

Mário Conceição: Prescrição virtual não otimiza serviço jurisdicional

A chamada prescrição virtual vem sendo usada na primeira instância como instrumento de otimização dos trabalhos judiciais. Alexandre Morais da Rosa em artigo, *Não reconhecer prescrição antecipada no crime é jogar dinheiro fora*, publicado no CONJUR em 26/09/2014, demonstra essa disposição. A questão é delicada, sobretudo pelas nefastas conseqüências que o seu reconhecimento pode gerar. A busca pela otimização dos processos tem sido freqüente e empregada por muitos operadores do direito para enfrentar as crônicas deficiências administrativas do funcionamento da Justiça. Prestigiam-se, perigosamente, teses processuais que permitem esvaziar os escaninhos dos fóruns e assim “prestar” serviço de qualidade em processos “úteis”. Para tanto, os operadores valem-se de idéias que revelam o processo como algo que seja ou possa, pretensamente, ser útil à Sociedade, surgindo então com intensidade a Teoria Utilitarista.

O utilitarismo^[1], corrente de pensamento com forte tendência em nossos dias, deve ser visto com cautela na medida em que pode transformar a idéia de Justiça numa quimera. Júlio Esteves discorre^[2] sobre “AS CRÍTICAS AO UTILITARISMO POR RAWLS” afirmando que:

“Originalmente, o utilitarismo é uma teoria sobre o valor moral das ações individuais e se caracteriza pelo que os autores chamam de conseqüencialismo. De acordo com o utilitarismo, o valor moral de uma ação é uma função das conseqüências boas ou más, mais exatamente, da felicidade ou infelicidade que ela produz ou tende a produzir. Assim, por exemplo, pelo menos nas atuais circunstâncias, a ação de enviar cartas contendo talco branco deve ser considerada como algo moralmente reprovável, já que tende a criar pânico na população e despesas desnecessárias. Em circunstâncias diferentes das atuais, essa mesma ação poderia ser avaliada como moralmente indiferente ou até boa, caso pudesse ser tomada por alguém como uma saudável brincadeira.”

A aplicação do utilitarismo como fundamento em decisão de extinção de punibilidade não resiste ao teste da falibilidade na medida em que sua aplicação em outras situações acarreta perplexidades que demonstram o equívoco dessa compreensão. Popper auxilia-nos a compreender a questão. A veracidade de uma teoria não se confirma pela simples constatação de que os resultados de uma previsão efetuada com base naquela teoria se verificaram. O que a experiência e as observações do mundo real podem e devem tentar fazer é encontrar provas da falsidade daquela teoria. Do confronto deste processo com a teoria e observações poderá provar a falsidade^[3] (*falsify*) da teoria em análise. Nesse caso há que se eliminar essa teoria que se provou falsa e procurar uma outra teoria que possa explicar o fenômeno em análise.

A falibilidade da conclusão propugnada pelo utilitarismo pode ser demonstrada através da seguinte asserção: "todos os corvos são pretos". Ela poderia ser falsificada pela observação de um corvo vermelho. Buscando no mundo jurídico alguns exemplos que permitam falsear a tese, poderíamos, p.ex, afirmar que o Ministério Público não estaria obrigado a transacionar ou denunciar contraventores que tivessem praticado conduta apenada exclusivamente com pena de multa, pois em se tratando de dívida de diminuto valor “não valeria a pena” movimentar a máquina. Vale salientar que o STJ, REsp 573.398, relator Ministro Felix Fischer, j. 2/9/04, já reconheceu como insignificante ou irrelevante penal a

execução de multa de valor irrisório. Poderíamos ainda argumentar que existindo previsão administrativa de que somente será executada dívida em valor superior a R\$ 10.000,00 (Portaria do MF 296, de 08/08/07) estaria então dispensada a execução do crédito público, o que aniquilaria indiretamente a própria pena de multa aplicada abaixo do valor de R\$ 10 mil!

Outro exemplo, inexistindo vagas nas penitenciárias, o que é fato notório, para acomodação de condenados com pena de reclusão seria inócua ou inútil à instauração de processo penal e a eventual cominação de pena dessa natureza, pois não haveria como cumpri-la! O Ministério Público não estaria assim obrigado –o princípio da obrigatoriedade da ação penal de cunho constitucional seria abrandado – em processar criminosos por força de argumentos estranhos ao Direito e o Poder Judiciário poderia também utilizar-se deste mesmo argumento, para deixar de julgar criminoso sob o fundamento de falta de “resultado prático” na demanda!

Esses singelos exemplos mostram que a tese da prescrição virtual é falseável. Nesse caso, há que se eliminar essa teoria que se provou falsa e procurar outra teoria para explicar o fenômeno em análise. Ela é uma autêntica caixa de pandora. A ausência de resultado prático poderia servir de “justificativa” para uma infinidade de outras situações, o que poderia implicar na submissão da persecução penal à referencial não jurídico. Não bastassem tais argumentos, devemos gizar que existem mais dois de natureza dogmática que não permitem o acolhimento da tese: **1º)** há justa causa para o prosseguimento do feito porque a prescrição em abstrato não ocorreu e **2º)** a prescrição virtual ou antecipada não se acha prevista na legislação.

O reconhecimento da prescrição antecipada implica em grave violação ao princípio da legalidade que é a pedra de toque do Direito Penal. Acreditamos que o julgamento do réu seja tão importante quanto a cominação da pena. O processo não tem apenas a função de cominar pena como pensam os utilitaristas. Esse pensamento torna o juiz um autômato. O processo destina-se também a declarar o direito. O Juiz tem o dever de dizer aos jurisdicionados se o direito foi ou não violado. Isso é essencial para a manutenção da Paz Social, estabilização das relações sociais, afirmação da autoridade do Estado e do direito do jurisdicionado. A prescrição virtual nega à Sociedade o direito de obter esta dupla declaração. Merece destaque a ementa:

AUTOS Nº: 0024.09.293426-4, RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, RECORRIDA: SUELY ALVES BATISTA SILVA, RELATOR: JUIZ JAYME SILVESTRE CORRÊA CAMARGO, julgado em 23 de abril de 2009. EMENTA: Crime ambiental — crime contra a fauna – prescrição pela pena ideal – impossibilidade – ofensa à legislação e a princípios constitucionais. Inadmissível a incidência da denominada prescrição pela pena hipotética ou ideal, pois **além de não prevista tal modalidade prescricional na legislação penal, sua aplicação** ofende fundamentalmente aos princípios constitucionais da presunção de não-culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, **além do sagrado direito do acesso à jurisdição** — sentença reformada — apelo provido.

Os Tribunais tem percebido o risco que esse pensamento representa para a função jurisdicional que tem o primário[4] e elementar dever de “dizer o direito”, solucionar uma controvérsia, abrandar os ânimos, estabilizar um conflito, **não se resumindo**, como pensam alguns julgadores[5] que o fim do processo seja apenas aplicar pena. Em razão disso, os órgãos jurisdicionais superiores em regra, não admitem a aplicação da “prescrição virtual”. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais **não se mostra unânime também**

quanto a aplicação da precisão virtual. Vejamos:

Número do processo: 1.0193.01.001544-7/001(1) Numeração Única: 0015447-63.2001.8.13.0193

Relator: EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Data do Julgamento: 02/09/2009

Data da Publicação: 23/09/2009

Ementa:

RECURSO EM SENTIDO
ESTRITO – ESTELIONATO
– PRESCRIÇÃO EM
PERSPECTIVA –
IMPOSSIBILIDADE –
RECURSO MINISTERIAL
PROVIDO.. – **Não se pode
extinguir a punibilidade da
ré pela prescrição retroativa
em perspectiva, com base
em pena estimada,
inexistindo fundamento
legal a sustentar a teoria.**

Súmula: RECURSO PROVIDO.

Número do processo: 1.0024.99.092715-4/002(1) Numeração Única:

Relator: PEDRO VERGARA

Data do Julgamento: 28/04/2009

Data da Publicação: 08/06/2009

Ementa:

EMBARGOS
INFRINGENTES –
PRESCRIÇÃO
ANTECIPADA –
IMPOSSIBILIDADE –
FALTA DE PREVISÃO
LEGAL -EMBARGOS
REJEITADOS. – Carece de
amparo legal a denominada
prescrição antecipada, que tem
como base uma condenação
hipotética ou aleatória, sendo
que a prescrição somente se
regula pelo máximo da pena
cominada ao crime, antes do
trânsito em julgado da
sentença, ou pela pena
concretamente aplicada, após
o trânsito em julgado do
decisum, nos termos dos
artigos 109 e 110 do Código
Penal.

A polêmica **não parece** ter chegado ao fim com a decisão [\[6\]](#) do Superior Tribunal de Justiça que sumulou a questão **em 2 de maio de 2010**. Alexandre Morais de Rosa defende a revisão da Súmula n. 438, do STJ, que reconheceu ser inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

A matéria sumulada foi relatada pelo ministro Felix Fischer e teve como referência os artigos 109 e 110 do Código Penal. No Resp n. 880.774, os ministros da Quinta Turma decidiram que, de acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela **pena concretamente aplicada** ou, ainda, pelo **máximo de sanção, abstratamente prevista**. Para eles, é imprópria a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base em pena em perspectiva.

No julgamento do RHC n. 18.569, a Sexta Turma destacou que é inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Segundo os ministros, trata-se de **instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (STF)**, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, a ser eventualmente aplicada. A Quinta Turma entendeu que a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação, conforme expressa previsão legal (HC n. 53.349), portanto, não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

O processo não deve ser compreendido apenas como instrumento de cominação de pena. O juiz é protagonista principal na realização da Justiça, valor essencial em qualquer sociedade organizada. O

juízo do réu revela manifestação do Estado sobre certa conduta. Admitir-se que a única finalidade do processo seja a cominação de pena implica em negar à Sociedade o direito de submeter o infrator à julgamento e ignorar duplamente as consequências da conduta criminosa seja no plano moral seja no jurídico, o que não nos parece aceitável, mormente quando se busca prevenir a prática de crimes e afastar o sentimento de impunidade que parece estarmos acostumados.

O processo não deve ser visto, portanto sob um viés limitado, restrito ou pragmático que o reduza à noção de “coisa útil”. A realização da Justiça não segue a lógica da economia e de seus agentes. A possibilidade ou não, da execução de pena aplicada não desnatura a finalidade que o processo tem também de declarar a reprovabilidade da conduta. Submeter criminosos à julgamento revela determinação e comprometimento dos agentes do Estado-Sociedade com a promoção da Justiça. A exequibilidade de eventual sentença condenatória é fase posterior que não reduz a importância do JULGAMENTO que contribui sobremaneira para afastar o sentimento de impunidade.

Em suma, o uso da prescrição virtual ou em perspectiva, por esses motivos, não se revela como meio válido para se alcançar a desejável otimização do serviço jurisdicional.

[1] Em [Filosofia](#), o **utilitarismo** é uma doutrina [ética](#) que prescreve a ação (ou inação) de forma a otimizar o [bem-estar](#) do conjunto dos seres sencientes[1]. O utilitarismo é então uma forma de **consequencialismo**, ou seja, ele avalia uma ação (ou regra) unicamente em função de suas consequências

[2] <http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ETHIC1~6.PRN.pdf>. Acesso em 01/09/08.

[3] Falseabilidade (ou refutabilidade) é um conceito importante na filosofia da ciência ([epistemologia](#)). Para uma asserção ser refutável ou falseável, em princípio será possível fazer uma observação ou fazer uma experiência física que tente mostrar que essa asserção é falsa.

[5] Apelação n. 1.0040.02.006573-2/001(1). TJMG, Des.Alexandre Victor de Carvalho.e, 23/10/2009.

[6] http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96991;

Date Created

17/01/2015