

4.6 TÉCNICA PROCESSUAL

4.6.1 Da preponderância apenas relativa da decisão extintiva da punibilidade sobre a que decreta a absolvição do réu



José Fernando Marreiros Sarabando

“delito” uma terceira figura, sendo que, para nós, tal vocábulo não passa de uma alternativa sinonimial para “crime”).

Uma conduta humana positiva (ação) ou negativa (omissão) somente será considerada violação punível da lei se revestir-se de tipicidade e ilicitude, e, quanto ao seu autor, de culpabilidade.

Concretizando-se para o Estado, pois, o direito de castigar, ou seja, de aplicar sanção ao infrator da lei penal (norma que tem por escopo a proteção de determinados bens jurídicos, mediante imposição de pena pessoal ao seu violador), de se concluir que esse fenômeno - chamado “punibilidade” - não é pressuposto, mas consequência da infração.

A punibilidade, ademais, desdobra-se em “pretensão punitiva” (direito do Estado de exigir do Poder Judiciário a aplicação, ao infrator, da pena prévia e legalmente cominada para a infração) e “pretensão executória” (direito do Estado de, exigindo do Poder Judiciário a execução da sentença penal condenatória, compelir o infrator ao cumprimento da sanção imposta em face da infração cometida).

O *jus puniendi* e o *jus punitiois* estatal, contudo, não são eternos nem inexpugnáveis, podendo ver-se obstados definitivamente mediante o advento de fatos ou atos jurídicos específicos, denominados “causas extintivas da punibilidade”, que, encontradas exemplificativamente no artigo 107 do Código Penal, têm por condão impedir o Estado de exercer aquele seu direito de sancionar os violadores, em pessoa, da norma jurídica de cunho penal.

Referidas causas, que podem ser gerais ou especiais (aplicáveis a quaisquer ou apenas a determinados crimes ou contravenções), comunicáveis ou incommunicáveis (extensíveis, ou não, aos co-autores e partícipes) e perenes ou temporárias (aplicáveis em qualquer época ou limitadamente a certos lapsos de tempo, como ocorre com a anistia), não fazem com que a conduta do agente deixe, só por si, de ser típica, antijurídica e culpável; todavia, extinta a punibilidade daquele comportamento,

torna-se insuscetível de sanção oficial o seu dono, subsistindo o crime ou a contravenção em todos os seus pressupostos.

Mister se faz a inclusão, a esta altura, da regra do artigo 108 do Código Penal, a título de imprescindível complemento:

[...]a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agraviação da pena resultante da conexão.

Quanto ao poder da extinção da punibilidade, é ponto pacífico que se trata de matéria de ordem pública, devendo o juiz, em qualquer fase do processo, declará-la de ofício, *ex vi* do dispositivo de número 61 do Código de Processo Penal.

Também é incontroverso que “a prescrição da pretensão punitiva sobrepõe-se a qualquer outra questão e precede ao mérito da própria ação penal”¹, isso porque, como é curial, tratando-se de extinção da punibilidade sob a forma *jus puniendi*, dá-se para o Estado a perda do direito de exigir do Judiciário a prestação jurisdicional, de sorte que fica obstaculizado o julgamento da própria lide, ou, em outras palavras, vê-se prejudicado o exame do mérito da causa.

Com efeito, não tendo ainda ocorrido o trânsito em julgado da decisão incriminatória, não há mesmo que se falar em *jus punitiois*, e, portanto, o que se tem até agora é o exercício, pelo Estado, de sua pretensão meramente punitiva, via da ação penal pública ou privada.

Ora, desaparecido o direito estatal de ver julgada a lide, tão somente há o juiz de declarar extinta a punibilidade, sustentando de pronto o ferimento do mérito², porquanto, tratando-se de matéria preliminar, impede a análise do merecimento da causa, ainda que eventualmente fosse a hipótese de absolvição do réu³.

O extinto Tribunal Federal de Recursos assim produziu, em sua Súmula, o Enunciado nº 241, *verbis*: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.”

Sobre ser ou não a decisão absolutória mais vantajosa para o acusado, oportuna a advertência de Celso Delmanto: “se, no final do processo, o juiz verificar provadas a inocência e a prescrição, deve reconhecer esta, por ser matéria de ordem pública, que suplanta até a absolvição”⁴.

É que, realmente, verificada a extinção da pretensão punitiva estatal, passa a falecer competência, ao magistrado, para avançar no conteúdo de sua prestação jurisdicional, visto que a partir de então deixa o Estado de ter legitimidade para exigir o

adimplemento do Judiciário à causa ajuizada. E pelo insuperável obstáculo da *ilegitimatio ad causam*, “declarada extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, desaparece o poder-dever de punir do Estado, não mais podendo ser proferida qualquer decisão, seja para condenar ou para absolver”⁵.

Malgrado o peso e a contundência de tais lições, digno de nota o abalizado posicionamento do magistrado paulista Chaves Camargo, do egrégio Tribunal de Alçada bandeirante, reproduzido e destacado pelo mestre Paulo José da Costa Júnior, ofertando uma posição intermediária para a questão:

Algumas decisões têm entendido que o reconhecimento da prescrição retroativa prejudica o exame do *meritum causae*. Outras proclamam que a prescrição retroativa não impede o exame do mérito: - atingida pela prescrição da pretensão punitiva, a pena se anula e desaparecem os seus efeitos, enquanto impossibilitada a execução pelo Estado da manifestação imposta na sentença.

O Estado na acusação exerce o poder de censurar a ação, estabelecendo o desvalor desta ação para o contexto social, reprovando-a através da acusação.

Assim, se, ao final, se determina que a inércia deste mesmo Estado anulou a sentença, nos seus efeitos, é justo que haja o reexame, da matéria, para, socialmente, recolocar-se o indivíduo no seu verdadeiro lugar dentro do contexto social. Caso haja a confirmação da reprimenda, determinará o Estado a ineficácia da pena, em virtude do decurso do tempo.

De qualquer forma, há necessidade de reexame da matéria, para atender-se o pedido do próprio condenado, que apelou para se ver absolvido e não para o mero reconhecimento dos efeitos da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena em concreto. (...)

O Estado deve possibilitar ao condenado a oportunidade de reexame de sua conduta para constatar-se o acerto ou não da acusação, muito embora, em termos materiais e processuais, o decurso do tempo tenha afastado a necessidade do cumprimento da pena, ou o motivo da persistência dos efeitos da condenação⁶.

Impressionante, com efeito, o alcance evidenciado por tais

sábias reflexões; não se olvidando da preponderância da questão preliminar envolvendo uma causa extintiva da punibilidade (no caso prescrição penal retroativa), ainda assim estaria o juiz obrigado a registrar, às expensas, o valor ou o desvalor da conduta imputada de infracional ante o contexto da sociedade, reprovando-a, aprovando-a ou, simplesmente, dando-a como indiferente para o conjunto social.

Exatamente como ocorreu no caso concreto trazido à baila, de se concluir por não só justa como recomendável tal atitude do julgador, mas apenas nas hipóteses de insistência do réu, via interposição de recurso, em ver decretada sua absolvição, porquanto a recalcitrância é dirigida, em casos que tais, exclusivamente à questão do elemento moral da conduta analisada, estando o acusado a perseguir, aliás provavelmente com razão, a declaração judicial de sua inocência no episódio *sub studio*.

Não há que se ignorar a importância pessoal e política, para o réu, de seu decreto de absolvição, o qual tem ele direito de perseguir, cuidando assim a Justiça de estabelecer, uma vez instada especificamente e por quem tem legitimidade para tanto, a real significação social do comportamento analisado.

Conclusão

A extinção da punibilidade do agente, uma vez detectada, seja em que fase for do processo, deve ser de pronto declarada pelo juiz, inclusive de ofício, porquanto seja matéria de ordem pública, e, em face da sua natureza de preliminar, impede a análise do mérito da causa, que fica prejudicado ainda que eventualmente fosse o caso de absolvição do réu por qualquer das hipóteses - incisos I a VI do artigo 386 do CPP.

Exceção única se faz, no entanto, em recurso do acusado visando exclusivamente à declaração de sua inocência, em que se fustiga decisão condenatória ou extintiva da punibilidade, deva o Judiciário aferir, como prestação de cunho eminentemente moral, o real significado da conduta imputada de infracional para o contexto da sociedade.

Notas:

¹ cf. Celso Delmanto, in Código Penal Comentado - RJ/Renovar - 4ª ed./1998 - p. 191

² RT 602/325, 652/312, JUTACRIMSP 19/105, 54/422, RTFR 124/195 etc.

³ RT 614/316, 646/299 etc.

⁴ opus cit., p. 194

⁵ in JTAERGS 93/22

⁶ in Comentários ao Código Penal reproduzindo trecho do voto vencido do Juiz Chaves Camargo, do TACRIM-SP AC 371.997/2 SP/Saraiva 1996 p. 329