



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O interesse recursal quando extinta a punibilidade em razão da prescrição

Fabiola de Carvalho Braga

Rio de Janeiro
2016

FABÍOLA DE CARVALHO BRAGA

O interesse recursal quando extinta a punibilidade em razão da prescrição

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores: Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

O INTERESSE RECURSAL QUANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO

Fabiola de Carvalho Braga

Graduada pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Ubá – UNIPAC. Advogada. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Pós-graduada em Direito de Energia Petróleo e Gás pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: A evolução da sociedade demandou do homem, a fim de possibilitar o convívio social, a organização por meio de institutos em diversos ramos do Direito. O direito penal e processual penal surgem na história como meio limitador do Poder do Estado e também como meio de garantir a proteção da sociedade e do próprio acusado. A percepção de que o processo penal prestigia os direitos e garantias fundamentais é uma constante no ordenamento jurídico e, como tal, suas normas devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal. Não obstante, com a crescente demanda do judiciário nota-se uma tendência em mitigar esses direitos e garantias. A essência do trabalho é abordar os efeitos da condenação penal, ressaltando quais dentre eles permanecem hígidos diante da extinção da pretensão punitiva em razão da prescrição e a repercussão que esses efeitos podem gerar no interesse recursal. Tudo isso estabelecendo um paralelo entre os divergentes entendimentos das Cortes Superiores.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Juízo de Admissibilidade. Interesse Recursal. Direito Penal. Prescrição. Direitos e Garantias Fundamentais.

Sumário: Introdução. 1. O interesse recursal norteado pela existência de uma sucumbência e o entendimento ainda divergente entre a doutrina e os Tribunais Superiores. 2. A declaração de prescrição, a depender de qual de suas espécies, constitui sucumbência apta a validar o interesse recursal. 3. O direito do réu de buscar a melhor decisão. Uma reflexão à luz da Constituição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar os efeitos de uma condenação penal, enfatizando quais efeitos dentre os penais primários, penais secundários, bem como os extrapenais, persistem quando da declaração da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória. Pontuando em qual circunstância efetivamente deixaria de haver qualquer forma de sucumbência ao acusado, passível, portanto, de afastar o interesse recursal.

Para tanto, serão trazidos à argumentação conceitos doutrinários acerca do instituto da prescrição e dos requisitos subjetivos para a admissibilidade dos recursos, confrontando-os com a forma que a matéria vem sendo tratada pelas Cortes Superiores, a fim de esclarecer se efetivamente o entendimento firmado por elas, nesse ponto, traduz decisões corretas e justas, ou se, prepondera o viés da política judiciária, aceitando-se que o acusado suporte parcela do ônus decorrente da negligência temporal do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante ao jurisdicionado o direito ao devido processo legal, o direito a ampla defesa, o direito ao recurso, o direito à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana. O Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, norma supralegal.

Não, ao acaso, que tantos direitos foram positivados e a reflexão sobre a efetividade de cada um deles deve permear as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que não só visa condenar o culpado, mas também absolver o inocente, que não só se volta a um dever do Estado, mas também a um direito do acusado.

Dessa forma, a resposta dada ao jurisdicionado que está sendo submetido ao império do Estado e à sociedade que o assiste, precisa ser fundada sobre pilares sólidos, princípios e conceitos que promovam a eficiência e a celeridade processual, mas sobretudo que entregue a jurisdição tal qual se propôs, garantindo segurança jurídica e paz social.

O primeiro capítulo dessa pesquisa visa a traçar um paralelo entre o entendimento das Cortes Superiores e importantes doutrinadores processualistas, a fim de analisar quando a decisão penal condenatória constitui uma sucumbência apta a ensejar o interesse recursal.

No segundo capítulo serão conceituadas as espécies de prescrição e pontuados os efeitos da declaração da prescrição em cada uma delas, dando destaque aos efeitos que remanescem e a importância de serem reconhecidos para fins de interesse recursal.

No terceiro capítulo é trazido à reflexão a utilidade social do instituto da prescrição enaltecendo a necessidade de se preservar importantes direitos fundamentais em detrimento da atual política, sob pena de desvirtuar a natureza do instituto.

A presente pesquisa é de natureza qualitativa e utilizará a metodologia do tipo bibliográfica a partir de doutrinas, textos de leis e jurisprudências. Quanto aos seus objetivos será descritiva e parcialmente explicativa ao passo que sugere uma adaptação à jurisprudência.

1. O INTERESSE RECURSAL NORTEADO PELA EXISTÊNCIA DE UMA SUCUMBÊNCIA E O ENTENDIMENTO AINDA DIVERGENTE ENTRE A DOCTRINA E OS TRIBUNAIS SUPERIORES.

A evolução da sociedade demonstra a modificação da aplicação da pena na história. Inicialmente a privação de liberdade era desconhecida enquanto pena, servia apenas como custódia até que efetivamente fosse aplicada a pena de morte ou de mutilação. Após, com a prisão canônica, a finalidade da pena passou a visar o arrependimento do criminoso. No século XVII, na Europa, a construção de prisões para correção através do trabalho e disciplina. E a partir do século XVIII, sob o imperativo do poder organizado do Estado, a privação de liberdade como pena e a negação da vingança privada.

Ao proibir o particular de fazer justiça pelas próprias mãos, o Estado assumiu o poder soberano de punir, mas também o papel de garantir a proteção da sociedade e do próprio acusado. Nasce o processo penal que prestigia os direitos e garantias fundamentais.

Em que pese o Código de Processo Penal brasileiro seja da década de 40 e como tal apresente suas origens no Estado autoritário, não há como olvidar sua interpretação afastada da ótica Constitucional. Toda estrutura do processo penal só faz sentido se for para garantia do acusado, objetiva impedir que o Estado aplique indiscriminadamente, de forma arbitrária e incontrolável, o seu poder de punir.

O processo penal visto como instrumento do Estado Democrático de Direito, mas não um instrumento que busca como única finalidade a satisfação de uma pretensão acusatória, mas também a finalidade de garantidor Constitucional. Ou seja, o processo penal é o meio necessário para punir, sem o qual não é possível aplicar pena. Entretanto, o processo penal é também uma garantia ao acusado, pois ordenado por um devido processo legal, amparado em formas previamente definidas em lei e garantias fundamentais previstas na Constituição, serve ao acusado como garantia do direito de defesa, do direito a uma prestação jurisdicional justa.

Nas palavras de Aury¹ "nossa noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário".

¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

Não se pode submeter o acusado ao ritual árduo do processo penal e eximir-se de entregar uma prestação jurisdicional amparada nos direitos e garantias fundamentais. Há o interesse do Estado Democrático de Direito de punir o culpado, mas também o interesse desse mesmo Estado em absolver o inocente.

A partir desse viés instrumental de formação do processo penal emerge a essencialidade dos recursos no ordenamento jurídico processual, que têm por fundamento a falibilidade do julgador, vez que humano, se admite, passível de erros.

Assim contra decisão proferida com *error in iudicando*² ou *error in procedendo*³ o legislador ordinário e o constituinte, criaram mecanismos que permitem reapreciar esses atos, sujeitando-o à confirmação ou modificação, em regra, por órgão de instância superior.

Pacelli⁴ trabalha a utilidade dos recursos sob dois aspectos: a partir do interesse do Estado no controle dos atos jurisdicionais - ordenado pela qualidade e regularidade da atividade jurisdicional -, bem como meio de eficácia das decisões e; a partir do interesse do jurisdicionado e o direito à ampla defesa - quanto maior o número de recursos maior a amplitude de defesa.

Os recursos são submetidos a um duplo juízo de admissão, ocasião em que será verificado se atende às exigências legais a partir da aferição de requisitos objetivos - cabimento, adequação, tempestividade e preparo - e, requisitos subjetivos - legitimidade e interesse recursal, para tão somente após, ultrapassados, ser analisado o mérito do recurso.

O ponto de relevância neste trabalho é o último, o citado requisito subjetivo de admissibilidade dos recursos. E afinal, o que vem a ser o interesse recursal? Do parágrafo único do artigo 577 do Código de Processo Penal⁵ se extrai a idéia de interesse a ser trabalhada.

É uníssono na doutrina e na jurisprudência que o interesse recursal parte das idéias de interesse-adequação (o recurso usado deve ser o meio adequado para alcançar o resultado prático desejado), interesse-utilidade (possibilidade de alcançar por meio do recurso uma situação mais vantajosa) e interesse-necessidade (a tutela jurisdicional é a única forma de se atingir o resultado prático mais vantajoso).

² *Error in iudicando* é uma expressão latina tradicionalmente empregada para designar o “erro de julgamento”.

³ *Error in procedendo* é empregada para designar o “erro de atividade processual” ou “vício de procedimento”.

⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 931.

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 7 set 2016. Art. 577. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

A noção de interesse é constantemente associada pela doutrina à definição de sucumbência, porém, não são todos os autores que concordam com a indispensabilidade desta para aferir o interesse recursal.

Nicolitt⁶ destaca que não se pode confundir interesse recursal com sucumbência, pois há situações em que a parte não perde e ainda assim há interesse recursal. Cita como exemplo a hipótese em que o réu absolvido por “ausência de provas” (art. 386, VII, CPP) recorre para mudar o fundamento da absolvição, para “estar provada a inexistência do fato” (art. 386, I, CPP) ou “estar provado que não concorreu para a infração penal” (art. 386, IV, CPP), fundamentos que além de afastar a responsabilidade civil, trarão inegável efeito sobre a esfera moral do acusado. E ainda, a hipótese em que, sendo procedente a acusação, o Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico, recorre para pedir a absolvição ou a redução da pena do acusado. Para esse autor o interesse firma-se na adequação, necessidade e utilidade, bastando que a nova decisão em instância superior proporcione situação mais vantajosa e sobretudo de inegável efeito sobre a esfera moral do acusado.

Rangel⁷ define sucumbência como sendo a desconformidade entre o que se pediu e o que foi concedido e também afirma que pode haver interesse em recorrer sem que haja sucumbência. O autor cita os mesmos exemplos apresentados por Nicolitt e vai além, entende haver interesse do réu em recorrer da decisão concessiva de perdão judicial, pois a natureza jurídica é meramente declaratória de extinção da punibilidade (súmula 18 do STJ), tendo o réu o interesse de demonstrar sua inocência perante o tribunal – que o fato não é típico ou ilícito, que o fato não existiu, ou que não foi autor do fato. E ressalta o fato de que a extinção da punibilidade não obsta a propositura da competente ação civil (art. 67, II, CPP).

Divergindo dos autores anteriores, Tourinho Filho⁸, entende que a sucumbência é pressuposto fundamental de todo e qualquer recurso e afirma que somente a parte que sofreu um gravame poderá recorrer. Para esse autor a sucumbência é um prejuízo produzido à parte pela decisão recorrida, uma desarmonia, uma desconformidade entre o que a parte pretendia obter e o que lhe foi dado. No entanto, concorda com Nicolitt quando afirma que o réu tem interesse em recorrer para modificar o fundamento da sentença absolutória, pois atingiria resultado concreto mais favorável.

⁶ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 885-886.

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 1000-1005.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 406-411.

Pacelli⁹ menciona que normalmente a noção de interesse é extraída da definição de sucumbência e apresenta o conceito de Barbosa Moreira, para quem “é vencida a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, tudo que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito”¹⁰.

O autor concorda com Nicolitt quando afirma manifesto o interesse do Ministério Público diante de sentença condenatória, para recorrer em favor do réu, por reconhecê-lo como órgão imparcial a quem incumbe a tutela da ordem jurídica e a fiscalização da observância das leis penais, ou seja, nesse ponto, admite a existência de um interesse recursal divorciado da ideia de sucumbência.

Também admite que apenas a absolvição seria capaz de afastar inteiramente a sucumbência do acusado, mas limita o interesse recursal ao dispositivo da sentença. Ao trabalhar a hipótese refuta o interesse recursal em face de sentença absolutória com a finalidade de modificar os fundamentos da decisão, mesmo certo de que neste caso a motivação do julgado consta da parte dispositiva (art. 386, caput, CPP¹¹) e que determinadas modalidades de sentenças absolutórias afastam também a responsabilidade civil, isso porque, entende que o interesse recursal deve ser aferido no âmbito das expectativas possíveis e realizáveis apenas no processo penal.

Nucci¹² vai além e toca o tema do presente trabalho, quando sugere que é possível que o réu tenha nítido interesse em ser absolvido quando as provas estão a seu favor e não que o Estado declare que perdeu, pelo lapso temporal decorrido, o direito de punir. E salienta que o ideal seria o julgamento do mérito pelo tribunal e, quando negasse provimento, avaliaria a questão da extinção da punibilidade pela prescrição. Assim, teria o réu exercido seu direito à ampla defesa na maior extensão possível, que é a obtenção de um julgamento de mérito propriamente dito.

Aury¹³ atribui ao interesse recursal a existência de um gravame, que ele define como sendo um prejuízo que a decisão tenha causado à parte, uma decisão que lhe desfavoreça de alguma forma, entretanto, entende que o gravame deve situar na dimensão de prejuízo jurídico e não psíquico ou moral.

⁹ PACELLI DE OLIVEIRA, op. cit., p. 959-962.

¹⁰ Ibid, p. 960.

¹¹ BRASIL. Código de Processo Penal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 7 set 2016. Art. 386 – “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva”.

¹² NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 923.

¹³ LOPES JR., op.cit., p. 1229.

Na prática dos tribunais o que se vê é o afastamento do interesse recursal de pronto, mesmo que o réu objetive a absolvição, ao argumento de que a decisão extintiva da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva desfaz todos os efeitos da condenação.

No julgamento do AgRg no AREsp nº 763.414 – GO, o Ministro Relator Joel Ilan Paciornik¹⁴ fundamentou que a extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito do recurso criminal, em face da perda do objeto da ação penal.

Também no STF, o Ministro Francisco Rezek¹⁵ no voto proferido no HC 63.765, afirmou que a prescrição da pretensão punitiva se assemelha “a um quadro idêntico àquele da anistia”, o que considera ser mais que uma absolvição.

Contudo, conforme será demonstrado nos demais capítulos a situação não se exaure simplesmente nesses termos, merecendo a reflexão sobre o tema.

2. A DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO, A DEPENDER DE SUAS ESPÉCIES, CONSTITUI SUCUMBÊNCIA APTA A VALIDAR O INTERESSE RECURSAL

O Estado, investido do seu poder de ordenar, regular e punir, a fim de garantir a convivência em sociedade de forma harmônica e feliz, se utiliza da política criminal para fazer cessar comportamentos que extrapolem os limites da tolerância e inviabilizem o convívio social.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 763414/GO. Relator Ministro: JOEL ILAN PACIORNIK. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Interesse+recursal+prescri%E7%E3o+da+pretens%E3o+punitiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC. 63.765-5. Relator Ministro: Francisco Resek. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=68824>>. Acesso em 7 set 2016. “Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equivocada do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado – deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (...). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e consequências, daquele que se alcançaria mediante o término do processo com sentença absolutória”.

Nas palavras de Kelsen¹⁶ "o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social."

Contudo, o Estado há que ser diligente, sob pena de ver estabilizar a relação jurídica, não havendo utilidade para a prevenção geral e tornando inócua a prevenção especial no seu papel de ressocializar.

Essa dinâmica de investigação, processo e punição deve ser breve para que a sociedade não absorva o fato, ora caindo no esquecimento, ora se adaptando a ele, ora sofrendo os males da impunidade.

Foi pensando nesse contexto, visando a utilidade social, uma vez que a eterna possibilidade de punir do Estado gera intranquilidade à sociedade, que o legislador ordinário pensou o instituto da prescrição, previsto no art. 107, IV, do Código Penal.¹⁷

A prescrição é uma forma de sanção ao Estado em razão de sua demora para investigar, processar, condenar ou executar a pena por ele mesmo imposta e constitui causa de extinção da responsabilidade penal do acusado ou condenado.

Para doutrina e jurisprudência majoritárias a prescrição é um instituto de direito penal e como tal, de natureza material, pois extingue a pena. Contudo, não se pode olvidar que a prescrição é um obstáculo processual, havendo autores como Juarez Cirino¹⁸ que inclinam-se diante de uma natureza mista.

O efeito principal, aplicado a todas as espécies de prescrição, é a extinção da responsabilidade do acusado ou condenado, no entanto, os efeitos secundários se aplicam de forma distinta.

A prescrição da pretensão executória ocorre após o processo de conhecimento, quando já consolidado o juízo positivo de reprovação, já transitado em julgado a decisão condenatória para a acusação e para a defesa.

Nessa espécie, o cálculo da prescrição, tendo como parâmetro os prazos previstos no art. 109 do Código Penal, é feito com base na pena concretamente aplicada e começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹⁶ KELSSEN *apud* GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

¹⁷ BRASIL. Código Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 7 set 2016. Art. 107. Extingue-se a punibilidade: IV – pela prescrição, decadência ou preempção.

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 402.

Na prescrição da pretensão executória, embora ocorra a causa extintiva da responsabilidade, livrando o condenado de cumprir a pena que lhe foi imposta, a questão de mérito foi devidamente resolvida, a prescrição não anula a decisão condenatória, há um título executivo, há culpabilidade, será possível reconhecer a reincidência caso haja outra condenação e está preservada a obrigação de reparar danos civis (art. 91, I, do CP).

Essa espécie não é objeto de controvérsia do presente trabalho, tendo em vista que o juízo competente para declará-la é o da vara de execuções penais, portanto, após exauridas as hipóteses de recurso e preservado o contraditório e a ampla defesa.

Por sua vez a prescrição da pretensão punitiva, consubstanciada na prescrição da ação penal, impede o Estado de aplicar uma pena ao acusado, em razão de ter evidenciado desde o recebimento da denúncia até o momento anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, o lapso temporal expressamente delimitado no art. 109 do Código Penal.

Nessa espécie de prescrição a contagem do prazo se dá pela pena máxima cominada ao delito, de forma abstrata, pois ainda não consolidou o juízo positivo de reprovação. Com isso há a cristalização da situação de inocência do acusado, não há reconhecimento de culpabilidade nem tampouco reincidência.

Entretanto, conforme ensina Juarez Cirino¹⁹, o critério antes e depois do trânsito em julgado, por si só, não é suficiente para identificar todas as hipóteses de prescrição, apontando a existência de outras duas hipóteses quando observado os níveis de concretização da pena, sobre as quais gira a controvérsia deste trabalho.

Embora tratem de hipóteses de extinção da pretensão punitiva, a prescrição retroativa e a intercorrente diferem da regra, pois são declaradas após a sentença condenatória.

A prescrição retroativa está prevista no artigo 110, §1º do Código Penal²⁰ e embora a decisão condenatória já tenha transitado em julgado para a acusação - que não recorreu ou teve seu recurso improvido -, a decisão ainda não transitou em julgado para a defesa - que possui recurso pendente de julgamento.

Nessa, a aplicação do art. 109 do Código Penal é calculada com base na pena concreta, que será aferida retroativamente entre o interregno do recebimento da denúncia e a sentença.

¹⁹ SANTOS, op.cit., p. 403/404.

²⁰ BRASIL. Código Penal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 7 set 2016. Art. 110, §1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior a da denúncia ou queixa.

Antes de 2010, a prescrição retroativa podia ser aferida em dois momentos: observado o interregno entre a data do fato e o recebimento da denúncia e observado o interregno entre o recebimento da denúncia e a sentença. Todavia, com a entrada em vigor da Lei 12.234/2010, que incluiu a proibição na parte final do art. §1º e revogou o §2º do art. 110 do Código Penal, não mais se aplica a prescrição retroativa antecipada²¹.

Outra espécie é a prescrição intercorrente ou superveniente, que também ocorre quando já houve uma sentença condenatória, sendo calculada com base na pena concreta, observada no interregno existente entre a sentença e o trânsito em julgado.

Em todas as espécies citadas, seja na prescrição da pretensão executória, seja nas três hipóteses de prescrições da pretensão punitiva, o efeito comum é a extinção da responsabilidade do condenado ou acusado. Ocorre que na prescrição retroativa e na intercorrente, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado da sentença, não se pode negar que já houve o provimento jurisdicional desfavorável ao acusado, gerando efeitos e consequências diferentes.

O entendimento jurisprudencial majoritário hoje é que, como a prescrição é matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício ou a requerimento da parte e por tratar de matéria preliminar impede o julgamento de mérito. Esse entendimento reproduz o raciocínio entabulado no verbete de súmula 241 do extinto TFR²².

O aproveitamento desse entendimento beneficia a jurisprudência defensiva dos Tribunais, mas traz consequências nefastas ao acusado que entendendo-se inocente se vê impossibilitado de pleitear ao Tribunal a revisão do julgado. Para Nucci essa posição jurisprudencial representa certa injustiça, pois impede a análise do mérito pelo Tribunal, mantém o registro da condenação de 1º grau na folha de antecedentes, defendendo a absolvição como decisão muito mais favorável ao acusado, inclusive no campo moral²³.

Nesse mesmo sentido, salienta Alvaro Mayrink²⁴ que a extinção da punibilidade antes da sentença final, afasta a reincidência, mas não afasta os maus antecedentes.

²¹ SANTOS, op.cit., p. 404. Juarez Cirino chama de “prescrição retroativa antecipada” aquela observada entre o interregno da data do fato e o recebimento da denúncia, ou também “prescrição pela pena virtual” ou “pena em perspectiva”.

²² BRASIL. Súmula 241 do Tribunal Federal Regional. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.

²³ NUCCI, op. cit., p. 584.

²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015. p. 953.

3. O DIREITO DO RÉU DE BUSCAR A MELHOR DECISÃO. UMA REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

À luz dos valores constitucionais, não há razão legítima que impeça o indivíduo que foi condenado de ver reapreciada a sentença de primeiro grau, ao contrário, os recursos, além de necessários e, como tal, pensadas suas espécies pelo legislador infraconstitucional, possuem fundamento Constitucional.

O disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Autores como Guilherme de Souza Nucci²⁵, André Nicolitt²⁶, Tourinho Filho²⁷ e Marcellus Polastri²⁸, afirmam que o fundamento Constitucional do recurso é o duplo grau de jurisdição, que, inclusive, chegou a ser expressamente previsto na Constituição do Império e hoje é extraído de forma implícita da conjugação de alguns artigos previstos na atual Carta.

A própria estrutura do Poder judiciário, prevista no Capítulo III, Título IV, foi organizada de forma a hierarquizar os órgãos em 1º e 2º graus de jurisdição, permitindo que um pudesse rever a decisão do outro.

Da literalidade do art. 5º, §2º da Constituição Federal se extrai a natureza do duplo grau de jurisdição como sendo um direito fundamental, bem como, que os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais os quais o Brasil é signatário são recepcionados como direito fundamental.

O Brasil ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 1992, através do Decreto 678/92, que entre outros direitos, trata das garantias judiciais assegurando em seu artigo 8º, n. 2, letra *h* o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior²⁹.

²⁵ NUCCI, op. cit., p. 791-794.

²⁶ NICOLITT, op. cit., p. 871-874.

²⁷ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 401-406.

²⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 1127-1129.

²⁹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Decreto 679 de 6 de novembro de 1992. <Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 7 set 2016. Art. 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas: (...), h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Divergindo em parte dos citados autores, Aury³⁰ entende que não é possível extrair o duplo grau de jurisdição de outros princípios constitucionais, como o direito de defesa e o devido processo legal, entretanto assente aos demais quando afirma que o fundamento do duplo grau está no art. 8. n. 2, letra *h* da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que em seu art. 14, n. 7, §5º, dispõe que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei."

O duplo grau de jurisdição se traduz em uma dupla garantia: é um direito fundamental, uma vez que autoriza o jurisdicionado, a critério de vontade, poder submeter a sentença que lhe foi desfavorável a outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior e; compreende a proibição de que o tribunal *ad quem* conheça além daquilo que foi discutido em primeiro grau, impedindo dessa forma que ocorra a supressão de instância.

Nesse sentido, para doutrina majoritária não há dúvidas de que o duplo grau de jurisdição integra o rol dos direitos fundamentais por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal e tem aplicação imediata nos termos do art. 5º, §1º da CRFB.

Não obstante, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 87.585/TO é no sentido de que, o CADH ingressou no sistema jurídico com status supralegal. Isso porque, a partir da EC 45/04, os tratados relativos aos direitos humanos aprovados em dois turnos, por pelo menos 3/5 dos votos, nas duas casas - Câmara dos Deputados e no Senado -, ingressam no ordenamento jurídico com força de emenda constitucional e como tal, passam a vigorar de imediato equiparados às normas constitucionais. Como a Convenção Americana dos Direitos Humanos não foi aprovada com o *quorum* especial, ela possui eficácia em território nacional como norma supralegal, ou seja, está acima das normas infraconstitucionais, porém, abaixo das normas constitucionais.

Ademais, recurso é direito da parte, decorre do direito de ação, tem seu fundamento na contingência humana, na falibilidade da cultura, da inteligência, da razão e da memória do homem, por mais culto, perspicaz e experiente que seja.³¹

Na acepção de Rangel³² e Tourinho Filho³³ o recurso é ainda uma necessidade psicológica, de levar a decisão a apreciação de pessoas mais experientes e de maior conhecimento jurídico, permitindo maior segurança jurídica e credibilidade social, longe do

³⁰ LOPES JR., op. cit., p. 958-963.

³¹ NUCCI, op. cit, p. 792.

³² RANGEL, op. cit., p. 955.

³³ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 404.

livre arbítrio que deixou marcas negativas na história.

Na acepção da Constituição de 1988 o homem é o centro de proteção do Estado, e o fundamento da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III).

Inegável a afronta à dignidade do jurisdicionado quando o Estado o diz culpado, mesmo havendo provas cabais de sua inocência, e ainda, o impede de provar que a afirmação do Judiciário está equivocada, porque o próprio Estado demorou para julgá-lo e agora reconhece a prescrição.

Camargo Aranha³⁴, já na década de 80 afirmava que se alguém foi condenado em primeiro grau e merece ser absolvido porque inocente, é óbvio que, por imperativo do *status dignitatis* atingido, deve ser declarado inocente por decisão, para se evitar que no futuro receba malévolas interpretações como a de que escapou pela porta estreita da prescrição quando poderia sair pela via larga da absolvição.

Uma vez que a jurisprudência reconhece que há interesse em modificar o fundamento da absolvição quando a decisão puder ter reflexos patrimoniais, não pode contrariando sua própria linha de entendimento deixar de reconhecer a existência do interesse recursal por reflexos de maior importância, como o *status dignitatis*, que é norma que se sobrepõe até mesmo a soberania do Estado.

Igualmente importante observar que o mesmo argumento de natureza patrimonial usado nos casos de absolvição pode ser aplicado na extinção da punibilidade, isso porque o artigo 67, II, CPP, autoriza a propositura da ação civil quando a sentença penal julgar extinta a punibilidade, portanto conferindo a sentença penal efeitos na esfera cível.

O Supremo Tribunal Federal vem sinalizando sensível modificação de entendimento em seus julgados, prestigiando o interesse recursal da defesa em alcançar decisão que lhe seja mais favorável.

No julgamento da Ação Penal n. 465/DF, de relatoria da Min. Cármen Lúcia³⁵, publicado no informativo de jurisprudências de n. 743 de 2014, asseverou a ministra relatora que “se prevalecesse entendimento pela condenação, assentar-se-ia a prescrição da pretensão punitiva quanto à falsidade e à corrupção”. Por outro lado, destacou que “eventual sentença absolutória seria mais favorável do que o registro da prescrição”.

³⁴ DE CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T.. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 91.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AP 465. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+465%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+465%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bctwdll>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

No mesmo julgado destacou o Ministro Luiz Fux que seria mais condizente com a dignidade da pessoa humana conferir ao julgador a possibilidade de proferir sentença absolutória ao invés de declarar a prescrição.

Também no informativo de n. 722 de 2013, é possível observar a sinalização de entendimento no mesmo sentido ao julgar o RE 583.523/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes³⁶, em que foi acolhida questão de ordem no sentido de superar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, ao argumento de que eventual declaração de incompatibilidade do preceito legal implicaria atipicidade da conduta, cujas consequências seriam mais benéficas ao recorrente do que a extinção da punibilidade pela perda da pretensão punitiva do Estado.

CONCLUSÃO

O estudo doutrinário sobre o interesse recursal demonstra que há divergência de entendimento entre os autores processualistas penais quanto a essencialidade de se aferir a sucumbência na decisão que se pretende impugnar.

Entretanto, o conceito de sucumbência adotado por cada um deles apresenta parcela considerável de subjetividade, o que pode justificar a divergência de entendimento quanto a essencialidade da sucumbência para se reconhecer o interesse recursal.

Concordam, majoritariamente, os autores processualistas, que a absolvição é a melhor decisão para o condenado, entendendo que qualquer decisão que não entregue tudo que a parte pretendia constitui em si uma sucumbência apta a ensejar o interesse recursal.

Destoa da maioria o entendimento de Pacelli, que não admite o interesse recursal para modificar o fundamento da absolvição restringindo a aferição do interesse recursal ao âmbito das expectativas possíveis e realizáveis apenas no processo penal.

Os efeitos da condenação diante da extinção da punibilidade em razão da prescrição variam de acordo com suas espécies, sendo as prescrições intercorrente e retroativa as mais polêmicas. Isso porque, em ambas há o provimento jurisdicional e, embora a decisão não tenha

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 583.523/RS. Ministro Relator: Gilmar Mendes Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28583523%2E%2E+OU+583523%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z76ucoa>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

transitado em julgado para a defesa, a prescrição será desde já cauculada com base na pena em concreto.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm jurisprudência pacífica no sentido de que a decisão que extingue a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva afasta todos os efeitos decorrentes da condenação, o que afasta o interesse recursal. No entanto, já é possível identificar precedentes na Suprema Corte (Informativos 743 e 722) prestigiando o interesse recursal em detrimento da declaração da prescrição, o que pode sinalizar uma possível mudança de entendimento condizente com a dignidade da pessoa humana.

Os autores penalistas estudados afirmam que a despeito da jurisprudência dos Tribunais Superiores afirmar que a prescrição da pretensão punitiva afasta todos os efeitos, em verdade, permanecem os maus antecedentes.

Há que se ressaltar ainda, indiscutivelmente, que a prescrição da pretensão punitiva não afasta a responsabilidade patrimonial civil, efeito que somente seria afastado caso houvesse a sentença absolutória.

O interesse recursal do acusado que teve extinta a sua punibilidade em razão das prescrições, intercorrente ou retroativa, está evidenciado tanto pelo prejuízo material que a condenação pode lhe causar, uma vez que não impede a responsabilização na esfera cível, como também porque ainda hoje é possível localizar decisões nos Tribunais locais em que são considerados na dosimetria das penas, essas prescrições como maus antecedentes.

O interesse recursal está relacionado diretamente com valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o duplo grau obrigatório, contraditório e ampla defesa.

A prescrição é o instituto que impede o exercício da pretensão Estatal, em regra ela deveria favorecer o acusado, pois é uma punição aplicada ao Estado que não foi necessariamente diligente no tempo. Ocorre que na prescrição retroativa e na prescrição intercorrente ela impede o exercício do direito de defesa, afasta a possibilidade de analisar nulidades e o mérito dos recursos.

Aceitar a entrega da jurisdição declarando-se a prescrição retroativa ou a prescrição intercorrente em detrimento do julgamento de mérito que possa conduzir à absolvição é admitir a transferência do ônus da desídia do Estado ao jurisdicionado, é admitir ceifar o exercício do duplo grau de jurisdição, o direito ao recurso, à segurança jurídica, ao contraditório e a ampla defesa.

A solução pode ser dada pela jurisprudência, adequando a interpretação da norma à exegese constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 7 set 2016.

_____. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Decreto 679 de 6 de novembro de 1992. <Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 7 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC. 63.765-5. Relator Ministro: Francisco Resek. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=68824>>. Acesso em: 7 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 465. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+465%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+465%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bctwdll>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 763414/GO. Relator Ministro: JOEL ILAN PACIORNIK. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Interesse+recursal+prescri%E7%E3o+da+pretens%E3o+punitiva&b=ACOR&p=true&=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

DE CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T.. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

KELSEN *apud* GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2015

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TOURINHO FILHO, *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.