

NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO, A INOCÊNCIA E O INTERESSE DE RECORRER.

Luiz Antonio Câmara

Doutor e mestre em Direito Penal e Processual Penal pela UFPR. Advogado Criminal.

Guilherme Ramos Justus

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo CELC e pela EMAP. Advogado.

Resumo: A extinção da punibilidade pela prescrição no Direito brasileiro impede o imputado de recorrer da decisão judicial buscando a declaração da inocência. A jurisprudência unânime entende se encontrar ausente o *interesse recursal*. Tal posição se funda na pretensa identidade entre a decisão que extingue a punibilidade e aquela que absolve e, ainda, na inexistência de consequências *práticas* de decisão absolutória. Contudo, inexistente tal identidade entre as decisões de natureza diversa e o impedimento de apelar, fundado na economia processual, confronta princípios da Constituição e de tratados internacionais de direitos humanos.

1. Introdução.

Da sentença criminal condenatória decorre uma série de consequências, destacando-se, entre elas, a imposição de pena restritiva da liberdade. O ato decisório de mérito no processo cognitivo resolve especialmente questões relacionadas à existência do crime e da autoria.

Não são incomuns casos em que, após o proferimento da decisão condenatória, se constata a ocorrência da extinção da punibilidade pelo advento de prescrição retroativa. Com a declaração desta não há aplicação de penas principais ou acessórias em razão da perda para o Estado do Direito de punir.

Em tais casos os tribunais brasileiros sedimentaram posição no sentido de que, não derivando da decisão condenatória consequência *prática*, o condenado não tem interesse recursal. Se se interpõe recurso com o objetivo de buscar a absolvição não é ele admitido. Contra tal postura há pouca oposição em razão da consolidação da ideia de que a extinção da punibilidade afasta quaisquer efeitos negativos.

Entretanto, mesmo que nenhuma sanção sobreviva à extinção, alguns resultados não positivos da condenação emitida persistem indefinidamente.

Diante de tal panorama, certamente em razão de economia processual e sobrecarga de trabalho, os tribunais se omitem na discussão mais aprofundada acerca dos efeitos da condenação superada pela prescrição. Em regra, alguns efeitos, destacadamente extrapenais, não comparecem ao

debate doutrinário e, no âmbito jurisprudencial, são objeto de contínua e irrefletida repetição.

Na via eleita se examinam posições centenárias arraigadas na jurisprudência das cortes superiores e alguns questionamentos reclamam resposta: por qual razão o acusado que teve reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição não pode recorrer em busca da absolvição? É razoável que o Estado deixe de atender tal demanda fundado na inexistência de *interesse recursal*? A negativa importa em atentado a direitos individuais ou constitucionais de quem busca insistente e unicamente o atestado de inocência?

Sendo várias as causas de extinção da punibilidade contempladas no Código Penal e em leis esparsas, aqui será objeto de análise somente a prescrição da pretensão punitiva após emissão de sentença penal condenatória.

Exclui-se do exame a prescrição declarada anteriormente à sentença condenatória. Não se analisam, mais, outras causas de extinção da punibilidade, especialmente a morte do agente e as decorrentes da superveniência de *lex mitior*, encontráveis, por exemplo, na recente Lei 13.254/16 (Lei de Repatriação). Reconhece-se que o exame de tais causas extintivas é relevante. Entretanto, os limites da via eleita não o permitem.

A matéria constitutiva do presente trabalho expressa conflitos entre princípios que têm, em um dos lados, os *estruturais/infracostitucionais* do processo e, de outro, os *constitucionais*, contemplados em convenções internacio-

nais de direitos humanos e na Constituição da República. Confrontam-se o direito do acusado de obter uma sentença que reconheça a inexistência do crime ou que ele não o cometeu (ou seja, de que é inocente) e o interesse geral de não mais investigar crimes em relação aos quais o decurso do tempo fez cessar o alarme social e comumente torna difícil a produção probatória¹.

2. Causas de extinção da punibilidade, prescrição e interesse recursal.

As causas de extinção da punibilidade estão previstas no art. 107 CP². Entre elas avulta, na *praxis*, a prescrição, que pode, com rapidez, ser definida como a perda pelo Estado do direito de punir ligada ao decurso do tempo³.

O fundamento da prescrição, conforme CANTARERO BANDRÉS⁴, reside, por razões de prevenção geral e especial, na desnecessidade de pena após o transcurso de

1 Conforme decisão proferida pela Corte Constitucional da Itália, Sentença 275 de 23.05.1990.

2 Tal artigo sem a seguinte redação: “Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em “que a lei a admite; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei”.

3 A propósito, MANTOVANI, **Diritto Penale**. Pádua: CEDAM, 1992, p. 828.

4 CANTARERO BANDRÉS, Rocio. **Problemas penales e procesales del delito continuado**. Barcelona: PPU, 1990, p. 165.

um determinado tempo. Para PAGLIARO⁵, embora não sejam claros os fundamentos, o mais verossímil deles se encontra “na carência de interesse estatal à punição pela diminuta lembrança social do fato”.

Se para alguns autores, concerne especialmente à execução da pena⁶, a prescrição, conforme regulada no Direito brasileiro, tem duas espécies principais: da pretensão *punitiva* e da pretensão *executória*, ocorrendo aquela quando ainda não há trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dando-se esta após.

A princípio, a prescrição, especialmente a da pretensão punitiva, parece ser sempre favorável ao acusado, falando-se, inclusive, em *equivalência à absolvição*, pois afastaria todas as consequências de eventual condenação⁷.

5 PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale**. Milão: Giuffrè, 1996, p. 740.

6 Para STÉFANI, LEVASSEUR e BOULOC “a prescrição concerne essencialmente à *execução* da pena”. (**Droit Pénal Général**. Paris: Dalloz, 1994, p. 546).

7 A propósito, a seguinte passagem de voto do relator em acórdão do STJ: “Destarte, a extinção da punibilidade pela prescrição, em seus resultados, equivale a uma absolvição, pois impede qualquer tipo de registro relativo ao processo em que foi reconhecido o instituto e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, entre outras benesses, tais como o levantamento do sequestro, da hipoteca legal e do arresto sobre os bens do acusado e devolução integral da fiança prestada”. (STJ - Ag. Rg. Em Ag. REsp. 1.073.627 – PR – Rel. Min. Saldanha Palheiro. J. em 27.06.2017 - DJe de 01.08.2017).

Para as graníticas posições jurisprudenciais, extinta a punibilidade pela prescrição, inexistente razão para o réu não se mostrar altamente satisfeito com o resultado. Entretanto, nem sempre é assim: o imputado pode ter a absolvição como meta exclusiva a ser perseguida no processo e decisão diversa não somente o frustra como obsta ou limita o exercício de profissão, importando, ainda, na persistência de uma convicção pública e generalizada de condenação.

Não há como negar que a proibição de contraste da decisão condenatória a eterniza. A extinção da punibilidade pela prescrição, evidentemente, não é equivalente da absolvição.

A questão ganha em magnitude quando se constata que, no Brasil, o acusado não pode renunciar à prescrição, como ocorrente em outros países⁸.

Pelas posições consolidadas na jurisprudência brasileira o réu cujo anseio único é a absolvição, sendo condenado e havendo extinção da punibilidade, encontra entrave intransponível para a demonstração da inocência: o inconformismo, expresso no desejo de confronto da decisão de mérito em apelação (art. 593, inciso I, CPP) desaguará na inadmissão do recurso. A autoridade emissora da deci-

8 Assim, por exemplo, na Itália, em decisão emitida pela Corte Constitucional em 31.05.1990, nº 275, *apud* PAGLIARO, op. cit., p. 740. Sobre a mesma decisão da Corte peninsular FIANDACA-MUSCO afirmam que “numa perspectiva de valorização dos direitos humanos fundamentais juntamente com a necessidade de garantir o direito constitucional de defesa, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade do art. 157 do Código Penal Italiano na parte em que impedia a irrenunciabilidade da prescrição” (**Diritto Penale. Parte Generale**. Bolonha: Zanichelli, 1995, p. 742).

são extintiva da punibilidade o refutará em razão da ausência de *interesse recursal*.

Da decisão que não admite o recurso pela extinção da punibilidade cabe recurso em sentido estrito (art. 581, XV, CPP). Entretanto, a autoridade judicial não emitirá juízo de retratação e nem haverá alteração do quadro pelos tribunais de apelação (estaduais⁹ ou federais¹⁰).

O Superior Tribunal de Justiça também tem se mostrado firme na confirmação da inexistência do *interesse*¹¹ e

9 Segue-se, como exemplo, decisão do TJPR: “APELAÇÃO CRIME - HOMICÍDIO CULPOSO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - RECURSO DA DEFESA - PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO”. (TJPR. Ap. Crim 1619062-2. Rel. Des. Clayton Camargo. j. em 27.04.2017. DJe de 08.05.2017).

10 Em tal sentido, decisão do TRF-4: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. Reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não há falar em interesse recursal para postular a absolvição. Extinto o processo, afasta-se qualquer efeito penal negativo. Precedentes (STF, AP 530 ED)”. (TRF4. RSE 5006238-82.2016.4.04.7002. 7ªT. Rel. Des. Cláudia Cristina Cristofani. j. em 06.12.2016. DJe de 14.12.2016).

11 V. a seguinte e recente decisão, expressiva da postura sedimentada no STJ: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da APn 688/RO, pacificou o entendimento de que a extinção da punibilidade do agente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, anula os efeitos penais e extrapenais da condenação, afastando o interesse na interposição de recurso. 2. Agravo regimental não conhecido.” (STJ. AgRg no REsp 1517471. 6ªT. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. em 03.04.2018. DJe de 09.04.2018). Da mesma corte v. as seguintes decisões: EDcl no AREsp 1223253. 6ªT. Rel. Min.

a jurisprudência do STF¹² vai em idêntico sentido.

Há, entretanto, ainda no âmbito jurisprudencial, algumas manifestações de resistência: decisões colegiadas não unânimes com votos pelo conhecimento do mérito vêm coadjuvando as posturas majoritárias. A propósito no STJ, REsp 908.863-SP¹³ e Ação Penal

Maria Thereza de Assis Moura. j. em 20.03.2018, DJe de 27.03.2018; AgRg no AREsp 1073627. 6ªT. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. j. em 27.06.2017. DJe de 01.08.2017; APn 688/RO, Corte Especial. Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. em 21.11.2012, DJe de 04.04.2013; REsp 318.12, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 19.05.2005, DJ 01.08.2005.

12 Veja-se, do STF, a decisão seguinte: “EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. A jurisprudência dessa Corte é no sentido de que “consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, não mais se discutem as questões pertinentes ao fundo da controvérsia que se instaurou no âmbito do processo penal de conhecimento, eis que a ocorrência dessa típica questão preliminar de mérito impede que o órgão judiciário competente prossiga no exame da causa penal, por não mais subsistir o próprio objeto da *persecutio criminis in judicio*” (AI 795.670, Rel. Min. Celso de Mello). 2. Ainda nessa linha, vejam-se o AI 528.695 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, e, em sede de *habeas corpus*, o HC 115.098, Rel. Min. Luiz Fux. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (ARE 940489 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

13 Rel. Min. Og Fernandes, julgamento em 25.04.2011, sendo vencidos os Ministros Napoleão Maia Filho e Maria Thereza Moura. Do voto do primeiro retira-se o trecho seguinte: “Penso que a pessoa tem o direito de ser absolvida mesmo que tenha cessado, por qualquer razão, a possível execução de uma sentença condenatória contra si”. Do voto da segunda se retira a seguinte passagem: “Note-se que, na espécie encontra-se em jogo não apenas a inflicção de pena, mas cumpre destacar, também, o significativo impacto – mesmo que não formalizado – da manutenção da condenação lançada nas instâncias ordinárias, cujas peculiaridades não podem ser re-

688-RO¹⁴. Há, também, recentes declarações de votos no mesmo sentido, destacadamente quando da revisão da decisão condenatória puderem derivar efeitos extrapenais¹⁵. No STF o tema já compareceu como objeto de

vistas”. No seu voto afirma a Ministra Maria Thereza: “Assim, mesmo que a sentença condenatória, *in casu*, não tenha força para submeter o paciente a qualquer consequência penal, é ineludível que, nesta seara, as componentes que projetaram a esboçada responsabilidade penal restaram, com o acolhimento da preliminar de prescrição, inatacadas”.

14 V. a seguinte passagem do voto vencido do Min. Humberto Martins: “Nessas condições, tendo em conta os efeitos morais que uma tal declaração gera na vida do acusado, é de rigor reconhecer-se que a busca pela reforma da sentença que o declarou culpado pela prática de um crime configura interesse juridicamente tutelado. Adotar entendimento diverso significaria dizer que alguém condenado injustamente tem obrigatoriamente que se conformar com essa condenação, caso a pena aplicada, por ser pequena, enseje a prescrição retroativa.”

15 STJ - AgRg no Agravo em REsp N° 1.073.627 – PR, **trecho de voto do Min. Rogério Schietti**: “É de sublinhar-se que, naquelas situações nas quais se vislumbra a possibilidade de influência direta e decisiva da sentença absolutória na esfera cível (exemplo da absolvição com base no inc. I do art. 386, por força do art. 66, ambos do CPP), há nítido interesse recursal, mas, nas demais situações previstas naquele dispositivo, será maior o esforço do apelante para demonstrar seu interesse de recorrer. Embora uma decisão que diga ter sido o acusado absolvido porque não se reuniram provas suficientes para a condenação não impeça o exercício da *actio civilis ex delicto*, ou de ação trabalhista ou, ainda, não interfira no curso do processo administrativo, tanto quanto uma decisão que diga ter sido o réu absolvido por não haver prova de ter concorrido para a infração penal, não se pode negar que esse segundo fundamento é mais favorável ao acusado, que terá, provavelmente, argumentos mais sólidos para sair-se vitorioso na esfera extracriminal. No caso em exame, com muito mais razão há interesse da defesa no provimento absolutório, sob qualquer fundamento, uma vez que, antes de reconhecer a incidência de causa extintiva da punibilidade, o Juízo sentenciante havia condenado o réu pela prática do crime de falso testemunho.”

debate na Ação Penal n. 465¹⁶.

No núcleo da questão, como se constata, está a abrangência do conceito de *interesse recursal*. Cabe, nesse passo, defini-lo e ver seus fundamentos.

Conforme MANZINI¹⁷ uma coisa é o direito de recorrer *abstratamente* reconhecido em lei para um determinado sujeito e outra coisa é o direito que *concretamente* tem a parte. Para a efetiva aquisição do direito de impugnação reconhecido a uma parte, diz o autor peninsular, é necessário que ela tenha, em concreto, *interesse* de impugnar¹⁸. O *interesse* de recorrer é, portanto, condição para aquisição do direito subjetivo de recorrer, não sendo só condição de exercício do direito, porque este não surge se não existe dito interesse¹⁹.

O corifeu da escola técnico-jurídica refere ainda que o interesse deve ser *direto*, somente reconhecível quando há possibilidade de que a decisão cuja reforma se objetiva

16 Por ocasião do julgamento concluiu o Min. LUIZ FUX que a decisão absolutória seria mais favorável ao réu. Destaca-se do seu voto o trecho que segue: “Ora, num país em que a Constituição Federal da República tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a tutela da honra e da imagem das pessoas, é muito mais significativo, muito mais expressivo que se profira uma sentença absolutória. (AP 465, Rel.: Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. em 24/04/2014, DJe 30-10-2014).

17 MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayera Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954, vol. V, p. 27.

18 *Op. e p. cits.*

19 *Op. e p. cits.*

produza lesão de um direito subjetivo ou de outro interesse *jurídico* (não simplesmente *moral* ou *doutrinário*) de quem quer interpor o recurso, tendo em conta a eficácia atual e futura de dita decisão²⁰. Afirmar não ter o imputado nenhum legítimo interesse para impugnar, por exemplo, uma sentença por razões atinentes a outras partes ou que não o prejudiquem ou que seja vantajosa para ele, ainda que injusta²¹. Não haveria ainda interesse quando se tratasse de uma decisão gravosa para o imputado, ele se limitasse a requerer decisão equivalente ou mais gravosa em seus efeitos, nem quando os efeitos da decisão tenham sido afastados por outra decisão²². MORAES²³, referindo-se também aos recursos, afirma que “não se admite mais o processo como instrumento de vindita ou de caprichos acadêmicos”.

Para DE ROSA²⁴, juntamente com a legitimidade, o *interesse* é pressuposto de admissibilidade recursal. Segundo MAIER ambos atuam como limite à admissão e processamento das impugnações e têm em mira a economia de tempo e dinheiro, objetivando, mais, diminuir ou

20 *Op. e p. cit.*

21 MANZINI, *op. cit.*, pp. 37-38.

22 *Op. cit.*, p. 38.

23 MORAES, Maurício Z. **Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 161.

24 DE ROSA, Laura. **L'impugnabilità soggettiva nel processo penale: legittimazione e interesse ad impugnare**. In *Ius Itinere*, p. em 22.04.2017. <http://www.iusinitinere.it/impugnabilita-soggettiva-nel-processo-penale-legittimazione-interesse-ad-impugnare-2110>. Acesso em 20.07.2018.

afastar a sobrecarga de trabalho²⁵.

Sublinhe-se, de plano, ser razoável que, assim como na propositura de ações penais, estabeleçam-se limites para admissão e processamento dos recursos. As limitações expressas em requisitos (objetivos e subjetivos) são fundamentais para evitar abuso de direito das partes e gasto desnecessário de tempo e dinheiro pelo Estado.

A propósito, conforme LOPES JR²⁶, “o poder de impugnar não é genérico ou incontrolável, senão o reconhecimento de um poder relacionado a um efetivo interesse no controle da decisão judicial”.

Entretanto, na análise do direito de impugnar é necessário extremo cuidado, pois há casos em que ao invés de constituir abuso, o interesse do condenado é amparado por princípios constitucionais, o que transparece no desejo de ser absolvido, com apreciação do *meritum causae*. Como alertado por MAIER²⁷, as limitações (de economia e sobrecarga de trabalho) ao impedir que o condenado recorra da sentença condenatória podem se mostrar contrárias às garantias previstas em convenções internacionais e, também, na própria Constituição da República. E é justamente o que ocorre na situação sob análise o que demanda continuidade no exame do *interesse*.

25 MAIER, JULIO B.J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 728.

26 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 997.

27 MAIER, *op. e p. cits.*

No processo penal brasileiro o *interesse recursal* é um dos pressupostos subjetivos dos recursos²⁸, previsto no parágrafo único do art. 577, CPP²⁹. É ele, quase sempre, associado à *sucumbência*. Para GRECO FILHO³⁰ “a sucumbência deve ser conceituada como a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de uma decisão”. O mesmo autor trata de demonstrar a extensão do *interesse*, referenciando que ela não se resume ao prejuízo material e se “a decisão não atendeu à expectativa juridicamente possível, haverá sucumbência e, conseqüentemente, viabilidade de recorrer”³¹.

Conforme ANDREUCCI³² não é admissível o recurso da parte desinteressada na reforma ou “modificação da decisão, pois quem recorre certamente sofreu algum prejuízo, ou seja, deve ter sido vencido total ou parcialmente em uma decisão e quem não foi vencido não tem interesse jurídico para recorrer”.

28 V., por todos, REIS, Alexandre C.A e GONÇALVES, Victor E. R. **Processo Penal. Procedimentos, Nulidades e Recursos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120 e ss.

29 É o seguinte o teor do parágrafo: “Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

30 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

31 *Op. e p.. cits.*

32 ANDREUCCI, Ricardo A. **Curso Básico de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197.

LOPES JR³³ afirma como pressuposto subjetivo a existência de um gravame. Aproximando interesse recursal do interesse de agir como condição para o exercício da ação processual penal, refere dois binômios fundamentais para a delimitação do interesse recursal: interesse-*necessidade* e interesse-*utilidade*, sendo que o primeiro deve se expressar como meio necessário para o fim pretendido e o segundo como “utilidade prática ao recorrente”.

A propósito, parece que o interesse-*necessidade* é nítido nos casos de busca obstinada da absolvição: os recursos interpostos se expressam como único meio adequado para que o recorrente demonstre a inocência. O interesse *utilidade*, no entanto, não pode ser limitado pela possibilidade da obtenção de resultados *práticos*.

A respeito, destaque-se reflexão de PACELLI, no sentido de que “sucumbente é aquele cuja expectativa juridicamente relevante não tenha sido atendida na decisão judicial”³⁴.

Até o presente momento é possível concluir que parte da doutrina e a jurisprudência ligam o *interesse* a algum *resultado prático*. Este, não sendo visualizado em perspectiva, afasta aquele.

No entanto, considerando as referências doutrinárias fundadas no constitucionalismo recente, é razoável afirmar

33 *Op. cit.* p. 994.

34 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 959.

que se o imputado persegue exclusivamente a absolvição, é ela (sempre!) a sua única expectativa. Esta é frustrada no caso de não declaração da inocência. Isso, claro, é *juridicamente relevante*, sendo a parte altamente interessada na reforma da decisão. É evidente que quem persegue a inocência e não a obtém sofre perda, mesmo que não material. Decisão diversa da absolutória, desatende aos seus anseios, tornando-o *sucumbente*.

Os argumentos que fundam a inexistência de interesse recursal na situação em debate se sustentam, em regra, nas seguintes escoras: há *equivalência* entre extinção da punibilidade e absolvição, não havendo interesse *prático* em jogo. Na esteira de MANZINI atestam que não servem as vias recursais à discussão de interesse *moral*³⁵.

No, entanto, diferentemente do que se atesta reiteradamente, a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base na pena corporal fixada não equivale àquela que, apreciando o mérito, absolve o imputado. E isso pelo simples fato de que a segunda, após análise das provas, declara a inocência do acusado. A primeira, sabe-se, importa, especialmente quando há anterior emissão de condenação, na *manutenção* dessa mesma decisão, apenas ultrapassada pelo transcurso do tempo.

Sublinhe-se que nem mesmo o fato de o art. 397, IV, CPP, após a pontual reforma processual penal de 2008, contemplar a extinção da punibilidade entre os

35 MANZINI, *op. cit.*, p. 27.

casos de absolvição sumária, é capaz de deferir àquela a condição de decisão de mérito. Houve, com a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, inadequada equiparação que pode influenciar posicionamentos equivocados quanto às características de cada tipo de decisão. LOPES JR, a propósito, quando trata dos casos de absolvição sumária, refere taxativamente que “a sentença que reconhece a extinção da punibilidade é uma decisão declaratória; não é uma sentença definitiva e, muito menos, absolutória”³⁶.

Alerta o autor riograndense que há que se ter cuidado para não se deixar seduzir pela nomenclatura utilizada pelo legislador (*absolvição*). Ela “não tem o condão de alterar a natureza jurídica do ato”³⁷.

Portanto, tratando-se de atos decisórios de naturezas diversas, a decisão declaratória de extinção de punibilidade não é tão benéfica ao réu quanto a sentença absolutória. Efetivamente não há equiparação possível: a extintiva não ostenta, evidentemente, a mesma *extensão*. A absolvição é, inegavelmente, mais favorável e abrangente. E isso mesmo que se diga que há identidade entre as duas. Não há como negar que o reconhecimento da inocência faz coisa julgada quanto à realidade histórica, não se fundando no simples passar do tempo impositivo de sanção ao Estado, que fica impedido de punir. A prescrição é castigo imposto ao Es-

36 LOPES JR., *Op. cit.*, p. 733.

37 LOPES JR., *Op. e p. cits.*

tado inativo ou lerdo que não pode mais punir o réu. A respeito, lembre-se BITENCOURT³⁸ que vê a prescrição como uma espécie de punição imposta aos órgãos oficiais que atuam em desconformidade com os prazos legalmente fixados. Diz ele que “o Estado deve arcar com a sua inércia: é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não-observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu.

Afirme-se em complemento e utilizando a referência doutrinária por último transcrita, que o Estado deve também arcar com o transcurso do tempo que conduz, concomitantemente, à prescrição e ao impedimento de apelar.

Recorde-se, mais, que se a extinção da punibilidade pela prescrição, como reconhece expressamente a jurisprudência italiana³⁹, raramente pode ser atribuída ao imputado, pode sê-lo ao Estado que, por desídia ou ineficiência, não julga o mérito ou, apreciando-o, reconhece extinta a punibilidade. É inegável que esta se expressa como falha estatal na entrega da prestação jurisdicional.

É também infastável a conclusão no sentido de que, havendo emissão de decisão condenatória e posterior reconhecimento da prescrição, permanecerá indefinida-

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral volume 1: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 774.

39 Sentença 275 1990 da Corte Constitucional da Itália.

mente em desfavor do condenado a nódoa indicadora de que a inocência foi negada. Restará, perenemente, a constatação de que ele foi beneficiado pela lentidão dos órgãos de investigação ou de persecução penal que tardaram nas investigações preliminares ou nos processos criminais. Há, aí, clara ofensa à reputação do acusado “beneficiado” pela prescrição. A decisão que condena e extingue a punibilidade não afasta prejuízos sofridos pelo réu quando a infração judicialmente reconhecida afeta a honra objetiva e subjetiva. Há casos em que a reputação profissional do imputado é colocada em cheque com a condenação, ainda que a sanção seja afastada pela prescrição. Há outros em que a persistência da decisão condenatória causa prejuízos irreparáveis. Pense-se no caso de advogado que é acusado pela prática de lesões corporais numa briga de bar. Confronte-se tal situação com outra em que o mesmo profissional é acusado de apropriação indébita de haveres de cliente. É certo que na última situação é naturalmente mais intenso o desejo de absolvição. Negá-lo, após emissão de decisão condenatória com punibilidade extinta, é uma forma de manutenção da condenação.

A propósito, com a extinção da punibilidade pode persistir quadro de indefinição em relação aos antecedentes, como alerta SCHIETTI⁴⁰ atento para o fato de que “condenação que vem a ser ‘apagada’ pelo reconhecimento posterior da prescrição retroativa da pretensão punitiva não gera

40 SCHIETTI, Rogério. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

reincidência, mas, em uma interpretação menos liberal, pode ser utilizada para o reconhecimento dos ‘maus antecedentes’ do acusado em uma futura ação penal”.

Recorde-se, mais, que a prescrição não impede a sequência e sancionamentos em processos administrativos como quando, por exemplo, médico é acusado de homicídio culposo e se instaura contra ele investigação no órgão de classe.

Além disso, há também persistência da possibilidade de prejuízos de natureza *material*, pois a extinção da punibilidade, impedindo a reanálise de mérito, não afasta efeitos extrapenais, como a promoção de ações indenizatórias na via cível. Conforme lembrado por SCHIETTI “os danos poderão ser cobrados no cível, nas vias ordinárias, mas, se houvesse absolvição em fase do reconhecimento da inexistência material do fato ou pela presença de legítima defesa real, estaria fechada a porta para a *actio civilis ex delicto*.”

Mas, mesmo nas situações referenciadas nos dois últimos parágrafos, havendo nítido interesse *prático* em jogo, a jurisprudência não tem se mostrado permeável aos interesses do apenado “agraciado” com a prescrição.

Relembre-se, por fim, que se se encontram na doutrina e na jurisprudência alguns ensaios no sentido de reconhecer o *interesse de recorrer* quando o objetivo é afastar efeitos extrapenais da decisão, ainda assim, os Tribunais patinam quanto à confirmação da posição.

Prevalece, na verdade, posição que se contenta com o afastamento das consequências *penais* da extinção de punibilidade para negar o *interesse*.

3. A extinção da punibilidade e a declaração de inocência como objetivo exclusivo do condenado.

A extinção da punibilidade pela prescrição - especialmente a retroativa - decorre de omissão ou desídia estatal. Constatase que o resultado não desejado pelo condenado é decorrência exclusiva de falha de uma das funções estatais, considerando-se a unicidade do Poder estatal⁴¹. Como alertado pela Corte Constitucional da Itália e já referido, as causas que conduzem à prescrição raramente são atribuíveis ao imputado⁴². Mesmo que tal seja de fácil constatação, a falha estatal, contudo, é suportada pelo acusado. Este, segundo as cortes brasileiras, não tem direito de oposição ao resultado processual não desejado e para o qual não concorreu.

Realce-se ser inadmissível o repasse da responsabilidade pela prescrição àquele que para com ela não contribuiu. É paradoxal que a inércia do Estado, ex-

41 Cf. a propósito, LOEWENSTEIN, Karl. Tal autor afirma a unicidade do Poder estatal, diferenciadas apenas as funções básicas, essencialmente interligadas. Para o autor a separação constitui ilustração perfeita de um pensamento mecanicista. Mais adequado é, conforme ele, falar-se em três funções básicas: a decisão política fundamental, a execução dessa decisão e seu controle político. (**Teoria de la Constitución**, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983, pp. 54/57).

42 Corte Constitucional da Itália, Sentença 275/90.

pressa no reconhecimento da prescrição, possa funcionar como impeditivo do exercício do direito de apelar para ver atestada a inocência.

Ainda: quando ocorre a prescrição a falta (o *inagir* ou o *agir descuidado*) é atribuível ao Estado seja pelo atuar inadequado da função executiva (na investigação preliminar) ou da função judiciária (na fase processual).

Só parece possível reconhecer que o condenado não tem interesse de recorrer quando ele se porte de modo incompatível com o desejo exclusivo de absolvição. A falta de interesse se expressa, por exemplo, quando o acusado arrola grande número de testemunhas cujo encontro é difícil ou impossível, havendo transcurso do tempo e extinção da punibilidade. Ou, como já decidiu a jurisprudência, quando o próprio réu requer a extinção da punibilidade pela prescrição⁴³. Há, aí, evidente incompatibilidade entre a postura do réu e o *interesse de recorrer*.

Quando se tem em conta efeitos práticos que possam decorrer da reforma da sentença condenatória, há

43 Veja-se a decisão seguinte do TJPR: “APELAÇÃO CRIME. INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA (ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.605/98). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA CULPOSA, COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL, TENDO EM VISTA QUE O PRÓPRIO RÉU POSTULOU O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM ALEGAÇÕES FINAIS. RECURSO NÃO CONHECIDO. Falta interesse recursal de pleitear em grau recursal sua absolvição ao réu que postula a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição e é atendido na sentença.” (TJPR. Ap. Crim. 1412186-5. Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida j. em 25.02.2016. DJe de 29.03.2016).

alguns requisitos que podem ser antepostos à admissão do recurso. Contudo, a inadmissibilidade absoluta, tenham-se ou não em vista efeitos *concretos*, confronta direitos constitucionais e individuais do condenado expressos em princípios.

4. O não reconhecimento do interesse de apelar e ofensa aos princípios da dignidade humana e da ampla defesa.

FISCHER e SILVA, debatendo o tema, indagam se na proibição de recorrer expressa na *inexistência de interesse* “não há de se reconhecer inegável afronta à dignidade do réu, mormente se há provas para absolvê-lo?”⁴⁴ Respondem eles mesmos afirmando, ainda em forma de indagação: “pois, se o Estado o diz culpado de um crime e o réu não tem o direito de provar que a afirmação do Judiciário está equivocada, porque o próprio Estado demorou-se em julgá-lo e agora reconhece a prescrição, não haveria aí injustiça gritante a reclamar urgente mudança de posicionamento jurisprudencial?”⁴⁵.

A mudança de posicionamento jurisprudencial, infelizmente, ainda engatinha, como antes demonstrado.

Não há dúvidas de que a recusa em reconhecer o *interesse* recursal de réu condenado que teve extinta a punibilidade pela prescrição é atentatória à *dignidade humana*,

44 *Op. cit*

45 *Op. cit*

uma vez que efeitos extrapenais e outros extremamente negativos são solenemente ignorados pelos tribunais⁴⁶.

Destaca-se que a preferência *técnica* pela prescrição frente à reapreciação do mérito e eventual emissão de sentença absolutória evidencia contrariedade a princípio adotado pela Constituição de 1988 e consolidado em tratados de direitos humanos: o da *dignidade humana*.

Relembre-se, a propósito, o referencial de concretização de tal princípio expresso na *teoria do homem objeto* concebida por GUNTER DÜRIG. Para este e conforme a concepção kantiana, a dignidade humana pode ser considerada atingida sempre que o indivíduo for rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como *coisa*, ou seja, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos⁴⁷.

É certo que quando o indivíduo processado e condenado é impedido de recorrer buscando a absolvição não é tratado como sujeito de direitos. É claramente *coisificado*, tratado com *res*.

Ainda em relação aos princípios constitucionais, a manutenção de sentença condenatória, mesmo que oculta sob o manto da extinção da punibilidade, eviden-

46 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

47 Cf. SARLET, Ingo W. **As Dimensões da Dignidade Humana** in Revista Brasileira de Direito Constitucional –RBDC n. 09 –jan./jun. 2007, p. 380.

temente confronta o *devido processo* legal e seu consectário da *ampla defesa*. Nesse sentido, há interessante reflexão de FISCHER e SILVA, que atestam a violação principiológica, pois, sendo o acusado condenado no penoso processo⁴⁸, tendo, após, reconhecida a extinção da punibilidade, é impedido de apelar⁴⁹. Para os autores configura-se ofensa ao *duplo grau de jurisdição*. Este, com mais exatidão, deve ser considerado decorrência do direito de recorribilidade que compõe o princípio constitucional da *ampla defesa*.

48 “Uma decisão condenatória, independentemente da aplicação da sanção penal, já carrega valores negativos ao sentenciado, pois já conviveu com o “penoso” processo penal”. É que a decisão condenatória traz em si valores negativos que não se restringem à natureza penal da sanção. Outro valor negativo de igual importância está na ofensa à dignidade imposta pela condenação de réu que, inocente da acusação, se vê impedido de buscar o reconhecimento dessa inocência. **Com efeito, compreendemos que ofende expressivamente a dignidade do inocente a afirmação do Estado de que é culpado por determinado crime que não cometera.** À luz especialmente dos valores constitucionais, não nos parece haver razão legítima que impeça o indivíduo que foi condenado de ver revista a sentença, pelo só fato de ter havido extinção da punibilidade” **SILVA, Rudson Coutinho da & FISCHER, Douglas. Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade. Revista de Doutrina da 4ª Região.** Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html Acesso em: 30.07.18.

49 “Mais que isso, a fim de que o devido processo legal seja assegurado em sua plenitude, ao réu tem que ser garantido o direito a ver apreciadas pelo Judiciário as afirmações que oferecera no processo. Noutras palavras, tem verdadeiro direito subjetivo o réu que, negando a afirmação do autor, pretende ver reconhecida em juízo aquela que contrapôs aquela afirmação trazida pela acusação, Assim, nem sempre atende à justa expectativa do réu qualquer decisão judicial que o absolva da imputação ou reconheça que o ao Estado não mais é permitido julgá-lo” *Op. cit.*

PACELLI-FISCHER levantam, mais, questões relacionadas ao *devido processo legal*, uma vez que, na maioria dos casos, o lapso temporal necessário para o reconhecimento da prescrição é produto do inagir do Estado. Como consequência mais dura dessa demora no julgamento destaca-se a injustiça que um inocente sofre ao não ter sua tese avaliada em razão de morosidade a ele não atribuível⁵⁰.

Há, mais, como reconhecido na Itália, ofensa ao *direito de defesa* quando se impede o imputado de recorrer: a regulação do instituto da prescrição não pode deixar de considerar o caráter inviolável de tal direito, entendido como direito à *prestação jurisdicional* e, consequentemente, à *prova*⁵¹.

Em tais situações a ineficiência estatal é sempre suportada pela parte mais fraca da relação que opõe Estado e acusado: este é tolhido do direito de ver estampada a inocência.

Há, então, na proibição de recorrer evidente ofensa ao princípio constitucional da *dignidade humana* e aos direitos fundamentais ao *devido processo legal* e à *ampla defesa*. Objetivamente, vê-se o acusado sofrendo sanções extrapenais em decorrência de falta atribuível exclusivamente ao Estado. Pior que isso: aos olhos de todos o condenado **cometeu** crime cuja punição somente foi afastada pelo transcurso do tempo.

50 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1114-1116.

51 Corte Constitucional, Sentença 275/90.

Sublinhe-se, por fim, que na opção feita pelos tribunais há prevalência de princípio estrutural do processo (*economia processual*), infraconstitucional na contraposição com princípio constitucional magno (*dignidade humana*) e princípio regente de direitos fundamentais (*a ampla defesa*).

5. Referenciais para detecção do interesse de apelar frente à decisão que reconheceu a extinção da punibilidade.

O acusado tem, quase sempre, interesse de recorrer quando, sendo condenado, vê extinta a punibilidade. Somente pode se afastar o recurso quando próprio réu tiver requerido ou admitido expressamente a extinção. Ou quando esta puder ser atribuída exclusivamente a ele.

Entretanto, parece ser razoável que na busca de um giro jurisprudencial, se estabeleçam critérios para reconhecimento do interesse recursal. No palco tem lugar privilegiado o grau de contribuição do Estado (nas suas diversas funções) no atingimento do prazo necessário à prescrição. De outro lado, a contribuição do acusado com manobras protelatórias ou expressivas de deslealdade processual (por exemplo, mudar-se de endereço sem comunicar a autoridade, arrolar número exagerado de testemunhas, não comparecer a atos processuais para os quais for intimado, etc.) podem ser lidas como propiciadoras da prescrição e, assim, expressivas do desinteresse.

6. Conclusão.

Tem evidente interesse de recorrer o acusado que, condenado, viu extinta a punibilidade pelo advento da prescrição, haja ou não perspectiva de alteração de consequências *práticas*. Posições diversas atentam contra os princípios da *dignidade humana* e da *ampla defesa*.

A jurisprudência brasileira revela contrassenso quando o acusado, almejando exclusivamente a absolvição, vê-se surpreendido pelo decreto de extinção da punibilidade, sendo impedido de recorrer para ver atestada a inocência. Causa perplexidade que a proibição se funde na prescrição debitável somente à negligência do Estado.

A compatibilização entre o princípio infraconstitucional da *economia processual* e os princípios constitucionais da *dignidade humana* e da *ampla defesa* pode se dar com a redução das limitações impostas ao processamento de recurso de réus que, querendo ver-se absolvidos, foram condenados e tiveram extinta a punibilidade pela prescrição. É, de início, admissível um rol de requisitos que, preenchidos, reconheçam o *interesse*: a) emissão de sentença condenatória anteriormente à decretação da prescrição, b) inexistência de contribuição do acusado condenado para a ocorrência de prescrição, c) culpa exclusiva do Estado (nas suas diversas funções) para a ultrapassagem do prazo conducente à prescrição e d) manifestação contínua e inequívoca da vontade do réu de ver-se absolvido

Referências bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Curso Básico de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANTARERO BANDRÉS, Rocio. **Problemas penales e procesales del delito continuado**. Barcelona: PPU, 1990.

DE ROSA, Laura. **L'impugnabilità soggettiva nel processo penale: legittimazione e interesse ad impugnare**. In Ius Itinere, p. em 22.04.2017. <http://www.iusinitinere.it/impugnabilita-soggettiva-nel-processo-penale-legittimazione-interesse-ad-impugnare-2110>. Acesso em 20.07.2018.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. **Diritto Penale. Parte Generale**. Bolonha: Zanichelli, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.

MAIER, JULIO B.J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 728.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Pádua: CEDAM, 1992.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayera Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954, vol. V, p. 27.

MORAES, Maurício Z. **Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 161.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale**. Milão: Giuffrè, 1996.

REIS, Alexandre C.A e GONÇALVES, Victor E. R. **Processo Penal. Procedimentos, Nulidades e Recursos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo W. **As Dimensões da Dignidade Humana** in Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 –jan./jun. 2007.

SCHIETTI Rogério. **Garantias Processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rudson Coutinho da e FISCHER, Douglas. **Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html Acesso em: 30 junho de 2018.

STÉFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges e BOULOC, Bernard. **Droit Pénal Général**. Paris: Dalloz, 1994.