, em respeito ao princípio da legalidade, o ordenamento jurídico brasileiro não outorga aos Magistrados o poder de decidir fora dos limites estritamente previstos em lei. O instituto da prescrição antecipada, por sua vez, não está amparado em qualquer dispositivo legal. Ademais, em diversas ocasiões, as Cortes Pátrias reiteraram o posicionamento acerca da impossibilidade de aplicação do referido instituto no Brasil. [...] Sendo assim, em harmonia com o parecer do Graduado Órgão do Ministério Público, voto pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO, para anular a Sentença do douto Juízo a quo, por ausência de fundamentação legal, devolvendo os autos à origem para a regular instrução processual. Ao assim decidir, a Corte local não divergiu da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, cristalizada no enunciado da Súmula n. 438 [...] não sendo a hipótese caso de superação desse enunciado. [...] Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2018. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Relator (STJ - REsp: 1717388 AM 2018/0000729-0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJ 06/02/2018)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, através do informativo nº 788, publicado em 02 de junho de 2015, manteve sua jurisprudência no sentido de inadmitir essa medida processual:

“Não se admite a denominada prescrição em perspectiva, haja vista a inexistência de previsão legal do instituto. Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a agravo regimental em que se

impugnava decisão monocrática que determinara o prosseguimento de inquérito, ouvindo-se o Ministério Público Federal quanto a possíveis diligências. Na espécie, em face da diplomação de um dos investigados no cargo de deputado federal, os autos foram remetidos ao STF. A Turma destacou que, por ocasião do julgamento do presente recurso, o agravante não mais deteria prerrogativa de foro, porém, competiria ao STF processar e julgar o agravo regimental em que se impugna decisão monocrática de integrante da Corte. Apontou a inadequação da decisão do juízo de origem que teria prejudicado ação penal que sequer fora proposta, ao aventar uma possível penalidade e, a partir da pena hipotética, pronunciar a prescrição da pretensão punitiva. Afastada a prescrição e o arquivamento dos autos, a Turma determinou a remessa do inquérito ao juiz da vara criminal competente.” (Inq 3574 AgR/MT, rel. Min. Marco Aurélio, 2.6.2015.)

Vale ressaltar que, apesar da edição da súmula supracitada, a mesma não se reveste de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, fato que não impede que os magistrados, em casos específicos, decidam pela admissibilidade da causa de extinção da punibilidade pela via abstrata. Contudo, na prática, a prescrição hipotética da pena seria somente possível quando houvesse concordância por parte autor da ação penal, o Ministério Público, tendo em vista que, caso haja recurso para instância superior, a probabilidade de que tal julgamento seja anulado é muito grande, notadamente pela existência do entendimento publicado pela Corte Superior. É o que depreende do julgamento do Recurso em Sentido Estrito, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 10 de abril de 2018:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - FURTO SIMPLES - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - REFORMA DA DECISÃO - RETOMADA DO FEITO. A prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva não encontra amparo no ordenamento jurídico-penal brasileiro, que admite o reconhecimento das duas formas clássicas de prescrição: a prescrição in abstracto, com base no limite máximo da pena legalmente cominada, e a prescrição in concreto, com fulcro na pena individualmente fixada e não mais sujeita a elevação. (TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10479130181932001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 10/04/2018, Data de Publicação: 20/04/2018)

Julgamentos como este vêm sendo realizados em todo o país de forma crescente, isso porque, devido à falta de efeito vinculante, os magistrados têm a liberdade de aplicar, nos casos que entendem adequados, a prescrição pela pena hipotética. Entretanto, as decisões mencionadas têm sido anuladas pelos

tribunais respectivos, que não vislumbram hipótese de superação do que ficou definido pelo STJ.

CONCLUSÃO

Pela observação dos aspectos analisados, constata-se que, com o passar dos anos, o instituto da prescrição virtual foi se tornando obsoleto no sistema processual brasileiro, pois, ainda que aplicado pelos magistrados de primeira instância, logo sofre alteração por parte dos colegiados de segundo grau, visando a adequação da jurisprudência ao posicionamento dos Tribunais Superiores, que ficou sedimentado de maneira a refutar, por padecer de respaldo jurídico, a prescrição pela pena em abstrato.

Sob argumentos de que não respeita o devido processo legal, pois cabe ao réu, durante o processo, provar a sua inocência, este meio processual obteve críticas severas, pois, para que pudesse ser aplicado, deveria ocorrer uma mitigação do referido princípio para que, antes mesmo da instrução criminal, o magistrado pudesse declarar a extinção do direito-dever de punir estatal.

Ademais, vale ressaltar que a busca pela efetividade do juízo criminal não pode ser manejada como argumento para utilização de artifícios processuais não previstos em lei, admitir esse ato seria, por via de consequência, atentar contra a separação dos poderes, visto que a atribuição para criar novas disposições legais compete ao Congresso Nacional, disposição esta expressamente prevista na Magna Carta, bem como encrustada na estrutura orgânica do pacto federativo.

Como visto, principalmente após a edição da súmula 438, a publicação de decisões favoráveis à admissibilidade da prescrição em perspectiva tem diminuído expressivamente, isso porque, ao julgar os inúmeros recursos interpostos contra essa medida, as cortes de segunda instância têm aplicado o entendimento uniforme, tanto do STJ, consolidado no enunciado, quanto a orientação do STF, conforme dispõe o informativo de nº 788.

Desse modo, o que continua a prevalecer é que a pena a ser considerada para fins de prescrição da pretensão punitiva do Estado, quando ainda não proferida sentença de mérito, deve ser a que corresponde ao máximo da pena em abstrato cominada ao tipo penal específico, enquanto para os processos já julgados o instituto continua a ser regido pela pena em concreto aplicada ao condenado.

Com efeito, o que se conclui é que, ainda que a extinção de processos pela via abstrata resulte em um desafogamento em massa do Poder Judiciário, a utilização de brechas na interpretação do texto legal é um mecanismo que não possui respaldo normativo, motivo pelo qual fica clara a sua inaplicabilidade. A hermenêutica praticada pela cúpula dos tribunais superiores é baseada, primordialmente, no critério legalista, principalmente no que se refere aos institutos processuais e, tendo em vista o artifício empregado padece de positivação, não haveria outra alternativa senão a sua inaceitabilidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Bruno Nascimento. Prescrição em perspectiva: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6781>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 28 de novembro de 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em 30 de novembro de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC nº 121.152/BA – Bahia**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa Jurisprudência, Acórdãos, 11 de março de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC nº 98741 MA – Maranhão**. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa Jurisprudência, Acórdãos, 07 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DUARTE JÚNIOR, Alonso Pereira; SILVA, Eliane Sousa. A prescrição virtual e suas controvérsias. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, out 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19693&revista_caderno=3>. Acesso em nov. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição virtual ou antecipada: súmula 438 do STJ**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 17 maio. 2010. Acesso em nov. 2018

HILA, Bernardo Gabriel. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V.1: Teoria Geral do Direito Civil**. 20. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.
JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Juruá Editora, Curitiba, 2ª edição, 2008.

JESUS, Damásio E. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Prescrição Penal**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed.; São Paulo: RT, 2008.

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

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SERPA, Juliano. **A Prescrição Penal Antecipada como Causa de Extinção de Punibilidade no Direito Penal Brasileiro**. REVISTA DA ESMESC, v. 15, n. 21, 2008.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1717388 AM 2018/0000729-0. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 06/02/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549092579/recurso-especial-resp-1717388-am-2018-0000729-0>>. Acesso em: 02.12.2018

STJ. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: RHC 18569 MG 2005/0180807-5. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 13/10/2008. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/885456/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-18569-mg-2005-0180807-5>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

TJ-PR. **Recurso Crime Ex Off e em Sent Estrito. RC 2797250/PR**. Relator: Eduardo Fagundes. DJ: 13.05.2005. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5233210/recurso-crime-ex-off-e-em-sent-estrito-rc-2797520-pr-recurso-crime-ex-off-e-em-sent-estrito-0279752-0?ref=juris-tabs>> Acesso em: 01.dez.2018

TRF 04ª R. **RSE 2007.71.18.000322-6/ RS**. Relator: Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro; Julg. 18/03/2009; DEJF 26/03/2009. Disponível em <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 30.11.2018.