UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

PATRÍCIA MATOS CORRÊA

INTERESSE RECURSAL NO PROCESSO PENAL:

POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA APELAÇÃO DEFENSIVA COM PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA QUANDO DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Porto Alegre

2014

PATRÍCIA MATOS CORRÊA

INTERESSE RECURSAL NO PROCESSO PENAL:

POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA APELAÇÃO DEFENSIVA COM PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA QUANDO DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2014

PATRÍCIA MATOS CORRÊA

INTERESSE RECURSAL NO PROCESSO PENAL:

POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA APELAÇÃO DEFENSIVA COM PEDIDO ABSOLUTÓRIO QUANDO DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Aprovada em 18 de Dezembro de 2014.

Banca Examinadora:

_____

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

_____

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

_____

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Porto Alegre

2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família como um todo, pelo amor que recebo a cada dia. De forma individualizada, a meus pais, que sempre primaram pela minha educação, proporcionando todas ferramentas necessárias ao meu desenvolvimento intelectual e profissional, e a minhas irmãs, Priscila, porque estivemos juntas nesta jornada diariamente e, Cecília, pela paciência durante minha indisponibilidade social.

Agradeço também ao Gustavo, meu melhor amigo e companheiro de longa data, por ter me ajudado a manter a estabilidade psicológica durante este período de conclusão de curso, sempre compreensivo e otimista.

Por fim, aos professores e operadores do direito que dedicaram seu tempo para compartilhar os conhecimentos adquiridos, com que tive a oportunidade de aprender muito durante estes anos.

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar o interesse recursal sob a perspectiva do acusado em ver examinado o apelo interposto em face da sentença que julgou procedente a pretensão punitiva, não obstante tenha sido decretada a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição retroativa. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, com pesquisa exploratória e técnica procedimental bibliográfica. Concluiu-se que, sempre que o réu entender reunir condições de provar sua inocência, haverá um legítimo interesse recursal para ver examinado previamente o mérito de seu apelo e, somente se resultar rejeitada sua pretensão, é que se será declarada de modo definitivo a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

Palavras-chave: Prescrição retroativa. Pedido absolutório. Interesse recursal do acusado.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the interest from the perspective of the defendant to see examined his appeal lodged against the decision that upheld the punitive claim, nevertheless it has been decreed the extinguishment of the punishment due to the reconnaissance of the retroactive statute of limitations. For this, it was used the deductive method of approach with exploratory research and literature procedural technique. It follows that, whenever the defendant understands it’s possible to be proved his innocence, there will be a legitimate appeal interest to see examined the merits of his appeal and only if his claim is rejected it will be definitively declared the extinguishment of the punishment due to the retroactive statute of limitations.

Keywords: Statute of limitations. Request for acquittal. Defendant's.interest in appealing.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 7

2 PRESSUPOSTOS RECURSAIS NO PROCESSO PENAL.....9
2.1 Recursos e ações autônomas de impugnação 9
2.2 Classificação dos recursos.....10
2.3 Pressupostos recursais 11
2.3.1 Pressupostos objetivos 12
2.3.2 Pressupostos subjetivos.....13
2.4 O interesse recursal 14

3 INTERESSE RECURSAL NO CASO DE SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS.....18
3.1 Análise geral 18
3.2 Sentença absolutória.....19
3.3 *Actio civilis ex delicto* e sentença absolutória.....21
3.4 Interesse recursal na sentença absolutória.....27

4 INTERESSE RECURSAL NAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR PRESCRIÇÃO RETROATIVA 32
4.1 Conceito, fundamento e natureza jurídica da prescrição 32
4.2 Prescrição da pretensão punitiva 37
4.3 Sentença declaratória de prescrição retroativa 41
4.4 Efeitos penais e extrapenais da prescrição.....42
4.5 Interesse recursal na sentença que declara a prescrição retroativa 45

5 CONCLUSÃO.....50

REFERÊNCIAS.....53

1 INTRODUÇÃO

Os recursos são instrumentos processuais que, por imposição legal ou faculdade da parte interessada, permitem o reexame de uma decisão com a finalidade de modificá-la, confirmá-la ou, ainda, aprimorá-la. Sua importância para o pleno exercício da defesa é evidenciada pela existência de previsão constitucional (artigo 5º, LV), bem como pela garantia do duplo grau de jurisdição prevista implicitamente na Lei Maior e explicitamente no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário (art. 8º., n. 2, letra h).

Nestes termos, via de regra, toda pessoa submetida a processo criminal possui o direito de obter uma nova decisão sobre matéria de seu interesse. A lei, contudo, estabelece determinados condicionamentos a essa prerrogativa. Um deles receberá especial atenção, pois determinante no desenvolvimento deste estudo.

O aspecto central a ser aqui analisado consiste no interesse recursal, sob a perspectiva do acusado, em apelar de uma sentença aparentemente favorável. Mais especificamente, pretende-se examinar a possibilidade do conhecimento do mérito do apelo que busca a afirmação de inocência, mesmo quando já declarada a prescrição retroativa em função da pena imposta em primeiro grau.

Este assunto encontra relevância na medida em que contrapõe questão de ordem pública, que, em princípio impediria a continuidade da prestação jurisdicional, a garantias constitucionalmente asseguradas, concernentes ao duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, ampla defesa e dignidade do imputado.

Visando a uma abordagem sistemática sobre o tema, a presente monografia organiza-se em três partes. Primeiramente, será apresentado um exame introdutório acerca do interesse enquanto pressuposto recursal, partindo-se da distinção entre recursos e ações autônomas de impugnação e passando pela tradicional classificação dos recursos em ordinários e extraordinários. Também serão sucintamente tratados os pressupostos recursais objetivos e subjetivos de modo geral, para, na sequência, ser apresentada uma análise pormenorizada do interesse em si.

Na segunda parte, pretende-se apurar a presença desse interesse no caso de recursos em face de sentenças absolutórias. Neste viés, serão averiguadas as hipóteses em que o juiz está autorizado a emitir decreto de improcedência da pretensão punitiva estatal, relacionando-as com a *actio civilis ex delicto*. Encerrando o capítulo, será investigado se, mesmo quando absolvido o imputado, pode subsistir eventual interesse na reforma da decisão e em quais circunstâncias isso ocorre.

Por fim, a partir da prévia análise do conceito, fundamento e natureza jurídica da prescrição, será dado enforque à que se refere à pretensão punitiva, tanto em sua forma abstrata quanto concreta. A seguir, realizar-se-á breve abordagem da sentença que declara a prescrição retroativa para então estudar seus efeitos penais e extrapenais. Finalmente, e atingindo o objetivo do trabalho, será verificada a possibilidade de apreciação do mérito da apelação em face de condenação prescrita, examinando se há como conciliar a necessidade de conhecimento do recurso para atender a justa expectativa do réu, quando o *jus puniendi* se encontra extinto.

Esta monografia será desenvolvida a partir do método de abordagem dedutivo, com pesquisa exploratória e técnica procedimental bibliográfica, estudando-se as obras dos principais autores que tratam sobre o tema.

Já se adianta que, a ação civil *ex delicto* será examinada sem pretensão de esgotar o assunto, não se adentrando na questão da legitimidade para propor nem na eficácia da coisa julgada, embora esta última vá ser indiretamente abordada.

Do mesmo modo, a análise do interesse recursal diante de decisão extintiva de punibilidade se restringirá ao reconhecimento da prescrição retroativa, não se referindo às outras causas de extinção da punibilidade, nem às demais espécies de prescrição, pois a peculiaridade que se enfrenta é justamente a existência da sentença condenatória sem trânsito definitivo.

2 PRESSUPOSTOS RECURSAIS NO PROCESSO PENAL

Este capítulo destina-se a introduzir o tema do interesse recursal no processo penal. Para tanto, inicialmente será feita uma breve distinção entre os recursos e as ações autônomas de impugnação e apresentada uma classificação daqueles segundo preza a doutrina. Também serão abordados os pressupostos recursais em geral para, em seguida, ser apresentada uma análise mais detida do interesse em si.

2.1 RECURSOS E AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO

No sistema processual penal brasileiro, há previsão de dois tipos de instrumentos para alteração de decisões judiciais, quais sejam, recursos e ações autônomas de impugnação.

Fundados no princípio do duplo grau de jurisdição, os recursos encontram justificação em elementos jurídico-filosóficos e psicológicos. O fator jurídico-filosófico que inspira os recursos é a busca pelo acerto das decisões, o qual, levando-se em conta a falibilidade humana, tem mais chance de ser atingido com a possibilidade do reexame. A questão psicológica caracteriza-se pela irresignação humana, ao menos em um primeiro momento, em relação a uma situação desfavorável.

Optando por um conceito de maior amplitude, de modo a alcançar todos os institutos processuais dessa natureza, Vicente Greco Filho define que *"recurso é o pedido de nova decisão judicial, com alteração de decisão anterior, previsto em lei, dirigido, em regra, a outro órgão jurisdicional dentro do mesmo processo".*[1] Com isso, explica o autor que o recurso é sempre voluntário, depende de previsão legal e é dirigido, em geral, à instância distinta.

---

[1] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 328.

A reforma de uma decisão judicial também pode ser provocada pelas chamadas ações autônomas de impugnação, como a revisão criminal, o *habeas corpus*, o mandado de segurança contra ato jurisdicional e a reclamação aos tribunais.

Tanto os recursos quanto as ações autônomas de impugnação visam a uma nova apreciação do caso ou da situação processual, todavia, existem nítidas distinções entre eles.

O recurso sempre deve ser interposto antes do trânsito em julgado, inclusive obstando que este se concretize. De regra, ele é processado nos próprios autos e constitui um desdobramento da mesma ação, desenvolvendo uma nova etapa dentro da mesma relação jurídica. A ação autônoma, por sua vez, forma nova relação processual, tem rito de ação e, em geral, pode ser interposta a qualquer momento, inclusive após operado o trânsito em julgado.

A principal diferença, portanto, caracteriza-se pelo fato de que o recurso, ao contrário da ação autônoma de impugnação, não instaura uma nova relação processual, consistindo em mero prosseguimento da relação já existente[2]. É justamente por isso que os pressupostos e as condições de admissibilidade de cada um também acabam se afastando.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS

A classificação consagrada na doutrina processual é aquela que separa os recursos em dois grandes grupos: ordinários e extraordinários[3].

Grinover, Gomes Filho e Fernandes trazem três diferentes acepções no que se refere a esta classificação. A primeira delas é quanto ao objeto, ou seja, quanto ao direito que se visa proteger, pois, segundo os autores, os recursos ordinários

---

[2]GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

[3] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1159.

estariam voltados à proteção do direito subjetivo do recorrente, enquanto os recursos extraordinários buscariam proteger, em primeiro lugar, o direito objetivo. Nesse sentido, seriam extraordinários tanto o recurso extraordinário para o STF, quanto o especial, para o STJ, e todos os demais seriam ordinários[4].

Um segundo sentido destacado pelos referidos doutrinadores diz respeito às matérias passíveis de discussão, tendo em vista que, se por um lado os recursos ordinários admitem o debate de questões de fato e de direito, os extraordinários só comportam impugnações quanto à matéria de direito Por fim, ainda na sequência exposta, uma terceira interpretação possível seria relativa aos requisitos de admissibilidade, de acordo com a qual os recursos de admissibilidade geral seriam ordinários e aqueles sujeitos a regras estritas de cabimento seriam extraordinários[5].

Assim, alinhado a esta mesma concepção, pode-se dizer que os recursos extraordinários são aqueles que não visam ao reexame das questões de fato, mas tão somente a observar se a Constituição ou lei federal foram afrontadas[6], enquanto todos os demais são ordinários.

2.3 PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Apesar de não instaurarem uma nova relação processual, conforme já pontuado acima, os recursos sujeitam-se a determinados requisitos para sua admissão. A presença dos pressupostos é antecedente necessário ao exame do pedido veiculado no recurso, sendo comumente classificados pela doutrina com a divisão entre pressupostos objetivos e subjetivos, nos termos em que serão analisados a seguir.

---

[4] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 29.

[5] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 30.

[6] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 4*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 402.

2.3.1 PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

Os pressupostos objetivos de admissibilidade estão previstos em lei e consistem naqueles elementos que não se relacionam diretamente com uma particularidade específica do sujeito recorrente[7]. Conclui-se, então, que eles dizem respeito à regularidade formal da interposição, traduzindo-se em cabimento, adequação, tempestividade e inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.

Inaugurando os pressupostos objetivos, o cabimento nada mais é que a necessidade de a medida consignada estar prevista na lei, ou seja, deve haver, no ordenamento jurídico, previsão da possibilidade de se impugnar determinada decisão judicial[8]. Alinhado ao cabimento se posiciona a adequação. Esta preceitua que deve haver uma correspondência entre a previsão legal e a interposição, tendo em vista que, para cada decisão, o Código de Processo Penal prevê determinado recurso.

Cabe pontuar que o princípio da fungibilidade, à primeira vista, vem a relativizar sensivelmente o requisito da adequação, uma vez que admite o conhecimento de um recurso interposto equivocadamente, desde que não haja má-fé, nos termos do artigo 579 do Código Adjetivo Penal[9]. Contudo, impende destacar que o referido ditame ainda guarda sua relevância na medida em que a jurisprudência vem exigindo, além da inexistência de má-fé, que o recorrente não incorra em erro grosseiro e obedeça ao prazo do recurso correto[10].

A tempestividade diz respeito ao lapso temporal de que a parte dispõe para exercer a faculdade de recorrer. O prazo de cada espécie recursal está previsto na lei e sua contagem regula-se pelo artigo 798 do Código de Processo Penal.

---

[7] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 954.

[8] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. p. 947.

[9] Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

[10] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 743

À parte dos requisitos de admissibilidade previstos na legislação aplicável, existem casos que a lei veda expressamente o conhecimento do recurso, por isso se fala que a admissibilidade dos recursos sujeita-se, ainda, à inexistência de fatos impeditivos ou extintivos[11].

Em geral, estes decorrem da manifestação de vontade da parte, com fundamento no princípio da voluntariedade dos recursos. É o que ocorre quando há desistência ou renúncia, distinguindo-se uma da outra em relação ao momento em que se implementam, tendo em vista que a desistência se configura quando o réu, acompanhado de seu defensor, não mais deseja persistir no inconformismo, como consequência, o recurso cessará seu trâmite. A renúncia, a seu turno, ocorre quando, antes mesmo de ser apresentado, a parte manifesta o desejo de não recorrer da decisão da qual sucumbiu[12].

Do mesmo modo, a deserção pela ausência de recolhimento de custas e preparo também impede o conhecimento da irresignação, todavia esta só se aplica na ação penal privada. Por fim, a desistência pela fuga ou pelo não recolhimento obrigatório à prisão padecem de inconstitucionalidade, encontrando-se revogados[13].

2.3.2 PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

Ainda no campo do juízo de prelibação, necessária a observância dos pressupostos subjetivos, integrados pela legitimidade e interesse.

O requisito da legitimidade pressupõe que o recurso seja oferecido por aquele que é parte na relação processual, estando capacitado a fazê-lo, ou, quando a lei expressamente autorizar, por terceiros[14].

---

[11] OLIVEIRA, 2014, p. 955.

[12] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 880.

[13] OLIVEIRA, 2014, p. 956.

[14] NUCCI, 2013, p. 880.

Assim, a teor do artigo 577, *caput*, do Código de Processo Penal, admite-se que o recurso seja interposto pelo Ministério Público, pelo querelante, pelo réu pessoalmente, por seu procurador ou por seu defensor. Também possui legitimidade excepcional o assistente da acusação e da defesa, os sucessores do ofendido e terceiros de boa-fé.

A legitimidade recursal está intimamente ligada ao interesse, tendo em vista que, mais do que indicar aquele que detém a posição processual necessária para recorrer, também caracteriza-se por ser um pressuposto do próprio interesse em impugnar, porquanto, nas palavras de Zanoide de Moraes, "*não se pode conceber um interesse que não possua, antes, uma pessoa que o porte.*"[15]

Dito isso, e já adentrando no campo do interesse, tem-se que ele estará presente sempre que existir um gravame gerado pela decisão que se pretende impugnar. O gravame, a seu turno, consiste em uma diferença desfavorável e injustificada, na visão do recorrente, entre sua pretensão ou resistência e o que foi reconhecido e concedido na sentença[16].

2.4 O INTERESSE RECURSAL

Cerne do presente estudo, o interesse recursal é um tema bastante relevante no processo penal. Apenas para ilustrar essa afirmação, oportuno citar a doutrina de Eugênio Pacelli, na qual o autor, ao introduzir a teoria dos recursos, refere que, no âmbito da atividade jurisdicional, ela pode ser elaborada sob duas perspectivas: interesse do Estado no controle dos atos jurisdicionais e interesse dos jurisdicionados[17].

---

[15] ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 400.

[16] LOPES JR., 2012, p. 1195.

[17] OLIVEIRA, 2014, p. 931.

É certo que importa mais ao presente trabalho a segunda hipótese, na medida em que nesta a revisão das decisões direciona-se mais diretamente ao interesse das partes, vinculando-se ao princípio do devido processo legal e à ampla defesa.

O interesse em recorrer pode ser visto a partir de diversas perspectivas. A primeira delas advém do que se extrai da redação do parágrafo único do artigo 577 do Código de Processo Penal[18] e está atrelada à questão da sucumbência, termo que se atribui àquele cuja expectativa juridicamente relevante não tenha sido completamente atendida na decisão judicial. Corresponde, portanto, à existência de um gravame, conforme simplificadamente exposto no tópico acima.

Nessa mesma linha, Aury Lopes Jr. afirma que o interesse está vinculado ao prejuízo que o titular do poder de impugnar sofre no caso concreto. Considera o autor que:

> É o prejuízo a mola propulsora do interesse ao exercício do direito de recorrer. 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.[19]

Leciona Paulo Rangel que o interesse em recorrer estará presente sempre que "*a lesão ou ameaça ao direito que não foi reparada pela decisão somente poderá ser convalescida se houver novamente, intervenção do Estado-juiz, agora, em segundo grau de jurisdição"*[20]. E segue o autor dizendo:

> Assim, como é vedado às partes fazer justiça pelas próprias mãos, mister se faz o ingresso em juízo, visando à reparação dos prejuízos sofridos, ao menos em tese, perante o órgão jurisdicional competente para apreciar o recurso. Em verdade, verifica-se que o que se chama de interesse, é, na realidade, <u>necessidade</u> de se buscar, via jurisdicional, a reparação a uma lesão ou ameaça ao direito.[21] (sublinhado no original)

Diante disso, conclui Rangel que o interesse pode ser representado pelo binômio utilidade-necessidade, onde o primeiro elemento significa que o recurso é o meio mais prático de se conseguir uma situação jurídica mais confortável que a

---

[18] Art. 577. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

[19] LOPES JR., 2012, p. 1196.

[20] RANGEL, 2010, p. 941-942.

[21] RANGEL, 2010, p.942.

obtida na sentença, e o segundo se traduz no fato de que, sem a intervenção jurisdicional, não haverá melhora na situação do recorrente.

Zanoide de Moraes dedica um capítulo de sua obra para tratar do interesse de agir no processo penal para então analisar o interesse especificamente no âmbito recursal, considerando essencial tal estudo, já que a ciência processual está atualmente centrada numa postura instrumental[22]. Em seguida, destaca a autonomia do interesse recursal em relação ao primeiro e elabora uma escorreita análise crítica da aplicabilidade do trinômio utilidade-necessidade-adequação idealizado para o interesse de agir[23].

No âmbito recursal, a discussão sobre o interesse situa-se tradicionalmente, na doutrina brasileira, no campo do binômio *adequação* e *necessidade* ou *utilidade*[24].

No entanto, a adequação, apesar de manter uma relação próxima com o interesse, é uma categoria autônoma que, como se viu alhures na exposição dos pressupostos objetivos, está relacionada mais diretamente com o cabimento do recurso, porquanto pressupõe que o meio de impugnação utilizado deve ser apto a assegurar o benefício visado pelo recorrente.

Com isso, muitos autores atualmente já afastam a influência do critério da adequação no interesse recursal[25], dedicando-se ao exame do interesse impugnativo apenas sob a ótica do interesse-necessidade e interesse-utilidade.

Na dimensão da necessidade, figura a exigência de que se lance mão do recurso para o fim de atingir o resultado prático visado[26], atuando, assim, como limitador da atividade do recorrente sempre que de outra forma, processual ou não, o mesmo benefício possa ser atingido[27].

Na visão de Zanoide de Moraes, a necessidade é um critério a ser analisado em moldes negativos, explicando que *"para a constatação do critério da*

---

[22] MORAES, 2000, p. 73.

[23] MORAES, 2000, p. 178.

[24] LOPES JR., 2012, p. 1195.

[25] A título exemplificativo, seguem esta linha, Ada Pelegrini e colaboradores, Aury Lopes Jr. e Zanoide de Moraes, nas obras já referidas.

[26] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 70.

[27] MORAES, 2000, p. 193.

'necessidade' deverá o julgador perguntar se há algum fator que torne aquele recurso dispensável ou mais custoso, pois, caso contrário, sempre será considerado necessário"[28]. Segundo o autor, esse é o motivo pelo qual toda a doutrina que trata da matéria, após definir o interesse-necessidade, não aponta como poderá ser detectada sua presença, mas, ao contrário, indica algumas hipóteses em que tal critério não se verifica.

Sob o prisma da utilidade, o interesse recursal deve ser entendido como a possibilidade, por intermédio do direito de recorrer, de se conseguir situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela emergente da decisão recorrida[29].[30]

É nesses termos, que Aury Lopes Jr. defende que o interesse *ad impugnare* deve ser visto numa dimensão jurídica, "*[...] e não psíquica ou moral, por exemplo, de modo que o gravame situa-se na dimensão de prejuízo jurídico e não um prejuízo de qualquer outra natureza"*[31].

Por outro lado, defendem Grinover, Gomes Filho e Fernandes que, embora menos evidente, pode haver interesse quando a repercussão não tiver natureza jurídica, mas interferir diretamente na ordem social, quando *"marcantes os efeitos negativos da decisão na vida do agente, como em sua atividade política ou em sua atuação profissional"*[32].

Ainda, quanto ao interesse-utilidade, existe a exigência de que, na formulação de um conceito unitário do interesse em recorrer, seja tomada antes uma ótica prospectiva, no sentido de enfatizar a utilidade concebida como o proveito que a futura decisão seja capaz de propiciar ao recorrente, e não apenas na dimensão retrospectiva, ou seja, no contraste entre a situação da sentença e a expectativa das partes[33].

---

[28] MORAES, 2000, p. 194.

[29] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 70.

[30] A exigência de uma vantagem prática decorre da máxima de que o Judiciário não é órgão consultivo, não se permitindo que o processo seja utilizado para a solução de questões meramente acadêmicas. Diante disso, deve o recurso se dirigir contra o dispositivo da sentença, não apenas contra a fundamentação, salvo nos casos em que a motivação exerce importância prática.

[31] LOPES JR., 2012, p. 1195.

[32] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 107.

[33] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 71.

3 INTERESSE RECURSAL NO CASO DE SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS

Analisado o interesse recursal em linhas gerais, é o momento de adentrar no estudo do interesse impugnativo, sob a perspectiva do acusado, no caso de sentenças absolutórias.

A título introdutório, destaca-se que o réu da ação penal, busca, antes de tudo, defender sua liberdade em face da pretensão punitiva estatal, mas nada impede que também possa resguarda-se contra os possíveis efeitos extrapenais decorrentes desta, tendo em vista que, ao acusado, deve ser garantido defender-se de todas as pretensões da contraparte[34]. Assim, ainda que não seja considerado culpado, recebendo uma sentença aparentemente favorável, pode subsistir interesse em buscar uma situação mais vantajosa.

3.1 ANÁLISE GERAL

O interesse recursal em face de sentenças absolutórias é um tema amplamente debatido na doutrina e já vem sendo admitido, em determinados casos, pelos tribunais brasileiros.

Merecem destaque os apontamentos de Aury Lopes Jr. quando trata das hipóteses de conhecimento da apelação interposta em face de uma sentença absolutória:

> “(...) a apelação interposta pela defesa em face de uma sentença absolutória pode ser conhecida ou não, conforme se demonstre um interesse juridicamente tutelável ou não. Se o apelo tem por fundamento a pretensão de modificação da capitulação legal da

[34] MORAES, 2000, p. 358.

> sentença absolutória para inibir os efeitos de uma ação civil *ex delicti,* estamos diante de um interesse manifesto. É o caso de o réu ter sido absolvido com base no art. 386, inciso II (não haver prova da existência do fato), que não impede a ação civil *ex delicti*, quando toda a resistência (defesa) foi no sentido de sustentar estar provada a inexistência do fato (inciso I do art. 386). Logo, o eventual acolhimento do recurso conduzirá a uma nova decisão que diminui o prejuízo (gravame) causado pela sentença."[35]

Destes ensinamentos, extrai-se que existem, no nosso ordenamento, decisões absolutórias com efeitos mais benéficos que outras. É o que se pretende aprofundar a seguir.

3.2 SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

A sentença é a expressão de um juízo lógico, onde há a premissa maior (norma jurídica), a premissa menor (o fato) e a conclusão (regra jurídica), que é a subsunção do fato à lei. Assim, a função da sentença é declarar o direito preexistente, seja ele a favor ou contra a pretensão da parte[36].

Diz-se absolutória a sentença que nega procedência à pretensão punitiva da acusação. Todavia essa definição não é absoluta, porquanto nossa legislação não considera absolutória a sentença que julga extinta a punibilidade, nem arrola como condenatória aquela que impõe medida de segurança, esta última recebe a classificação pela doutrina de sentença absolutória imprópria[37].

As hipóteses em que o juiz está autorizado a absolver o acusado estão previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal. O referido dispositivo está assim redigido:

> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
>
> I - estar provada a inexistência do fato;
>
> II - não haver prova da existência do fato;

---

[35] LOPES JR., 2012, p. 1196.

[36] RANGEL, 2010, p. 590.

[37] TOURINHO FILHO, 2012, p. 368.

> III - não constituir o fato infração penal;
>
> IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
>
> V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
>
> VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
>
> VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Com efeito, entendendo ser infundada a acusação, poderá o juiz, com base em algum dos dispositivos supra citados, julgar improcedente a ação penal. Essa decisão tem caráter eminentemente declaratório, na medida em que nega, naquele caso concreto, o *jus puniendi* do Estado e, a partir dela, começam a ser produzidos diversos efeitos[38].

Alguns dos efeitos que decorrem da sentença como ato jurisdicional são a expedição de alvará de soltura (artigo 386 do CPP, parágrafo único, inciso I), a imposição de medida de segurança (artigo 386 do CPP, parágrafo único, inciso III) e a restituição da fiança prestada (artigo 337, do CPP). Contudo, para além desses efeitos, outros podem advir da sua condição de fato jurídico relevante[39].

Conforme ensinamento de Araken de Assis, existem três dispositivos do Código Adjetivo Penal que indicam as hipóteses em que a sentença penal absolutória adquire eficácia *ad extra*:

> (...) o art. 65 proclama, em alto e com som, a existência da 'coisa julgada no cível', quando a sentença penal reconhecer estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito; o art. 66 desimpede a propositura da ação reparatória se, absolvido o réu, a sentença penal 'categoricamente', não admitir a inexistência material do fato; e, por fim, o art. 67 aponta o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (inc. I), a decisão que julga extinta a punibilidade (inc. II) e a sentença que nega a condição de crime ao fato (inc. III) como situações inidôneas para obstar o desenvolvimento proveitoso da demanda reparatória.[40]

Do mesmo modo, o artigo 935 do Código Civil apresenta uma limitação à propositura da ação de reparação no âmbito civil, porquanto obsta a rediscussão da

---

[38] TOURINHO FILHO, 2012, p. 368.

[39] TOURINHO FILHO, 2012, p. 369

[40] ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99.

existência do fato e da autoria “quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”[41].

Adiante, prossegue o autor da obra Eficácia Civil da Sentença Penal, afirmando que, *“no processo penal, os porquês da absolvição exibem grande relevância”,* pois, segundo ele, o réu sempre preferirá ser absolvido por não existir o fato do que em face da inimputabilidade trazida por doença mental; e por não ter concorrido à infração penal, ao invés de insuficiência de provas[42].

De fato, a motivação da decisão absolutória e a indicação do inciso que está sendo aplicado no caso é de suma importância para se definir a repercussão civil da sentença.[43]

Na verdade, conforme aponta Zanoide de Moraes, o próprio polimorfismo normativo dos vários incisos do artigo 386 do CPP possui finalidade unicamente extrapenal, tendo em vista que, com qualquer fundamento absolutório, o efeito penal será sempre o mesmo (a improcedência da acusação). Assim, “*se no âmbito penal ele é indiferente, sua etiologia e teleologia têm razões logicamente extrapenais”*[44].

Nesse sentido, conclui-se que as partes devem ter acesso às razões de decidir do Estado, porquanto a motivação, além de ser um princípio constitucional, previsto no artigo 93, IX, da CF, exerce papel fundamental no juízo de conveniência das partes na escolha de recorrer ou não[45], inclusive quando se trata de sentença absolutória.

3.3 *ACTIO CIVILIS EX DELICTO* E SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

---

[41] Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

[42] ASSIS, 2000, p 101.

[43] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

[44] ZANOIDE, 2000, p. 361

[45] RANGEL, 2010, p. 591

Na compreensão da doutrina civilista, ato ilícito, *lato sensu*, pode ser denominado como toda ação humana contrária ao Direito[46] ou, ainda, como o ato praticado com infração do dever legal de não lesar a outrem"[47].

Segundo a definição encontrada no Código Civil, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente de ordem moral (artigo 186). Também nas hipóteses de abuso no exercício de um direito pelo seu titular, pode ficar caracterizada a prática de um ato ilícito (artigo 187).

Contudo, ressalva-se que nem toda conduta ilícita configura, necessariamente, ato ilícito, tendo em vista que essa qualificação só pode ser atingida se houver o conhecimento pelo agente da natureza ilícita do ato. Nesse sentido, Orlando Gomes conclui que *"é a antijuridicidade subjetiva que constitui ato ilícito"*[48].

Nada obstante, uma vez constatada a prática de ato ilícito, surge, como consequência, a obrigação de repará-lo, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil.

Avançando nesse raciocínio e relacionando com a matéria penal, Fernando Capez afirma que *"quando do ilícito penal resultarem prejuízos de ordem material ou moral para a vítima, seus herdeiros ou dependentes ou para terceiros, estará caracterizado o dever de indenizar."*[49]

Nessa linha, observa-se que um único fato, juridicamente relevante, pode consistir, ao mesmo tempo, ilícito penal, desencadeando a aplicação de uma sanção por parte do Estado, e civil, ensejando reparação do dano causado à vítima. Assim, conquanto haja independência entre a esfera civil e a penal, vez ou outra é possível encontrar um ponto de intersecção entre elas.

Leciona Eugênio Pacelli que:

> Nessas situações, quando a infração houver de atingir também o campo da responsabilidade civil, terá lugar a chamada ação civil *ex*

---

[46] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 437.

[47] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral.* 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 493.

[48] GOMES, 2008, p. 437-438.

[49] CAPEZ, 2012b, p. 211.

> *delito*, que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime.[50]

No atual sistema jurídico brasileiro, é inegável a transcendência dos efeitos da sentença penal na esfera civil. Inclusive, já não se discute essa potencialidade na sentença condenatória, visto que, no próprio Código de Processo Penal, está prevista a obrigatoriedade de fixação de valor mínimo para a reparação do dano (artigo 387) e, ainda, impõe o Estatuto Repressivo, como efeito genérico e automático da sentença, o dever de indenizar (artigo 91, I).

Acrescenta-se, ainda, que o artigo 63 do CPP assegura à vítima o direito de executar no juízo cível a sentença penal condenatória transitada em julgado, do que se depreende que, tendo a instância penal reconhecido a existência de um ato ilícito, desnecessária a rediscussão da questão na esfera civil, podendo-se apenas cogitar quanto à existência do dano e seu valor[51].

Com isso, conclui Fernando Capez que *"a condenação penal imutável faz coisa julgada também no cível, para efeito de reparação do dano* ex delict*, impedindo que o autor do fato renove nessa instância a discussão do que foi decidido no crime"*[52].

Seja no caso de ajuizamento de processo de execução ou de conhecimento (ressalvando-se que neste último somente caberá a discussão do *quantum debeatur*), em ambos se estará diante de uma ação civil fundada no delito, submetida em um ou outro caso à eficácia de decisões do juízo criminal. Em razão do que chama de uma subordinação temática da instância cível em relação à penal nesses casos, Pacelli defende que, no Brasil, adota-se o sistema da independência relativa ou mitigada entre as instâncias[53].

De fato, verifica-se que existem limites práticos à propositura ou desenvolvimento da demanda civil após a prolação da sentença penal transitada em julgado[54]. A sentença condenatória, como se viu, constitui título executivo (art. 475-N, II, do CPC), motivo pelo qual faltaria interesse à vítima em provocar a tutela jurisdicional para obter, ao final, resultado análogo àquele concedido pelo ato penal

---

[50] PACELLI, 2014, p. 183.
[51] CAPEZ, 2012b, p. 211.
[52] CAPEZ, 2012b, p. 211.
[53] PACELLI, 2014, p. 184.
[54] ASSIS, 2000, p. 67.

(art. 584, I, do CPC; art. 584, II, do CPC, c/c art. 63 do CPP). Por outro lado, absolutório o provimento, cumpre antes de tudo perquirir o fundamento da decisão[55].

Via de regra, a absolvição não obsta a demanda civil, conforme se extrai da redação do artigo 66 do CPP, no entanto, nesse mesmo dispositivo, está prevista a primeira exceção, que é o caso de a sentença houver reconhecido, categoricamente, a inexistência material do fato[56].

A sentença fundada na inexistência do fato, prevista no artigo 386, I, do CPP, inviabiliza a ação de indenização por uma questão lógica: o fato ilícito, que compõe a causa de pedir, simplesmente não existe. Nesse sentido, não há falar em responsabilidade penal e fica elidida também a responsabilidade civil, tendo em vista que, se a infração não ocorreu, não pode haver um dano decorrente dela[57]. Desse modo, a afirmação de sua inexistência produz coisa julgada na esfera cível para não permitir mais a discussão sobre o assunto, impedindo a prolação de decisões contrárias, que inclusive poderiam pôr em cheque a credibilidade do sistema.[58]

Situação diferente é a disposta no inciso II, que apenas declara a insuficiência de provas quanto à existência do fato. Não há, nessa hipótese, uma negação categórica de sua inexistência e o conjunto probatório, em que pese incapaz de ensejar uma condenação na esfera penal, onde incide, especificamente, os princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, pode ser satisfatório para subsidiar o pedido no processo civil[59].

Da mesma maneira, caso a sentença reconheça que o fato não configura infração penal (artigo 386, III, do CPP), não estará impedida a vítima de ajuizar a respectiva ação de indenização. Isso porque, além de expressa previsão legal (artigo 67, III, do CPP[60]), nem sempre há correspondência entre o ilícito civil e o penal, porquanto as esferas de proteção são distintas. Assim, *"fato não*

---

[55] TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980 p. 91-92 *apud* ASSIS, 2000, p. 67-68.

[56] Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

[57] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6ª Ed. Bahia: *Jus Podivm*, 2011. p. 222.

[58] LOPES JR., 2012, p. 441.

[59] LOPES JR., 2012, p. 441.

[60] Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

caracterizado como infração penal pode, perfeitamente, conter todos os elementos do suporte fático do ilícito civil"[61].

Quanto à absolvição com fundamento na negativa de autoria, prevista no artigo 386, IV, do CPP, esta possui conteúdo decisório que vincula a instância cível, porquanto tem como base um juízo de certeza de que o réu não concorreu para a infração penal e, portanto, não praticou o ato pelo qual se pretende a reparação. Oportuno destacar que não se poderá pretender os mesmos efeitos quando a absolvição for decretada com fulcro no artigo 386, V, do CPP, pois, nesses casos, não está sendo reconhecida a negativa de autoria, mas apenas a existência de dúvida quanto a ela[62].

Em sendo causa de absolvição a existência de circunstâncias que excluam o crime, isentem o réu de pena ou, ainda, haja fundada dúvida sobre sua existência (artigo 386, VI, do CPP), para saber quais seus efeitos extrapenais, deve-se conjugar com o artigo 65 do CPP, segundo o qual*, "faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".*

É de se ressaltar que *"a expressão faz coisa julgada no cível significa que não poderá ser novamente discutida, pois é imutável a decisão"*[63]. Por outro lado, apesar de verdadeira essa afirmação, ela comporta algumas exceções, tendo em vista que, mesmo nos casos de excludentes reais, a responsabilidade civil não estará afastada quando houver expressa previsão legal prevendo a recomposição do dano, como nos casos dos artigos 929 e 930 do Código Civil, combinados o artigo 188, I e II do mesmo diploma[64]. Também a aplicação do artigo 65 do CPP ficará limitada quando se tratar de legítima defesa e estado de necessidades putativos (art. 20, §1º, CP), porquanto inviável a extensão dos efeitos da coisa julgada[65].[66]

---

[61] ASSIS, 2000, p.104.

[62] PACELLI, 2014, 193.

[63] LOPES JR., 2012, p. 442.

[64] PACELLI, 2014, p. 191.

[65] PACELLI, 2014. p. 191.

[66] Nada obstante a existência de entendimento contrário, aceitando a aplicação da regra do artigo 65 do CPP nos casos de discriminante putativa, tendo em vista que teriam "recebido o mesmo

Por fim, se a absolvição se der com base no inciso VII do artigo 386 do CPP, *"nenhum impedimento existirá para a ação de indenização*", porquanto a questão reside na exigência de patamar mais elevado de provas no processo penal, em razão dos diferenciados *standards* de convencimentos adotados em relação ao processo civil, tendo em vista que neste vigora o modelo de constatação da "preponderância de provas", enquanto naquele exige-se a presença de "prova acima de toda dúvida razoável"[67].[68] Desse modo, *"a mesma prova reputada insuficiente para a condenação criminal pode ser mais do que suficiente para a condenação cível"*[69].

Assim, é possível concluir que a sentença absolutória impede, se houver negativa de autoria, afirmação da inexistência do fato ou aceitação de determinados excludentes de antijuridicidade, que a vítima recorra à via civil para pleitear a reparação do dano (arts. 65 e 66 do CPP e 935 do CC)[70], uma vez que a reabertura do debate dessas questões na esfera civil poderia ocasionar decisões contraditórias, o que a lei justamente buscou evitar[71].

Por outro lado, tratando-se de absolvição sumária, o desfecho será outro. Pacelli aponta que:

> Não se pode pensar em qualquer eficácia preclusiva ou quaisquer outros efeitos da coisa julgada na decisão criminal de absolvição sumária, tal como previsto no artigo 397, IV,CPP, relativamente à extinção da punibilidade do fato. Aqui não há rigorosamente, absolvição, mas apenas o reconhecimento da perda de interesse na intervenção penal, surgida a partir de critérios de exclusiva política criminal.
>
> Também as hipóteses de absolvição sumária fundadas em excludentes de ilicitude e de culpabilidade (art. 397, I e II, CPP) não terão os mesmos efeitos da absolvição definitiva baseada nos mesmos fundamentos (art.386, VI, CPP). Assim, nos parece em razão da ausência de qualquer instrução probatória que pudesse

---

tratamento dispensado às causas de justificação reais", perfilho-me ao entendimento de Aury e Pacelli que consideram inconveniente "pretender uma interpretação extensiva ou analógica em tema de tal magnitude".

[67] KNIJINIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

[68] Para uma leitura sobre os *standards* jurídicos existentes para o controle lógico da convicção judicial, recomenda-se também o texto de Danilo Knijnik em que o autor identifica o *standard* utilizado pelos Tribunais Superiores brasileiros (KNIJNIK, Danilo*. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, v. 353, 2001, p. 15-52).

[69] LOPES JR., 2012, p. 443.

[70] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 106.

[71] NUCCI, 2013, p. 254.

> preservar os interesses do ofendido na recomposição patrimonial do dano. A disposição do art. 65 do CPP tem como pressuposto exatamente a absolvição definitiva, preferida após regular instrução do processo, não podendo ser abarcada pela atual redação do art. 397, I e II, CPP[72].

Em sentido contrário, Aury considera que quando o réu for absolvido sumariamente tendo como fundamento a prática do fato com abrigo de causa de excludente de ilicitude, via de regra, *"estará impedida a pretensão indenizatória na esfera cível, como determina o art. 65 do CPP*", ressalvadas as duas exceções, do estado de necessidade agressivo e da legítima defesa real e *aberractio ictus*. Nas demais hipóteses, previstas nos incisos II, III e IV do artigo 397 do CPP, a vítima poderá buscar o valor correspondente aos danos sofridos por meio da ação indenizatória, tendo em vista o que dispõe o artigo 67, II e III do CPP.[73]

3.4 INTERESSE RECURSAL NA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

Do quanto exposto acima, reputa-se indiscutível a potencialidade da sentença penal absolutória de atingir o âmbito extrapenal da esfera jurídica do acusado em determinados casos. Já restou igualmente estabelecido que os interesses defendidos pelo acusado, no processo penal, não se restringem aos de ordem penal, podendo proteger também seus interesses civis.

Em vista disso, conquista espaço a discussão acerca do interesse do imputado em recorrer da sentença absolutória para alteração de seu fundamento, quando da reforma lhe possam advir reflexos civis, administrativos ou até mesmo de ordem moral ou social favoráveis[74]. E, conforme salienta Zanoide de Moraes, *"nossa legislação é farta em dispositivos a conferir efeitos mais benéficos a algumas decisões absolutórias em comparação com outras"*[75].

---

[72] PACELLI, 2014, p.193-194.

[73] LOPES JR., 2012, p. 443.

[74] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 106.

[75] MORAES, 2000, p. 359.

Ressalva-se, contudo, que ainda existem doutrinadores, como Greco Filho, que relutam em admitir tal possibilidade, argumentando que não caberia ao juiz penal definir a situação civil do acusado, tendo em vista que, conquanto possa remanescer determinadas questões em decorrência de uma sentença absolutória por falta de provas ou da extinção da punibilidade, elas fugiram à competência do juízo criminal[76].

No mesmo sentido, Pacelli defende que, o fato de existir a previsão de uma modalidade de sentença absolutória que afasta também a responsabilidade civil, não garante um direito subjetivo a semelhante provimento judicial, devendo o interesse recursal ser aferido *"no âmbito das expectativas possíveis e realizáveis no processo penal, abstraídas quaisquer outras ordens de considerações, mesmo que juridicamente relevantes, como é o caso da responsabilidade civil"*[77].

Em contrapartida, notável a lição de Rudson da Silva e Douglas Fischer:

> Se de um lado é verdadeira a assertiva de que no âmbito do processo penal estão em pauta discussões atinentes **primordialmente** ao âmbito criminal, não se pode deixar de consignar a relevância ímpar da possibilidade do debate dialético-processual nessa seara. É dizer: dada a decorrência dos princípios garantidores dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal, mister compreender que em nenhum outro procedimento se deverá dar primazia e espectro **tão amplo** ao princípio da ampla defesa e do contraditório como no processo penal. Significa, em nosso juízo, que, no processo penal, se discute não apenas se o réu deva ser absolvido ou condenado. É direito fundamental de réu que seja processado criminalmente ter a resposta estatal não apenas pelo prisma persecutório, mas também em face de todas as consequências que possam advir do processo penal, diretas ou indiretas.[78] (grifos no original)

Disso extrai-se que o processo penal, dado seus princípios garantidores, não pode ser visto apenas sob sua própria ótica, tendo em vista que o devido processo legal somente será plenamente assegurado quando garantido ao réu o direito de ver apreciadas pelo Judiciário todas afirmações juridicamente relevantes deduzidas no processo.

---

[76] GRECO FILHO, 2010, p. 335.

[77] PACELLI, 2014, p. 961.

[78] 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.

Nesse sentido, poderá o réu provocar o reexame da matéria já decidida sempre que eventual modificação da decisão lhe trouxer algum tipo de benefício, não estando este adstrito à repercussão na esfera criminal.

Dito isso, calha retomar a questão da sucumbência, enquanto norteadora do interesse impugnativo. Ensina Barbosa Moreira, numa análise bastante ampla, que *"é vencida a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, tudo que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito"*[79].

Resgata-se também o interesse na perspectiva do binômio interesse-utilidade e interesse-necessidade:

> O interesse é medido pela vantagem prática que a parte pode ter com o eventual provimento do recurso (interesse-utilidade, representado pela possibilidade de obtenção de situação mais vantajosa), bem como pela indispensabilidade de intervenção estatal (estado-juiz) para modificar o julgado recorrido (interesse-necessidade).[80]

Trazendo, agora, o interesse recursal para o âmbito específico dos casos de absolvição, conclui-se que o prejuízo reside na discrepância da consequência que alguns dispositivos geram em comparação a outros[81].

Segundo Silva e Fischer, o interesse recursal, nessas hipóteses, sempre estará ligado a uma razão extrapenal, na medida em que, da sentença absolutória, não advém nenhuma sanção penal. Ademais, especificam que essa razão extrapenal será sempre de natureza patrimonial ou funcional. Na primeira hipótese porque, dependendo dos fundamentos, a sentença criminal poderá excluir peremptoriamente a responsabilidade civil; na segunda, porque, alicerçada em certos fundamentos, a sentença absolutória poderá afastar a responsabilidade administrativa do servidor.[82]

Consoante analisado anteriormente, as situações em que a decisão proferida pelo juízo criminal terá repercussão na esfera civil estão previstas nos artigos 65 e 66 do CPP e 935 do CC, traduzindo-se na absolvição pela inexistência

---

[79] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 297 *apud* PACELLI, 2014, p. 960.

[80] TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 889-890.

[81] OLIVEIRA; Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. p. 1076.

[82] SILVA; FISCHER, 2009.

do fato, negativa de autoria e excludentes de ilicitude (artigos 386, I, IV e VI, do CPP).

Já a influência de sentença penal absolutória no âmbito administrativo pode ser observada, por exemplo, no Estatuto dos Servidores Públicos Civil da União. A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 132, VII, prevê que a pena de demissão não será aplicada se a ofensa física for perpetrada em legítima defesa própria ou de outrem (artigo 386, VI, do CPP). Também o artigo 126 afasta a responsabilidade administrativa do servidor no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (artigo 386, I e IV, do CPP).

Nessa linha, Grinover, Gomes Filho e Fernandes defendem que haverá interesse do acusado em intentar a alteração de uma absolvição fundada em insuficiência probatória quanto à autoria por outra que declare categoricamente que ele não concorreu para a infração penal, visando a impedir que o lesado busque a reparação do dano decorrente do delito. Do mesmo modo, poderá o funcionário público, demitido em razão de infração disciplinar que também constitui crime, pretender a reforma de uma sentença absolutória por insuficiência de prova para outra que reconheça a prática em legítima defesa, permitindo-lhe o reingresso no serviço público[83].

Acrescentam os autores mencionados acima que, para além dos casos em que se pretende ver afastada a possibilidade de instauração de uma ação reparatória *ex delicto*, em situações excepcionais, poderá ser reconhecido o interesse recursal mesmo quando os efeitos forem exclusivamente de ordem social, ou seja, sem repercussão de natureza jurídica, desde que sejam negativamente marcantes, advindo daí uma utilidade prática do recurso[84]. Essa última hipótese, no entanto, ainda não conta com ampla aceitação.

De qualquer modo, cumpre destacar que, independente do caráter civil ou administrativo da posição mais favorável que se pretende com a reforma da decisão, o interesse recursal nos casos de absolvição não é ilimitado, surgindo somente se implicar consequências reais e fáticas. É dizer, o interesse não pode significar apenas a possibilidade de permitir ao réu escolher o fundamento pelo qual ser

---

[83] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 106.

[84] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 107.

absolvido, pois, *“se o motivo pelo qual se pretende o decreto absolutório no âmbito recursal tiver os mesmos efeitos (práticos e jurídicos) daquele objeto da decisão objurgada, inviável se admitir a admissibilidade da irresignação”*[85].

Exemplificando, se a alegação defensiva for de insuficiência de prova da autoria delitiva (386, V, CPP), não haverá sucumbência na decisão judicial que reconhecer a insuficiência de prova da existência do fato (386, II, CPP).

Destarte, o interesse impugnativo deve sempre estar atrelado à verificação do critério da utilidade, que se manifestará quando for lícito ao recorrente esperar da decisão mais do que ela efetivamente reconheceu. Desse modo, só haverá um legítimo interesse recursal se e quando o ato representar, ao menos potencialmente, a possiblidade de trazer um benefício prático à sua esfera jurídica[86].

Por estar razões, conquanto não seja de interesse do Estado prosseguir com a prestação jurisdicional após a verificação da impossibilidade de ser aplicada a sansão punitiva, nem sempre a absolvição vai atender à justa expectativa do réu, de modo que, para que seja assegurada a integralidade do plexo de direitos que possui o acusado, poderá requerer a afirmação de que não cometera o crime (386, IV, do CPP), de que aquele fato não existira (386, I, do CPP) ou de que agira sob o pálio de certa excludente de ilicitude (386, VI, do CPP)[87].

---

[85] SILVA; FISCHER, 2009.

[86] MORAES, 2000, p. 366.

[87] SILVA; FISCHER, 2009.

4 INTERESSE RECURSAL NAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Neste capítulo, será desenvolvido o tema central do presente estudo: a análise do interesse recursal em caso de decisões declaratórias de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

Inicialmente realizar-se-á uma ambientação em relação ao instituto da prescrição, para em seguida ser dado enforque àquela que se refere à pretensão punitiva em concreto. Por fim, após destacar seus possíveis efeitos penais e extrapenais, será abordada a questão do interesse recursal em face destas decisões.

4.1 CONCEITO, FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

Considerando-se que a prescrição é uma das causas que extinguem a punibilidade, nada mais justo que introduzir a análise deste instituto iniciando-se com alguns apontamentos sobre a figura da punibilidade.

Com esse propósito, confira-se a notável abordagem de Fernando Capez sobre o assunto:

> O Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*). Tratando-se de manifestação de poder soberano, tal direito é exclusivo e indelegável. [...] Esse direito existe abstratamente, independente de vir a ser praticada a infração penal, e se impõe a todos indistintamente. [...] No momento em que um crime é praticado, esse direito abstrato e impessoal se concretiza e se volta especificamente contra a pessoa do delinquente. Nesse instante, de direito passa a pretensão. Pretensão é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio. O Estado passa a ter o interesse de submeter o direito de liberdade alheio daquele criminoso ao seu direito de punição. Surge uma relação jurídico-punitiva com o delinquente, pela qual o direito de punir sai do plano abstrato e se concretiza, voltando-se contra o autor da infração

> penal. Essa pretensão individual e concreta, na qual o direito abstrato se transformou, denomina-se punibilidade. Punibilidade é a possibilidade de efetivação concreta da pretensão punitiva.[88]

Dos ensinamentos acima, extrai-se que, com a prática de um delito, o direito punitivo estatal se concretiza, fazendo surgir a punibilidade, a qual consiste na possibilidade jurídica[89] de o Estado impor a sanção[90]. Conclui-se, então, que a punibilidade é uma consequência natural da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável levada a efeito pelo agente[91].

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli, acompanhados da quase totalidade da doutrina nacional[92], destacam que a punibilidade não constitui uma característica do delito, mas um resultado de sua existência. Defendendo essa posição, os referidos autores, a partir de dois possíveis significados do vocábulo "punibilidade", afirmam que, apesar de todo delito ser merecedor de pena, nem sempre será passível de aplicação de uma sanção, tendo em vista que *"a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede a sua atuação"*[93].

No entanto, embora toda prática de um crime teoricamente enseje o recebimento de uma sanção punitiva em retorno, eventualmente esta não será aplicada quando houver algum impedimento à sua imposição[94]. É o que ocorre nos casos em que se evidencia a existência de causas de extinção da punibilidade, as quais refletem uma renúncia por parte do Estado do exercício do direito de punir[95].

---

[88] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, *volume 1: parte geral*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 621-622.

[89] Embora se fale em "possibilidade", impõe-se ressalvar que não possui o Estado a faculdade de exercer ou não a aplicação e execução da lei penal, pois, uma vez constatada a prática de um fato típico, ilícito e culpável, ele tem sim um verdadeiro dever público de exercitar o poder de punir através de seus órgãos dotados de autoridade, desde que presentes, ainda, as condições objetivas de punibilidade, estabelecidas de acordo com as políticas criminais adotadas.

[90] ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*: *parte general*. Buenos Aires: Uteha, p. 531 *apud* MIRABETE; FABRINNI, 2009, p. 367 e JESUS, 2013, p. 721.

[91] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, *volume 1: parte geral*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2014. p. 711.

[92] A título exemplificativo, cita-se Mirabete, Damásio, Capez, Régis Prado, Miguel Reale Júnior.

[93] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, *volume 1: parte geral*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 638.

[94] ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 639.

[95] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, *volume 1: parte geral*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 666.

Sobre a prescrição como causa pessoal de extinção da punibilidade, Zaffaroni e Pierangeli assim se manifestam:

> Embora o mero decurso do tempo sobre a prática de um fato não seja motivo suficiente para que tudo se apague, considera-se, todavia, que em determinadas condições, o transcurso do tempo, sem que a pena seja executada, faz com que cesse a coerção penal, ou seja, o decurso do tempo leva o Estado a renunciar ao seu poder-dever de punir, do mesmo modo como se extingue a ação penal que não chega à sentença.[96]

De fato, costuma-se conceituar a prescrição como *"a perda do poder-dever de punir por parte do Estado, seu titular, em razão do decurso do tempo"*[97]. Esse instituto pode ser justificado a partir de diversas correntes, variando de acordo com o posicionamento de um ou outro autor em relação à teoria da pena. Assim, no magistério de Zaffaroni e Pierangel, evocando a lição de Figueiredo Dias, é possível dizer que a limitação temporal da persecução do fato ou da execução da sanção liga-se a *"exigências político-criminais claramente ancoradas na teoria das finalidades das sanções criminais e correspondentes, além do mais, à consciência jurídica da comunidade"*[98].

Dentre as várias teorias justificadoras da prescrição, Miguel Reale Júnior inicialmente destaca as teorias do esquecimento, da emenda, político-criminal, e da prova, explicando que, na primeira, o fato delituoso perde repercussão social com o decorrer do tempo, pois esvai-se a lembrança do delito, tornando-se a punição desnecessária e ineficaz para os fins de ressocializar o condenado ou impor-lhe retribuição. As teorias da emenda e político-criminal seriam sucedâneos da teoria do esquecimento, tendo em vista que as medidas especiais de prevenção exigidas após o crime perdem progressivamente o sentido e, não havendo a reincidência ao longo de tantos anos, tem-se por operada a pretendida ressocialização. Ademais, se por um lado a sociedade anseia por uma reafirmação do valor do bem violado pelo crime, esta mesma sociedade, percebe sua prescindibilidade após o decurso de longo período de tempo[99].

Quanto à teoria da prova, esta tem um caráter mais processual, porquanto leva em consideração que, com o passar do tempo, os vestígios da conduta

---

[96] ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 645.

[97] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 516.

[98] ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 645.

[99] REALE JÚNIOR, 2013, p. 517-518.

criminosa se dispersam e a produção de provas vai se tornando mais difícil, aumentando a incerteza quanto à demonstração da materialidade e autoria delitivas. No entanto, esta justificativa perde força no momento em que se estabelece a variação do prazo prescricional de acordo com a gravidade do delito[100].

O referido autor, entendendo adequadas as teorias para fundamentar a prescrição, em razão do não atendimento das finalidades da pena, acrescenta ainda o aspecto de punição do Estado pela inércia na atuação de seu poder-dever de punir, nos termos que seguem:

> Se o Estado tem este poder-dever, e cumpre atuar em defesa da sociedade para reafirmar o valor tutelado pela lei, mas afrontado pelo delito, e não o faz em determinado tempo, conforme a gravidade do crime praticado, falece-lhe a possibilidade de exercitar este poder, sendo penalizado pela inércia. É esta uma forma de impor ao Estado o rápido cumprimento do poder-dever de punir no interesse da sociedade, perdendo-o se não o ativar e o concretizar em determinado tempo.[101]

Essa última teoria apresentada é de extrema relevância e guarda relação direta com a *garantia do término da persecução penal em prazo razoável*[102], a qual decorre de expressa previsão constitucional (artigo 5º, LXXVIII[103]) e também do fato de ser o nosso país signatário da Convenção americana sobre direitos humanos (artigo 8º, 1[104]), apontando Cruz e Tucci que:

> O direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas pessoas jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm

---

[100] REALE JÚNIOR, 2013, p. 518.

[101] REALE JÚNIOR, 2013, p. 518.

[102] TUCCI, Rogério Lauria. *Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed. São Pauto: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

[103] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[104] Artigo 8º: 1.Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

> os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com estrita observância das normas de direito positivo.[105]

Encerrada a análise dos fundamentos da prescrição, cabe perquirir qual a sua natureza. Damásio de Jesus situa a questão do seguinte modo:

> Parte da doutrina entende que a prescrição é instituto de direito processual penal, uma vez que constitui obstáculo ao início ou prosseguimento da persecução criminal. Em face dela subsiste o direito de punir do Estado, não atingido pelo decurso do tempo.
>
> Em sentido diverso, alguns doutrinadores a consideram de caráter penal, de direito material, extinguindo o poder-dever de punir do Estado.
>
> Em posição intermediária, há o entendimento de que possui caráter misto, constituindo instituto ao mesmo tempo de direito penal e de direito processual penal.[106]

Nada obstante, a despeito de haver discussão doutrinária acerca de ter a prescrição caráter penal, processual ou misto, é majoritária a posição que a considera como de natureza de direito material, pois, embora conduza à extinção do processo, esta é mera consequência da perda do direito de punir[107]. Este, inclusive, é o entendimento adotado pelo autor antes citado, pois, segundo ele, "*esse é o sistema de nossa legislação, que inclui entre as causas extintivas da punibilidade, disciplinando-a em várias disposições do CP (arts. 107, IV, 1ª figura, e 108 a 118)"*[108].

Ao tomar conhecimento da prática de infração de ordem penal, possui o Estado a pretensão punitiva para buscar a aplicação da lei com a cominação das penalidades cabíveis, e, com o trânsito em julgado de sentença condenatória, este adquire o direito de executar a respectiva sanção Daí porque se diferenciar a prescrição da pretensão punitiva da prescrição da pretensão executória. A primeira divide-se, ainda, em abstrata, retroativa e intercorrente e será examinada a seguir.

---

[105] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1997, p. 67 *apud* TUCCI, 2009, p. 208.

[106] JESUS, Damásio. *Prescrição penal*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17-18.

[107] CAPEZ, 2012a, p. 622.

[108] JESUS, 2009, p. 18.

4.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A prática da infração penal faz surgir a pretensão punitiva. Todavia, não possui o Estado a possibilidade de exercer indefinidamente essa pretensão. A passagem do tempo sem o exercício desse direito acarreta a perda do poder-dever de punir referente à expectativa que tem poder judiciário de apreciar a lide e aplicar a respectiva sanção[109].

A prescrição da pretensão punitiva se verifica antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória, obstando a pretensão estatal de obter uma decisão definitiva e executável acerca do crime que imputa a alguém[110].

Nesses casos, o lapso temporal de que dispõe o Estado, via de regra, inicia na data da prática do crime e vai até a sentença final. No Código Penal brasileiro estão previstas duas maneiras de se computar a prescrição da pretensão punitiva: pela pena *in abstracto* e pela pena *in concreto*.

Ambas regulam-se pela quantidade de pena privativa de liberdade prevista para o delito, no entanto, a prescrição *in abstracto* leva em consideração a pena máxima cominada ao tipo, enquanto a prescrição *in concreto* é calculada com base na sanção aplicada na sentença, que tenha transitado em julgado para a acusação. A relação entre a reprimenda corporal e o prazo prescricional está estabelecida no artigo 109 do Estatuto Repressivo.

Em relação à primeira, diz-se abstrata porque, no momento que a prescrição começa a correr, não se sabe qual pena será fixada pelo juiz na sentença. Dessa forma, afirma Fernando Capez, *"o único jeito de calcular o prazo prescricional é pela maior pena possível que o juiz poderia fixar"*, isto é, deve o parâmetro aferidor do lapso temporal ter por base "a pior das hipóteses"[111].

No tocante à segunda, já há uma pena efetivamente fixada na sentença condenatória, de modo que, como o próprio nome sugere, o prazo prescricional deve

---

[109] JESUS, 2009, p. 24.

[110] ZAFFARONI; PERANGELI, 2011, p. 647.

[111] CAPEZ, 2012a, p. 627.

ser calculado com base nessa pena concreta, desde que não haja recurso da acusação visando ao aumento da sanção privativa de liberdade, pois, nesse caso, o critério de aferição da prescrição continuará sendo a pena máxima (*in abstracto*), a não ser que o recurso seja improvido (artigo 110, §1º, CP)[112], situação em que o tribunal deverá calcular a prescrição de acordo com a pena fixada na sentença (*in concreto*), como se o órgão acusatório nunca tivesse recorrido[113]. Atualmente, são duas as espécies de prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto: intercorrente e retroativa.

Fruto da construção jurisprudencial (Súmula nº 146 do STF), a prescrição retroativa recentemente sofreu algumas alterações e inclusive discute-se se teria sido extinta pela Lei nº 12.234/2010.

Tal debate é de extrema importância ao presente estudo, mas já se adianta que a posição aqui adota é pela sua aplicabilidade, o que, aliás, não poderia ser diferente, pois, se, de fato, tivesse a prescrição retroativa sido abolida, cairia por terra a necessidade de se elaborar um trabalho que tem como objetivo o estudo da existência de interesse recursal quando esta é decretada.

De qualquer maneira cabe situar a controvérsia. É que os dispositivos que disciplinam a prescrição retroativa (artigo 110, §§ 1º e 2º do CP) foram alterados pela Lei nº 12.234/2010. A redação do §1º foi acrescida em sua parte final, passando a viger da seguinte maneira:

> § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, *não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.*

Já o §2º, que dispunha *"a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa",* restou revogado.

---

[112] Em face do advento do nosso atual Código de Processo Penal, a partir de 1961, o STF passou a adotar entendimento no sentido de que, não havendo recurso da acusação, a pena concretizada na sentença não mais podia ser majorada, tendo em vista a redação do artigo 617 do CPP, bem como vedação da *reformatio in pejus*. Assim, fixou-se a Súmula 146, prevendo que "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação". Nestes termos, a reforma de 1984, alterando a redação do §1ª do artigo 110 do Código Penal, nada mais fez que dar conteúdo normativo a essa orientação jurisprudencial. Sobre o assunto, recomenda-se: JESUS, 2009, p. 122-129 e ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 654-655.

[113] CAPEZ, 2012a, p. 635.

À vista disso, em respeitosa análise e invocando razões como a vontade do legislador e a incoerência do sistema após a reforma, Damásio de Jesus sustenta que a Lei nº 12.234/2010 declarou a extinção integral da prescrição retroativa[114].

Defendendo sua permanência no sistema, Fernando Capez esclarece que, na verdade, apenas operou-se uma modificação que restringiu a incidência da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, permanecendo aplicável em relação demais marcos temporais[115]. Seguem esse mesmo entendimento Nucci, Rogério Greco e Zaffaroni e Pierangeli nas obras aqui citadas.

Por sua vez, Bitencourt questiona a constitucionalidade deste diploma legal, pois considera que ele afronta os princípios da proporcionalidade e da razoável duração do processo, tendo em vista que, com a nova regra, o lapso prescricional teria deixado de se relacionar com o fato delituoso de forma concreta, passando a ser pautado apenas pela pena abstratamente cominada, principalmente no período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia, que pode ser *"desarrazoadamente longo e, agora, sem ser considerado"*[116].

Independentemente da vontade manifestada no art. 1ª do instituto normativo em questão, fato é que, da maneira que ficou redigida a Lei nº 12.234/2010, o legislador acabou por eliminar apenas um dos casos da prescrição retroativa, não logrando excluí-la do cenário jurídico por inteiro.

Ademais, o próprio Damásio reconhece que, no atual estágio da Justiça Criminal brasileira, *"não seria conveniente extinguir a prescrição retroativa, pois constitui meio de punição da morosidade da entrega da prestação jurisdicional"*[117].

Estabelecidas estas premissas, é o momento de conceituar a prescrição retroativa. Para tanto, recorre-se o magistério de Nucci:

> É a prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada, sem recurso da acusação ou improvido este, levando-se em conta prazo anterior à própria sentença. Trata-se do cálculo prescricional

---

[114] JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume1: parte geral*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 780-787.

[115] CAPEZ, 2012a, p. 637

[116] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 817-831.

[117] JESUS, 2013, p. 782.

> que se faz da frente para trás, ou seja, proferida a sentença condenatória, com trânsito em julgado, a pena torna-se concreta. A partir daí o juiz deve verificar se o prazo prescricional não ocorreu entre a data do recebimento da denúncia e a sentença condenatória.[118]

Observa-se, assim, que a prescrição, nesses casos, é contada da sentença para trás, até o próximo marco interruptivo, que é o recebimento da denúncia. Ressalva-se que, apesar da mudança trazida pela Lei nº 12.234/2010, quando os fatos forem anteriores a ela, ainda deve ser calculada a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da exordial acusatória, porquanto mais benéfico ao acusado[119].

Quando não operada nem a prescrição da pena em abstrato nem a prescrição retroativa, poderá ainda incidir outra modalidade de prescrição da pena em concreto, qual seja, a prescrição intercorrente. Esta, a seu turno, é calcula da data da publicação da sentença condenatória para frente, pressupondo que tenha sido aplicada uma pena e ocorrido o trânsito em julgado para a acusação ou improvido seu recurso[120].

Por fim, válido mencionar que alguns doutrinadores, mesmo após a edição da Lei 12.234/2010, acenam para a possibilidade de reconhecimento antecipado da prescrição, tida como *virtual* ou em razão da *pena em perspectiva*. Segundo seus defensores, ela é calcula com base na provável pena concreta que será fixada pelo juiz em momento futuro, no caso de eventual condenação[121]. Seria aplicável nos casos que se constata que, ainda que a pretensão punitiva venha a ser julgada procedente, deverá fatalmente ser reconhecida a prescrição retroativa. A diferença é que haveria dispensa da existência de uma sentença condenatória, com isso, seu objetivo seria evitar a movimentação do aparato judicial desnecessariamente. Atualmente é rejeitada pelos Tribunais Superiores, inclusive tendo sido editada a Súmula nº 438 pelo STJ considerando inadmissível a extinção da punibilidade pela

---

[118] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 601.

[119] No direito penal, a regra é a irretroatividade da lei, tendo como fundamento a segurança jurídica, permitindo-se que ela retroaja somente quando for mais benigna ao acusado. Todavia, nesse caso não se opera a retroatividade justamente porque a lei anterior é que era mais favorável,

[120] GRECO, 2014, p. 740.

[121] CAPEZ, 2012a, p.638.

prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética diante de flagrante contradição à Constituição Federal[122].

4.3 SENTENÇA DECLARATÓRIA DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A sentença declaratória de extinção de punibilidade é classificada por Tourinho Filho como “decisão terminativa de mérito”[123]. Trata-se de uma decisão definitiva que encerra a relação processual, pois julga o mérito da demanda, todavia não de forma exauriente, tendo em vista que não condena nem absolve o acusado[124].

Leciona Fernando Capez que:

> O reconhecimento da prescrição impede o exame de mérito, uma vez que seus efeitos são tão amplos quanto os de uma sentença absolutória. Ademais, desaparecido o objeto do processo, este não encontra justificativa para existir por mais nenhum segundo.[125]

Sobre o momento em que pode haver o reconhecimento da extinção da punibilidade, o Código Adjetivo Penal estabelece que pode ocorrer em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento das partes (artigo 61).

No tocante à declaração da prescrição retroativa, todavia, ainda hoje há controvérsias. De um lado, parte da doutrina sustenta que, uma vez prolatada a sentença condenatória, o juízo de primeiro grau esgotou sua atividade jurisdicional, não podendo reconhecer que, ao tempo da condenação, na verdade, já não existia mais a pretensão punitiva do Estado[126].

Em posição antagônica, outros autores consideram que, havendo trânsito em julgado para a acusação e não podendo, portanto, elevar-se a pena, o próprio juiz de primeira instância deve decretá-la, uma vez que se trata de matéria de ordem pública. Ademais, ao declarar a extinção da punibilidade o juiz não está modificando

---

[122] JESUS, 2013, p. 786

[123] TOURINHO FILHO, 2012, p. 339-340.

[124] TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 715.

[125] CAPEZ, 2012a, p. 625.

[126] Essa é a posição adotada por Damásio, Mirabete, Zaffaroni/Pierangeli e Capez.

a sentença condenatória, mas apenas declarando uma situação jurídica já consumada que é a fluência do prazo prescricional retroativo[127]. Tal medida é a mais adotada na jurisprudência, tendo em vista que melhor se identifica com a necessidade de adoção de conceitos desapegados de exagerado formalismo, de forma a proporcionar maior agilidade e racionalização à prestação jurisdicional, principalmente quando trata da questão ligada à liberdade individual do cidadão[128].

4.4 EFEITOS PENAIS E EXTRAPENAIS DA PRESCRIÇÃO

As causas extintivas de punibilidade, quando implementadas antes do trânsito em julgado da sentença, via de regra, atingem o próprio *jus puniendi* estatal, não persistindo qualquer efeito do processo ou mesmo da sentença condenatória[129].

Diante deste cenário, oportuno elaborar um panorama de como a questão dos efeitos da prescrição da pretensão punitiva vem sendo tratada pela doutrina nacional.

Iniciando por Damásio, expõe o autor que:

> No regime da reforma penal de 1984, a prescrição retroativa extingue a pretensão punitiva, rescinde a sentença condenatória e exclui seus efeitos principais e secundários. Como se trata de forma de prescrição da pretensão punitiva, o decurso do prazo, incidindo em período anterior à publicação da sentença condenatória, extingue o poder-dever de punir do Estado. De forma que no momento em que o Juiz profere a decisão não há mais o *jus puniendi*. Assim, a aplicação da prescrição retroativa rescinde a sentença condenatória, que só tem valor em termos de fixação da quantidade da pena privativa de liberdade, não subsistindo em nenhum de seus efeitos principais e secundários.[130]

Para Zaffaroni e Pierangeli, o reconhecimento da prescrição, tendo em vista a amplitude dos efeitos que produz, obsta a análise do mérito da ação penal,

---

[127] Nesse sentido se pronunciam Nucci, Celso Delmanto, Luiz Flávio Gomes e Alberto Silva Franco.

[128] LOYOLA, Carlos Vitor Maranhão de. *Alguns aspectos da prescrição retroativa em direito penal.* Revista de informação legislativa, a. 28, n.112. p. 225-228.

[129] MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, *volume 1: parte geral*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 369.

[130] DAMÁSIO, 2009, p.155.

"extinguindo toda e qualquer consequência jurídica desfavorável ao acusado, que assume a condição de inocente para efeitos legais"[131].

Na mesma linha de entendimento, Mirabete se pronuncia:

> Julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, já não se pode discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isto porque tem ela amplos efeitos, eliminando toda a carta jurídica da sentença e extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquire o status de inocente, para todos os efeitos legais. Prepondera aliás, o interesse social, de ordem pública, sobre a pretensão de inocência expressa procurada pelo acusado.[132]

No capítulo destinado a tratar da ação civil *ex delicto*, Nucci faz as seguintes considerações acerca da decisão que extingue a punibilidade pela prescrição:

> Tratando-se da prescrição da pretensão punitiva, não possui efeito algum a eventual sentença condenatória, que já tenha sido prolatada. Assim, o reconhecimento da prescrição, cujo lapso completou-se antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afasta a formação de título executivo judicial.[133]

Capez, a seu turno, afirma que a prescrição da pretensão punitiva interrompe a persecução penal em juízo ou impede seu início; afasta todos os efeitos *"principais e secundário, penais e extrapenais, da condenação"*; e, ainda, obsta que a condenação conste na folha de antecedentes, exceto quando requisitada por juiz criminal[134].

Também Celso Delmanto esclarece que, com a prescrição retroativa, extingue-se a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime, de modo que *"não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência; o réu não responde pelas custas do processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só por via ordinária"*[135].

Por fim, na lição de Rogério Greco:

> A conclusão pela prescrição da pretensão punitiva terá repercussões importantíssimas tanto na esfera penal como na civil. O réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e não poderá ver maculado seus antecedentes penais, ou seja, será como se não

---

[131] ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 658.

[132] MIRABETE; FABBRINI, 2009, p.403.

[133] NUCCI, 2013, p. 249

[134] CAPEZ, 2012a, p. 624.

[135] DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 211.

> tivesse praticado a infração penal. Na esfera cível, a vítima não terá como executar o decreto condenatório, quando houver, visto que a prescrição da pretensão punitiva impede a formação de título judicial.[136]

De todo o exposto, exsurgem alguns elementos que merecem ser ponderados.

Primeiramente, no tocante às afirmações de que o réu “assume a condição de inocente para efeitos legais”, “como se não tivesse praticado a infração penal”, estas podem ser válidas apenas se consideradas num plano abstrato, teórico, pois, na prática, não há como se apagar a existência de um fato. Dessa forma, ainda que se pretenda excluir totalmente a repercussão jurídica daquela ação, podem subsistir efeitos de ordem civil, administrativa ou moral.

Do mesmo modo, a mera exclusão da condenação de sua folha de antecedentes apenas evita que o acusado, eventualmente, seja considerado reincidente em razão daquele delito, no entanto, a informação estará à disposição caso requerida por juiz criminal[137], o que, apesar de afrontar o princípio da presunção de inocência, poderá influenciar um juízo desfavorável a seu respeito.

Ademais, sobre a repercussão na área da responsabilidade civil, o artigo 67, II, do CPP estabelece que a decisão que julga extinta a punibilidade não impede a propositura da ação civil. Assim, a prescrição após a sentença condenatória, sem trânsito em julgado, afasta a formação de título executivo judicial, possibilitando que os danos sejam cobrados no cível, tendo em vista que a sentença penal prescrita não entrava nem traz vantagens à iniciativa reparatória do lesado[138]. Diante disso, deverá a culpa ser obrigatoriamente apreciada na ação civil, sob pena da sentença proferida ser *citra petita*, além de impedir que o Juízo *ad quem* se manifeste sobre a matéria[139].

---

[136] GRECO, 2014, p. 712.

[137] DAMÁSIO, 2009, p. 157.

[138] ASSIS, 2000, p. 194.

[139] OLDONI, Fabiano. *A prescrição da pretensão punitiva e a coisa julgada no cível*. Revista Bonijuris. Curitiba, v. 18, n. 508, março 2006. p. 16-17.

4.5 INTERESSE RECURSAL NA SENTENÇA QUE DECLARA A PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Exposto o instituto da prescrição, a partir de sua natureza e fundamentos, bem como realizado estudo acerca de seus efeitos, é o momento de analisar a possibilidade do conhecimento do mérito do apelo interposto em face de decisão condenatória atingida pela prescrição retroativa.

Em geral, concordam os autores, principalmente aqueles que já admitem o interesse recursal nos casos de alteração do dispositivo da sentença absolutória, que o pressuposto do interesse estaria presente justamente porque há uma decisão condenatória, o que traz, em si, valores *negativos* que não se restringem à natureza penal[140].

Nada obstante, verifica-se que o interesse recursal, nesses casos, enfrenta uma problemática diferente, tendo em vista a natureza e efeitos da decisão que extingue a punibilidade pelo implemento da prescrição.

Segundo o magistério doutrinário dos autores Grinover, Gomes Filho e Fernandes, *"o sistema brasileiro não prevê, como ocorre em outros ordenamentos, a possibilidade de o réu, cuja punibilidade foi declarada extinta, pretender sentença absolutória (art. 61 do CPP)"*[141].

Em estudo partindo da jurisprudência, Camargo Aranha concluiu que o entendimento majoritário[142] é no sentido de que*, "ocorrendo a prescrição da ação e sendo a mesma questão prejudicial, deve ser declarada em primeiro lugar, com o que é impossível o exame do merecimento"*. Em sua obra, acrescenta que, quase a totalidade dos julgados examinados tinham por base a lição de Frederico Marques,

---

[140] OLIVEIRA; FICHER, 2010. p. 1079.

[141] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 70.

[142] De fato, não dissente do entendimento acima, o tratamento que vem sendo dado à questão pelos tribunais brasileiros. São inúmeros os precedentes. Cita-se aqui, apenas para exemplificar, o seguinte arresto:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO. MÉRITO PREJUDICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EFEITOS. AUSÊNCIA. O reconhecimento da ocorrência da prescrição retroativa prejudica a análise do mérito da apelação interposta pela defesa. A prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva do estado e a sentença condenatória não produz efeitos principais ou secundários. A condenação imposta somente é considerada em relação à quantidade de pena que regula o prazo prescricional. Recurso Especial a que se nega provimento. (STJ, Recurso Especial nº 691.696-PE, 6ª Turma, unânime, julgado em 09.02.2006, publicado no DJ em 27.03.2006)

segundo a qual, ao ser decretada a prescrição, declara-se inexistente o *jus puniendi*, rompendo-se o vínculo processual e, portanto, deixa de existir por parte do acusado um legitimo interesse quanto ao exame do merecimento da condenação[143].

Tudo isso aponta para a conclusão de que, uma vez extinta a punibilidade, o Estado-juiz fica impedido de conhecer do objeto do processo. No entanto, cabe analisar se realmente, ocorrendo a prescrição, fica exaurida a possibilidade de o acusado discutir sua inocência na instância *ad quem*.

Neste cenário, mais uma vez é preciso recorrer aos critérios da necessidade e utilidade, enquanto verdadeiros aferidores da existência de um lídimo interesse recursal.

Segundo estes preceitos, o recurso – com a consequente movimentação da máquina judiciária - deve atuar como meio necessário para se alcançar o resultado esperado, que não poderia por outro meio, processual ou não, ser atingido. Ademais, do contraste entre a situação jurídica existente e a situação almejada, deve ser possível vislumbrar um benefício, ainda que hipotético, ao recorrente[144].

Na percepção de Grinover, Gomes Filho e Fernandes, se o réu é condenado e, logo após a sentença, se reconhece em seu favor causa extintiva da punibilidade, ele alcança, sem necessidade de apelar, vantagem prática idêntica à que poderia esperar do julgamento da apelação, aduzindo que, nessas circunstâncias, eventual recurso seria inadmissível por falta de interesse-necessidade[145].

Esse entendimento, todavia, não deve prosperar, pois evidente a necessidade de intervenção do Estado para que seja revertida a condenação primeva. Além disso, analisando-se pelo plano da utilidade, de maneira alguma a vantagem prática será a mesma nos dois casos, tendo em vista que, afora o reflexo social negativo, existem casos em que a sentença absolutória obsta a *actio civilis ex delicto*, diferentemente da sentença que decreta a prescrição, na qual o imputado sempre ficará sujeito ao pedido de recomposição dos danos.

Nesse sentido, Nucci, defendendo a possibilidade de ser apresentada apelação pelo réu em face de sentença absolutória para os fins de buscar a

---

[143] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. D*os recursos no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

[144] MORAES, 2000, p.188.

[145] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 70.

alteração da capitulação, afirma que, além da repercussão direta na ação civil para reparar o dano, é mais favorável constar na folha de antecedentes uma absolvição por exclusão da ilicitude que por insuficiência probatória, *pois "o reflexo social da decisão é diverso, o que torna justificável a pretensão daquele que deseja alterar o seu fundamento"*[146].

Ora, essas mesmas razões podem ser transplantas à análise do interesse recursal no caso da decisão que extingue a punibilidade pela prescrição, tendo em vista que é indiscutivelmente mais favorável a absolvição que a decretação da prescrição, pois a primeira afirma a inocência do réu, enquanto a segunda reflete a mera perda do Estado do poder de punir.

Não obstante, ressalta-se que a decisão que declara a incidência da prescrição retroativa pode tomar contornos ainda mais negativos, pois, embora seja vedada a inscrição da condenação prescrita na folha de antecedentes, tal *status* restará averbado quando solicitado pelo juízo criminal e, embora sejam poucos, "*há julgados que insistem em conferir efeitos penais prejudiciais (maus antecedentes) ao 'condenado/beneficiado' pelo reconhecimento da prescrição retroativa"*[147].

Outrossim, se por um lado a decretação da prescrição retira os efeitos penais da condenação, por outro, não isenta o acusado de responsabilidade extrapenal. Diante disso, Zanoide de Moraes expressa que:

> Se a sentença condenatória, com o advento daquela declaração extintiva, deixa de ser título executivo judicial, não deixa de ter em sua fundamentação uma declaração quanto à existência do crime e da culpa do imputado. E, com supedâneo no art. 64 combinado com o art. 67, II, ambos do Código de Processo Penal, poderá o ofendido intentar ação indenizatória em face daquele acusado. Assim, porque a extinção da punibilidade veio após o julgamento do mérito da causa, nada impede ao imputado recorrer, legitimamente, para que o tribunal *ad quem*, pondo ao seu lado aquela decisão extintiva de punibilidade, julgue o mérito da causa a fim de verificar se é caso de declarar sua absolvição ou manter o édito extintivo.[148]

Sob este mesmo viés, Camargo Aranha exterioriza seu ponto de vista:

> Ora, 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

[146] NUCCI, 2013, p. 904.

[147] MORAES, 2000, p.376.

[148] MORAES, 2000, p. 374-375.

> escapou pela porta estreita da prescrição quando poderia sair pela via larga da absolvição.
>
> Os efeitos secundários e os extrapenais, como exame de antecedentes em eventual e futuro processo, o exame da personalidade, a indenização civil, etc., também exigem o exame do mérito, pois podem atuar contra um inocente condenado em primeiro grau e que acabou não sendo absolvido porque desfeita a relação jurídica pela prescrição.
>
> Portanto a dignidade atingida pela condenação injusta e os efeitos secundários e extrapenais da condenação, a nosso ver, exigem o exame do merecimento do apelo se absolutória a solução, com a declaração de inocência, embora atingida a ação pela prescrição.[149]

De forma mais enfática, Agapito Machado defende que o juízo *ad quem* tem o dever de julgar a apelação para fins de primeiro verificar a possibilidade de absolvição e, só então, caso não provida, proceder-se à confirmação da extinção da punibilidade pela prescrição:

> Se o acusado, beneficiado pela prescrição retroativa, entender reunir condições de provar, primeiramente, sua inocência, esse exame prévio constitui um dever da segunda instancia. Do contrário, o emperramento do mecanismo judiciário, impedindo o julgamento da ação penal no prazo fixado pela lei, causaria prejuízo ao réu. E, só após esse minucioso e prévio exame e resultado daí não ser o acusado inocente, preceder-se-á à decretação da prescrição retroativa, se efetivamente ocorrida. Decidir de outra maneira, será violar ainda o art. XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que presume a sua inocência verbis:
>
> "1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".[150]

Com base nessas considerações, é possível constatar que o não conhecimento do recurso do réu que busca a absolvição constitui verdadeiro cerceamento do direito ao duplo grau de jurisdição, bem como, pode vir a se tornar um modo de consolidar, sem direito impugnativo, aquela sentença condenatória que propiciou a própria ocorrência da extinção da punibilidade.[151]

Desse modo, conclui-se que a prescrição retroativa não retira do imputado o interesse em recorrer da condenação que serviu de base para sua verificação, desde que haja pedido expresso pela absolvição de modo a caracterizar um possível

---

[149] ARANHA, 2010, p. 130.

[150] MACHADO, Agapito. *Extinção da punibilidade: prescrição do próprio direito de punir do estado, retroatividade, ocorrência e efeitos*. Revista Jurídica, v.38, n. 158, dez. 1990. p.139-149.

[151] MORAES, 2000, p. 375.

benefício. Também este interesse limita-se ao âmbito dos recursos ordinários, tendo em vista que, nos extraordinários, não se admite o exame da matéria de fato[152].

Ainda, em resposta àqueles que propagam a impossibilidade de se analisar o mérito do apelo por ser a prescrição uma questão prejudicial, de ordem pública, afirma-se que tal argumentação carece de coerência, pois não se pode conceber que a extinção da punibilidade possa obstar o conhecimento do mérito da ação se foi justamente por conhecer do mérito em desfavor do acusado (condenando-o) que o juiz declarou extinta a pretensão punitiva estatal[153].[154]

Outrossim, não é aceitável que prepondere o desinteresse estatal na *persecutio criminis* em decorrência de sua própria inércia sobre a pretensão de inocência procurada pelo acusado, pois o interesse recursal está relacionado diretamente a valores constitucionais, como a dignidade do acusado e o direito à ampla defesa[155].

Destarte, assim como fizeram os ilustres autores reproduzidos no desfecho deste trabalho, defende-se a existência de um legítimo interesse do acusado condenado em primeiro grau em, afastada a barreira preambular da prescrição, ver examinado o mérito do apelo e proclamada a absolvição de modo a proporcionar a defesa do *status dignitatis* e dos efeitos extrapenais da condenação.

---

[152] SILVA; FISCHER, 2009.

[153] MORAES, 2000, p. 376.

[154] Em se passando a aceitar amplamente o interesse recursal nessas hipóteses, uma maneira de conciliar o óbice da apreciação do mérito com a pretensão de inocência seria estabelecer, como regra geral, que primeiro se analise o merecimento da absolvição e, em caso de não acolhimento, declare-se de modo definitivo a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

[155] SILVA; FISCHER, 2009.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou a análise do interesse do acusado em recorrer da sentença condenatória cuja pena aplicada ensejou a decretação de extinção da punibilidade.

Na parte inicial da pesquisa, tratou-se da distinção entre os recursos e as ações autônomas de impugnação, bem como da classificação destes em ordinário e extraordinário. Em seguida, observou-se que, embora não instaurem uma nova relação processual, os recursos sujeitam-se a determinados requisitos para sua admissão.

Viu-se que a presença dos pressupostos é antecedente necessário ao exame do pedido veiculado no recurso, dividindo-se em objetivos, representados pelo cabimento, adequação, tempestividade e inexistência de fatos impeditivos ou extintivos, e subjetivos, consistentes em legitimidade e interesse.

A partir do disposto no artigo 577, parágrafo único, do CPP, aprofundou-se a questão do interesse, sob o viés da sucumbência, verificando-se que aquele se submete à existência de um gravame, o qual se caracteriza quando uma expectativa juridicamente relevante não tiver sido completamente atendida na decisão judicial. Ademais, afastando a adequação como aferidora do interesse impugnativo, tratou-se dele sob a ótica do interesse-necessidade e interesse-utilidade e destacou-se a importância do critério da utilidade ser visto em sua dimensão prospectiva, e não apenas de maneira retrospectiva.

Em seguida, adentrou-se no estudo do interesse recursal no caso de sentenças absolutórias, buscando-se investigar se, mesmo quando o acusado não for considerado culpado, recebendo uma sentença aparentemente favorável, pode subsistir interesse em buscar uma situação mais vantajosa.

Concluiu-se que embora o Estado não tenha interesse em prosseguir com a prestação jurisdicional após a verificação da impossibilidade de ser aplicada a sansão punitiva, nem sempre qualquer absolvição atende à justa expectativa do réu, de modo que terá lídimo interesse em requerer a afirmação de que não cometeu o crime (386, IV, do CPP), de que o fato não existiu (386, I, do CPP) ou de que agiu

amparado de causa excludente de ilicitude (386, VI, do CPP), tendo em vista as consequências extrapenais que estes dispositivos trazem.

Adentrando na parte final do trabalho, apresentou-se as características da prescrição, expondo-se que, em geral, ela é conceituada como a perda pelo Estado do seu poder-dever de punir em face do decurso do tempo, encontrando fundamento diversas teorias. Quanto à sua natureza, seguindo a parcela majoritária da doutrina, viu-se que a prescrição tem caráter de direito material, pois, embora conduza à extinção do processo, esta é mera consequência da perda do direito de punir.

Em relação às espécies de prescrição, foi dito que podem atingir a pretensão punitiva ou executória, dependendo do momento que se consubstanciam. Deu-se enfoque àquelas que ocorrem antes do trânsito em julgado definitivo de sentença condenatória, podendo ser aferidas pela pena em abstrato ou em concreto. Neste último caso leva-se em consideração a aplicada na sentença, classificando-se, ainda, em retroativa ou intercorrente.

O exame da prescrição da pretensão punitiva em concreto retroativa levantou o debate das alterações trazidas pela Lei nº 12.234/2010, expondo-se a posição de juristas que 1) afirmavam ter ocorrido a extinção integral desta espécie de prescrição, 2) defendiam a simples restrição de sua incidência entre a data do fato e o recebimento da denúncia e 3) questionavam a constitucionalidade da referida lei, optando-se por adotar o segundo entendimento, pois mais adequado ao atual panorama jurídico brasileiro e também ao desenvolvimento deste trabalho.

Vencido este impasse, foi a vez de se dedicar à sentença declaratória de extinção da punibilidade. Verificou-se que se trata de decisão definitiva que encerra a relação processual, pois julga o mérito da demanda, ainda que não de forma exauriente, e pode ser proferida a qualquer momento, inclusive de ofício (artigo 61 do CPP). Em seguida, colacionou-se o pronunciamento dos doutrinadores a respeito dos efeitos penais e extrapenais que decorrem da decretação da prescrição retroativa e procedeu-se a uma análise crítica dos elementos levantados.

Finalmente, depois de toda pesquisa desenvolvida em torno dos aspectos que se relacionam de alguma maneira com o assunto, chegou-se ao clímax do trabalho, o momento de aplicar o que foi aqui tratado para analisar-se o interesse impugnativo nos casos de extinção da punibilidade.

Num primeiro momento, ressaltou-se que, tomando-se o processo penal apenas sob uma ótica instrumental, poderia se afirmar que a declaração de reconhecimento da prescrição, por ser matéria de ordem pública e prejudicial de mérito, constituiria óbice ao exame dos fatos imputados ao denunciado pelo órgão julgador, pois já rompido o vínculo processual. Também seria possível argumentar que a extinção da punibilidade proporciona ao acusado a mesma vantagem prática que ele poderia esperar do julgamento da apelação, carecendo, portanto, de interesse.

Em contraposição, aduziu-se que seria inaceitável a preponderância do desinteresse estatal na *persecutio criminis* em decorrência de sua própria inércia sobre a pretensão de inocência buscada pelo acusado, tendo em vista que o interesse recursal relaciona-se diretamente a valores constitucionais, como a dignidade do acusado e o direito à ampla defesa.

Assim, em resposta ao primeiro levantamento, afirmou-se que não seria coerente conceber que a extinção da punibilidade possa impedir peremptoriamente o conhecimento do mérito da ação se foi justamente por conhecer do mérito em desfavor do acusado que o juiz o condenou e declarou extinta a pretensão punitiva estatal com base na pena aplicada. Ademais, analisando-se pelo plano da utilidade, constatou-se que, de maneira alguma, a vantagem prática seria a mesma nos dois casos, pois, além dos reflexos sociais negativos decorrentes do reconhecimento da prescrição, o imputado sempre ficaria sujeito ao pedido de recomposição dos danos, diferentemente da sentença absolutória, que pode obstar *actio civilis ex delicto* e conferir situação mais favorável também na seara administrativa.

Destarte, concluiu-se que, sempre que o réu entender reunir condições de provar sua inocência, haverá um legítimo interesse recursal para ver examinado previamente o mérito de seu apelo, pois só assim é que será assegurada a verdadeira defesa de seu *status dignitatis* e dos efeitos extrapenais da condenação.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*: *parte general*. Buenos Aires: Uteha.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. D*os recursos no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1.* 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro.* 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código de Processo Civil.* 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código de Processo Penal.* 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código Penal Brasileiro.* 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 01 dez. 2014.

_____. *Lei nº 8.112/90 - Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 01 dez. 2014.

_____. *Lei nº 12.234/2010.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm>. Acesso em 01 dez. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1997.

GOMES, Orlando*. Introdução ao direito civil.* 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte gera*l. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral.* 16ª Ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

JESUS, Damásio. *Direito penal, volume1: parte geral*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Prescrição penal*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KNIJINIK, Danilo*. A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., Aury*. Direito processual penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOYOLA, Carlos Vitor Maranhão de. *Alguns aspectos da prescrição retroativa em direito penal.* Revista de informação legislativa, ano 28 n. 112. p. 225-228.

MACHADO, Agapito. *Extinção da punibilidade: prescrição do próprio direito de punir do estado, retroatividade, ocorrência e efeitos*. Revista Jurídica, v.38, n. 158, dez. 1990. p.139-149.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, *volume 1: parte geral.* 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*.11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLDONI, Fabiano. *A prescrição da pretensão punitiva e a coisa julgada no cível*. Revista Bonijuris. Curitiba, v. 18, n. 508, março 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA; Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, *volume 1: parte geral*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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 01 dez. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 691.696/PE*. Rel. Ministro Paulo Medina Sexta Turma, julgado em 09.02.2006, publicado no DJ em 27.03.2006.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6ª Ed. Bahia: *Jus Podivm*, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed. São Pauto: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. 1: parte geral. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.