



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Suspensão indefinida da prescrição pelo não-comparecimento do acusado

Daniel Alencar Brandão

Rio de Janeiro

2012

DANIEL ALENCAR BRANDÃO

Suspensão indefinida da prescrição pelo não-comparecimento do acusado

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Mônica Areal

Rio de Janeiro
2012

SUSPENSÃO INDEFINIDA DA PRESCRIÇÃO PELO NÃO-COMPARECIMENTO DO ACUSADO

Daniel Alencar Brandão

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.
Analista Judiciário da Justiça Federal.

Resumo: O presente artigo traz abordagem acerca da problemática atinente à aplicação da suspensão da prescrição em virtude do não-comparecimento do acusado e seu enfrentamento sob a ótica constitucional, principalmente no que tange ao direito fundamental de duração razoável do processo e posicionamentos dos tribunais superiores no tocante ao referido instituto.

Palavras-chave: Suspensão do Processo. Suspensão do Prazo Prescricional. Não-comparecimento. Duração razoável do processo. Segurança jurídica. Prescrição.

Sumário: Introdução. 1. Da suspensão indefinida da prescrição e os princípios constitucionais pertinentes. 1.1. Da citação do acusado. 1.2. Aspectos processuais atinentes à suspensão da prescrição. 2. Críticas à suspensão indefinida da prescrição. 3. Limitação da suspensão da prescrição. 4. Da violação à isonomia causada pela Lei n. 9.613/98. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa à abordagem do tema referente à reforma processual penal, especificamente com o advento da Lei n. 11.719/08, no que tange às consequências do fato de

o acusado citado por edital não comparecer pessoalmente ou representado por advogado constituído.

Para tal, enfatiza como premissa a reflexão sobre a necessidade da aplicação da pena, ante a adoção dos preceitos democráticos insculpidos na CRFB, tendo-se em vista que a pena a ser aplicada ao acusado, muitos anos após o fato, importa em dissociar o caráter ressocializador daquela, deslegitimando-a até por completo.

Diante deste quadro, urge a necessidade de encontrar-se a solução para tal problemática, buscando-se atentar para a necessidade de uma reforma legislativa no que tange ao disposto no art. 366 do CPP, tendo-se em vista que a previsão normativa em tela não soluciona a questão atinente à suspensão indefinida da prescrição do acusado ausente, após sua citação por edital, levando-se em consideração, inclusive, a jurisprudência conflitante a respeito do tema nos tribunais superiores.

Ressalte-se que a Constituição da República de 1988 prevê a segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB/88), bem como os princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88), devido processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88).

Assim, importante se mostra aplicar a correta interpretação dos dispositivos constitucionais em pauta, com o fito de obter-se uma solução com esteio constitucional apropriada, tendo-se em vista os princípios constitucionais basilares supracitados.

A importância do tema traduz-se na necessidade de aferir se justifica-se impor ao acusado citado por edital e que não comparece pessoalmente e não constitui advogado o pesado fardo gerado pela suspensão indefinida da prescrição da pena, bem como se é possível compatibilizar os princípios da ampla defesa, duração razoável do processo e dignidade humana e o princípio da segurança jurídica, assim como se o direito ao esquecimento é postulado que deve ser considerado no que tange à aplicação do art. 366, do CPP.

O trabalho procura abordar a aplicação do sistema binário (suspensão do processo e da prescrição) adotada pelo art. 366, *caput* do CPP, sem limite de tempo, após a citação editalícia do acusado que não comparece pessoalmente ou através de advogado constituído para ser cientificado do inteiro teor da acusação, bem como o confronto da questão pelos tribunais superiores.

Tendo em vista o princípio da razoável duração do processo, regulamentado pela EC n. 45/2004, bem como no tocante à questionável criação de novas categorias de crimes imprescritíveis, vedado pelo art. 5º, XLII e XLIV da CRFB, o presente trabalho visa a demonstrar que a suspensão indefinida da prescrição da pena pelo não-comparecimento do acusado pode gerar problemáticas incontornáveis, tais como a impossibilidade de se justificar a aplicação da pena muitos anos após o fato e os entraves ocasionados pela violação daqueles princípios.

Busca-se, portanto, comprovar, com base nos princípios da dignidade humana, duração razoável do processo e ampla defesa, que a suspensão indefinida da prescrição viola preceitos constitucionais basilares, bem como atestar a necessidade de reforma legislativa atinente ao disposto no art. 366, do CPP e analisar a controvérsia existente a respeito do tema nos tribunais superiores.

Ressalte-se, outrossim, o importante papel do juiz e a necessidade de buscar na instrumentalidade do processo penal, reduzir-se a distância entre o sujeito de direitos e o arcabouço científico do Direito.

Não há em que se falar em juiz independente se este não se imiscuir na difícil tarefa de ir além do que prevê a literalidade da norma, ou seja, não pode ser um mero repetidor do texto legal.

Nesse prisma, surge um importante tema a ser debatido, qual seja a vigência da Emenda Constitucional nº 45 e a criação das súmulas e decisões vinculantes, pelo qual o bom

juiz deverá ultrapassar o inconstante obstáculo da inibição à sua criatividade e poder de inovar, e por outro lado, resguardando-se a necessária segurança jurídica.

No entanto, a almejada estabilidade jurídica que tanto pode tranquilizar a sociedade, pode se configurar como verdadeira faca de dois gumes, ao ceifar a inovação, percepção e capacidade do julgador, esbarrando-se no arenoso terreno da injustiça.

Este mecanicismo desenfreado deve ser evitado, sob pena de agir o julgador como mero repetidor do texto de lei, verdadeiro burocrata, inibindo-se a dialética e o desenvolvimento científico do Direito.

A partir desta noção acerca da necessidade de o juiz buscar sempre, através da jurisprudência aplicada a casos concretos, obter essa percepção sensorial no que tange aos fatos narrados e comprovados nos autos, é que se poderá impor o importante dinamismo que deve ser aplicado ao Direito no campo social e prático.

Nesse prisma, revela-se como primordial a inafastabilidade do princípio da razoável duração do processo, pelo que se depreende que o tempo, no campo do direito penal e processual-penal, é fundamental para a aplicação e execução da pena.

O processo-penal está agarrado na própria noção de duração do processo, e não só no que tange à fixação da pena e ao decurso do tempo previsto em lei para extinguir-se o direito estatal de punir.

Segundo Aury Lopes Jr¹:

O tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada (...).
(...) No Direito Penal, em que pese as discussões em torno das teorias justificadoras da pena, o certo é que a pena mantém o significado de tempo fixo de aflição, de retribuição temporal pelo mal causado (...).
(...) O contraste é evidente: a pena de prisão está fundada num tempo fixo de retribuição, de duração da aflição, ao passo que o tempo social é extremamente fluido, podendo se contrair ou se fragmentar, e está sempre fugindo de definições rígidas.

¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 133 e 134.

É uma concepção vinculada à idéia de controle e segurança jurídica, que, como apontamos no capítulo anterior, deve ser repensada à luz da sociologia do risco e da própria teoria da relatividade”.

Portanto, tem-se que, quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais perto estiver do delito, mais perto se chegará da justiça, afastando as aflições e incertezas que o processo penal certamente impõe ao acusado, respeitando-se a dignidade do acusado, resguardando-se e tutelando-se, portanto, o Estado Democrático de Direito.

Assim, o direito de ser julgado em um prazo razoável de tempo encontra respaldo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e na expressa vedação constitucional à tortura, ao tratamento desumano ou degradante, bem como aos princípios processuais-penais do direito ao devido processo legal e à ampla defesa e ao contraditório, previstos, respectivamente, no art. 5º, III, LIV e LV, da CRFB.

Todo cuidado deve-se ter com a questão da indevida dilação do prazo, ou seja, com o adiamento ou postergação dos termos previstos em lei, cabendo ao juiz, em sua difícil tarefa sensorial de impulso-oficial atribuída ao órgão jurisdicional, de evitar tais delongas, em consonância com a complexidade do caso, própria atividade do acusado, que não poderá beneficiar-se da sua própria torpeza, buscando atingir com delongas processuais o instituto da prescrição.

O norte, em tais casos, será sempre o princípio da razoabilidade, portanto, que deverá orientar o julgador na árdua e arenosa tarefa de dar a prestação jurisdicional de forma satisfatória, em tempo razoável.

Isso importa em dizer, portanto, que a decisão justa não é só aquela que é prolatada de forma mais consentânea com a realidade dos fatos, mas, principalmente, em tempo razoável.

Este trabalho tem por fundamentos teóricos a jurisprudência e doutrina, bem como a adoção dos princípios constitucionais da segurança jurídica, razoável duração do processo e dignidade humana e sua compatibilização, conforme o anteriormente exposto.

1. DA SUSPENSÃO INDEFINIDA DA PRESCRIÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

A previsão legal a respeito do tema encontra-se disciplinada no art. 366 do CPP, pelo qual tem-se que:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

§ 1º (REVOGADO)

§ 2º (REVOGADO)

Portanto, aplicar-se-á a suspensão do processo e da prescrição caso o acusado, citado por edital, não compareça pessoalmente ou representado por advogado constituído para ser cientificado da acusação e, portanto, apresentar sua resposta, nos termos dos art. 366 e 367, em conformidade com a Lei n. 11.719/08.

O processo ficará suspenso até que o acusado compareça, o que se mostra condizente com as garantias constitucionais do processo penal do contraditório e ampla defesa, não sendo tal consequência objeto de muitas divergências na jurisprudência e doutrina, eis que o direito-dever de punir do Estado deve encontrar óbice naqueles princípios constitucionais basilares, tendo-se em vista que são aqueles que asseguram ao indivíduo o direito de ação e defesa.

O princípio do contraditório encontra-se previsto no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual assegura a observância dele em processo judicial ou administrativo.

O contraditório deverá ser prévio, portanto, tendo-se em vista que deverá ser oportunizado ao acusado a possibilidade de defender-se desde a formação do processo, como forma de garantir a sua participação eficaz naquele, permitindo, assim, que se possa dar elementos suficientes para a persuasão racional do magistrado.

A garantia de tal possibilidade ao acusado se dará com a sua ciência de que paira sobre o mesmo o processo penal, cabendo a este manifestar-se ou quedar-se inerte, sob pena de nulidade.

Assim, nada mais é do que verdadeira proteção ao cidadão no tocante ao poder-dever sancionatório estatal, de forma a buscar-se um processo justo e equânime.

De outro lado, a ampla defesa, considerada por muitos como conseqüência inarredável do contraditório, é verdadeiro direito de a parte alegar e provar o que alega, ou de, até mesmo, quedar-se inerte.

Tais características seriam a possibilidade de conhecimento claro da imputação, de defesa técnica por defensor e, por fim, o direito de autodefesa, sendo que, enquanto a defesa técnica é essencial e irrenunciável, devido ao caráter público do direito tutelado envolvido, qual seja o de liberdade do acusado, tem-se que a autodefesa é renunciável, embora imprescindível seja o direito daquele de participar da audiência de instrução e julgamento com o fito de ser interrogado, sob pena de nulidade, bem como o direito de presença aos demais atos processuais e direito de postular sua defesa pessoalmente.

Assim, é comum dizer-se que a citação completa a formação do processo, conforme art. 363 do Código de Processo Penal, dando forma, portanto, aos princípios constitucionais mencionados.

Ressaltada a importância da citação para o processo penal, verifica-se que a suspensão indefinida da prescrição pelo não comparecimento do acusado, citado por edital, é

alvo de críticas doutrinárias, evidenciando-se na abordagem jurisprudencial conflituosa a respeito do tema em pauta, conforme adiante será mencionado.

Nesse prisma, conceitua-se a prescrição, conforme aponta Rogério Greco², como “instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade” [...], tendo como fundamentos o esquecimento a respeito da infração penal, o eventual desaparecimento das provas e, principalmente, a necessária proteção ao agente que praticou o delito, tendo-se em vista que, ao julgar-se um indivíduo vários anos após a prática do fato, estará se julgando uma pessoa totalmente diferente daquela que o cometeu.

Trata-se a prescrição de verdadeiro esquecimento programado, conforme aponta Aury Lopes Jr.³, ao afirmar que “ocupados que estamos com o velho, permitimos que o novo também fique velho, aumentando a dilação indevida dos casos penais. Eis porque a demora gera ainda mais demora”.

Assim, enquanto a vivência cartorária revela o surgimento de pilhas de processos estanques, muitas vezes parados em virtude da ineficácia de o Estado encontrar mecanismos para prevenir a fuga de acusados e dar azo à persecução criminal, conforme o *iter* processual legalmente previsto, de fato, outros delitos mais recentes vão se tornando igualmente esquecidos em virtude da necessidade de se solucionar aqueles, o que fatalmente gera uma verdadeira bola de neve, causando entraves burocráticos à celeridade no que tange à prestação jurisdicional.

Ressalte-se que a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo encontra previsão nos arts. 8º, 1º, e 25, 1º, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção

² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 804.

³ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 24 e 25.

Americana sobre Direitos Humanos) e na EC n. 45/2004, que estabeleceu que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ainda, como falar-se em caráter ressocializador da pena privativa de liberdade se o art. 366 do CPP visa a aplicar uma sanção àquele que transgrediu uma norma penal há anos, décadas atrás, mesmo que o acusado venha, ocasionalmente, a casar-se, constituir família, estabelecendo-se socialmente como um “homem médio”, ou seja, buscando o mesmo o fim que, muitas vezes, a sanção privativa de liberdade não consegue atingir.

Finalmente, deve-se considerar o direito à segurança em matéria penal como verdadeira proteção ao acusado, tendo-se em vista que se deve observar a individualização da pena, que resulta da adequação desta ao condenado, posto que, segundo o entendimento de Guilherme Peña de Moraes⁴: “as características do agente e delito devem ser levadas em consideração” [...], pelo que se depreende que trata-se a prescrição de instituto que visa a assegurar este princípio, levando-se em conta as qualidades do agente e circunstâncias do ato no momento em que foi praticado.

1.1. DA CITAÇÃO DO ACUSADO

O acusado é chamado para apresentar resposta à acusação no prazo de 10 dias, conforme preconiza o art. 396 do Código de Processo Penal, nos termos da Lei n. 11.719/08, pelo que se depreende que a citação nada mais é do que a mais forte manifestação da observância ao direito fundamental do contraditório, ganhando tal conotação maior relevo com o advento da referida alteração legislativa.

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 529.

Verifica-se, assim, que não se permite que o réu seja processado e julgado sem que lhe seja oportunizada a sua ciência para, querendo, apresentar sua defesa, argüindo eventuais preliminares e tudo o que mais interesse à sua defesa, oferecendo documentos, justificações e especificando as provas pretendidas, bem como para arrolar suas testemunhas, nos termos do art. 396-A do CPP.

Não apresentando sua defesa no tempo legalmente previsto, ou se o acusado citado não constituir defensor, poderá o juiz nomear defensor dativo para oferecer a defesa prévia, em observância ao § 2º do indigitado artigo, ressaltando-se a qualidade da citação como verdadeira garantia para o réu, sob pena de gerar invalidade processual a ausência de observância a tal ato, conforme aponta o art. 564, III, “e” do CPP.

A citação poderá ser real, realizada através de mandado a ser cumprido por oficial de justiça, podendo esta ser realizada por meio de carta precatória se o réu residir em local diverso do qual tramita o processo, ou através de carta rogatória, se o réu residir em país diverso (arts. 353, 354, 368 e 369 do CPP).

Ainda, a citação poderá ser ficta, ou seja, realizada através de edital, somente podendo ser realizada se esgotadas todas as possibilidades de encontrar-se o réu para possibilitar-se a realização da citação real, sendo o prazo daquela de 15 (quinze) dias, conforme previsão no art. 361 do CPP, mediante publicação na imprensa e afixação no átrio do foro, devidamente certificada, observando-se os requisitos elencados pelo art. 365 do CPP.

A citação por hora certa, por outro turno, foi trazida pela Lei n. 11.719/08, devendo a mesma ser utilizada se for verificado que o réu se oculta para não ser citado, certificando o oficial de justiça do ocorrido, conforme previsto no art. 362 do CPP.

Vale ressaltar, no entanto, que a citação por hora certa não gerará a suspensão do processo e da prescrição, nos termos do art. 366 do CPP, permitindo, assim, o prosseguimento do processo, sendo nomeado defensor dativo se o acusado não comparecer, conforme

preconiza o indigitado art. 362 do CPP, o que permite identificar verdadeira incongruência na nova sistemática processual penal, uma vez que, por um lado, admitir-se-á a suspensão do prazo prescricional e do processo e, por outro, permitir-se-á que o processo continue sem a presença do acusado, ainda que lhe seja nomeado defensor dativo.

Ademais, evidencia-se a enorme dificuldade de se aferir a real intenção do acusado de se ocultar, cabendo tal aferição, eminentemente subjetiva, ao oficial de justiça, a quem incumbirá certificar tal fato nos autos, cabendo aduzir que o acusado será processado, julgado e condenado sem que tenha tomado ciência da ação penal contra ele ajuizada.

1.2. ASPECTOS PROCESSUAIS ATINENTES À SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

Conforme mencionado, uma vez citado o réu por edital, suspende-se o processo e o prazo prescricional.

Inicialmente, tem-se que para muitos a previsão no Código de Processo Penal quanto à citação por edital ao acusado é inconstitucional, por afrontar o princípio do contraditório, tendo-se em vista que não é comum a leitura dos diários oficiais pelo indivíduo médio, acarretando esta citação ficta em conseqüente violação à ampla defesa, eis que inviabiliza-se a autodefesa, que corresponde ao direito de audiência e de presença/participação no processo penal, bem como a defesa técnica, que invariavelmente será genérica e desprovida de embasamentos que visem a afastar a persecução criminal, obstada pela impossibilidade de entrevista do acusado com seu representante legal.

Esse é o entendimento de Fernando Capez⁵, por exemplo, ao afirmar que o réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido (*audiatur et altera pars*).

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Sarama, 2007. p. 31.

No entanto, a citação editalícia é comumente aplicada, observando os tribunais pátrios o disposto no dispositivo legal em pauta.

A citação por edital se dará, portanto, somente se frustradas todas as demais modalidades mencionadas, uma vez que é uma comunicação processual ficta, havendo verdadeira presunção de que o réu, a partir da publicação da notícia em periódico ou afixação desta na sede do juízo, devidamente certificado nos autos, tomou conhecimento da denúncia que lhe é imputada.

Verifica-se, claramente, que esse meio de citação dificilmente atingirá seu objetivo principal, que é o de dar ciência da ação penal movida em face do réu.

É modalidade de citação excepcional, portanto, tendo em vista que só poderá ser efetuada em razão do desconhecimento quanto ao local que se encontra o réu, após a efetivação de todos os meios existentes do ato citatório.

Assim, somente depois de esgotadas todas as possibilidades de obtenção do endereço do réu, portanto, mediante consultas a órgãos públicos e bancos de dados, é que poderá o juiz determinar a citação editalícia do acusado.

É vedada a citação editalícia do acusado preso em local da mesma jurisdição do juízo onde se originou a acusação, conforme preconiza o art. 360, CPP, com redação dada pela Lei n. 10.792 de 1º/12/2003, uma vez que é obrigatória a sua citação pessoal.

Assim, uma vez realizada a citação por edital do acusado e aplicada a suspensão processual e prescricional, mediante decisão fundamentada do juiz, poderá o mesmo determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 366 do CPP.

No primeiro caso, ou seja, no tocante à decretação da suspensão binária, o recurso cabível é a correção parcial, desde que demonstrado o *error in procedendo* por parte do juiz, no caso concreto, sendo certo que, ainda, conforme entendimento de Aury Lopes Jr⁶:

[...] é viável a utilização das ações impugnativas do habeas corpus e do Mandado de Segurança, sempre ressalvada a necessidade de análise específica do conteúdo da decisão atacada, bem como da demonstração do cabimento dessas ações segundo suas condições legais. Em suma, há que se demonstrar (e convencer) do cabimento do meio utilizado, pois não há previsão legal de recurso específico.

Verifica-se, assim, que pecou mais uma vez, portanto, o legislador, ao não prever recurso cabível para tal decisão.

Ainda, tem-se que as decisões de colheita antecipada de provas e de decretação de prisão preventiva do acusado devem ser tomadas com muito cuidado, uma vez que aquela somente poderá ser adotada em casos *sui generis*, caso a colheita da prova seja extremamente relevante para o deslinde da causa e se houver risco de perecimento concreto da mesma, fundamentando-se sempre a decisão, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, anteriormente explicitados.

No que tange à prisão preventiva, tem-se que o mero não comparecimento do acusado para responder à acusação não é fato idôneo, por si só, a ensejar a sua decretação, devendo o juiz ater-se aos requisitos do art. 312 do CPP, com as inovações trazidas pela Lei n. 12.403/11, ou seja, caso seja necessária para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de sua autoria.

Muitas vezes, até o interrogatório e produção probatória, como a própria oitiva de testemunhas, não se terá elementos suficientes da existência do crime ou indícios mínimos de

⁶ LOPES Jr., op. cit., p. 23.

configuração de sua autoria, devendo-se decretar a prisão preventiva, fundamentadamente e, portanto, excepcionalmente, nas hipóteses acima elencadas.

Assim, somente ante a necessidade de segregação preventiva do acusado para manutenção da ordem pública, ou seja, se houver indícios de que, solto, o acusado praticará novos delitos, ou como garantia da instrução criminal, ou seja, com o intuito de evitar-se que o acusado embarace a produção de provas, mediante condutas e indícios suficientemente demonstrados nos autos, além da garantia da aplicação da lei penal, nos casos em que se configurar a flagrante ameaça de fuga do acusado.

2. CRÍTICAS À SUSPENSÃO INDEFINIDA DA PRESCRIÇÃO

Diante das análises traçadas, verifica-se que, com a nova redação do artigo 366 do CPP, trazida pelas Leis nº 9.271/96 e nº 11.719/08, evidenciou-se uma problemática jurídica no que tange ao prazo da suspensão da prescrição.

Vale ressaltar que o indigitado artigo impõe a suspensão binária, no tocante ao processo e ao prazo prescricional, não havendo em que se falar em cisão. Este é o entendimento adotado pela Ministra Laurita Vaz⁷, conforme se pode verificar:

A norma inserta no art. 366, do Código de Processo Penal, possui natureza dúplice, não podendo ser cindida. Assim, ao ser suspenso o processo, o mesmo deve ocorrer com o prazo prescricional.

O prosseguimento da ação penal instaurada em desfavor do Paciente, réu revel, não implicou a violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois o acusado foi regularmente assistido por defensor nomeado pelo juízo, no bojo de instrução criminal regular.

Restou, assim, na hipótese, assegurado ao Paciente – cuja condenação transitou em julgado em 25/08/2010 – o direito à ampla defesa e ao contraditório, deixando-se, de outro lado, de privilegiar a conduta evasiva adotada pelo acusado que, no caso, visou tão somente a tumultuar o bom andamento da ação penal.

⁷ BRASIL, Superior Tribunal da Justiça, HC nº 178300/DF, Relatora: Min. Laurita Vaz, Data do julgamento 10/04/2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 10.set.2012.

No campo prático, tem-se que vários juízes e tribunais têm seguido a aplicação literal do art. 366 do CPP à risca, o que importa em dizer que o prazo prescricional será suspenso por prazo indeterminado após a ocorrência de citação por edital do acusado, até que este compareça nos autos ou constitua advogado.

Ademais, verifica-se que, destas muitas decisões que decretam a suspensão do prazo prescricional sem apor qualquer limitação de tempo, poucas são as que contêm fundamentação adequada no sentido de orientar-se por tal entendimento, nos termos do art. 93, IX, da CRFB.

Esta é a corrente adotada pelo Min. Sepúlveda Pertence⁸:

Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19-12-06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por tempo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal.

A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras de prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.

Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.

Assim, evidencia-se o entendimento da Corte Suprema, fundamentado no acórdão acima mencionado, pelo qual a suspensão da prescrição por prazo indeterminado não se confunde com imprescritibilidade, pois trata-se de condicioná-la a evento futuro e incerto, afirmando, outrossim, que a Constituição não proíbe que o legislador ordinário criasse outras hipóteses de imprescritibilidades, diversas das constantes no art. 5º, XLII e XLIV da Carta Magna.

Fernando da Costa Tourinho⁹, por outro lado, entende que:

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, REXT nº 460.971-1, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data do julgamento 13/02/2007. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 10.set.2012.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*: 21. ed., vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 197-198.

[...] essa suspensão do curso da prescrição por prazo indeterminado, melhor refletindo, não implica imprescritibilidade de conduta, ao contrário daquelas hipóteses tratadas na Lei Maior. Os crimes a que se refere a Constituição Federal, naqueles incisos do art. 5º, sim, são imprescritíveis. Já as infrações praticadas por aqueles citados por edital que não acudirem à *in jus vocatio* sem constituírem Advogado, não. Não e renão. É o prazo prescricional que fica suspenso se, citado por edital, não atender ao chamado. É diferente das hipóteses cuidadas na Lei das Leis. Ali é o crime que é imprescritível: antes, durante ou após a instauração do processo. Aqui, no CPP, a prescrição fica suspensa se, citado por edital, não comparecer nem constituir defensor. A diferença é bem grande.

(...) A hipótese tratada no art. 366 não é símile daquelas previstas no texto da Lei Maior. Se o réu, a teor do art. 366, foi citado por edital, não atendeu ao chamado, mas constitui Advogado; se foi citado pessoalmente, e não atendeu ao chamado; se atendeu e depois deixou o processo à revelia, em todas essas hipóteses não há cuidar-se de imprescritibilidade. Se, em qualquer desses casos, vier a ser condenado, e não for encontrado para o cumprimento da pena, a prescrição será regulada pela pena imposta. Logo, não se pode estabelecer, data vênua, comparação entre a imprescritibilidade a que se refere o art. 366 do CPP com a tratada no corpo da Lei Básica.

O art. 366 objetiva a impedir que os citados por edital, prevalecendo-se dessa circunstancia, logrem a impunidade. O legislador ordinário não estabeleceu a imprescritibilidade para determinadas condutas. Se assim o fizesse, cremos, teria afrontado a Lei Maior, que, implicitamente, em face daqueles incs. XLII e XLIV do art. 5º, proibiu que as normas subconstitucionais estendessem a imprescritibilidade a outras infrações.

Entendimento diverso exara o autor Aury Lopes Jr.¹⁰:

Pensamos que se trata sim de criar uma categoria de crimes imprescritíveis, pois estabelece essa possibilidade, ou seja, de não ocorrer nunca a prescrição. O condicionar a evento futuro e incerto significa assumir como possível a inoccorrência da condição, e, portanto, como possível e válida a imprescritibilidade. Também não podemos aceitar que o legislador ordinário crie crimes imprescritíveis diante da taxatividade constitucional.

Mesmo que entenda-se que não há criação de uma nova categoria de crimes imprescritíveis, à margem da previsão constitucional aludida, deve-se ressaltar outra argumentação a ser trazida à lume, eis que, a previsão legal no tocante à ausência de determinação de prazo para a aludida suspensão prescricional encontra, sim, óbice ao direito de ser julgado em um prazo razoável de tempo, conforme ressaltado no texto constitucional, no art. 5º, LXXVIII.

¹⁰ LOPES Jr., op. cit. p., 22.

Aliás, este é, inclusive, o entendimento capitaneado por Fernando da Costa Tourinho Filho¹¹, que, ao rechaçar a tese de criação de nova hipótese de imprescritibilidade não abrangida pelo texto constitucional, aduz que:

Entendemos que o legislador foi por demais severo. Suponha-se que alguém processado por uma contravenção mude de endereço. Citado por edital, não atende ao chamado, posto desconhecê-lo. Como ninguém lê os editais afixados no átrio do Fórum, o infeliz nem sabe o que aconteceu. Mas o processo fica suspenso e o curso da prescrição também...E uma vez suspenso, se retornar à Comarca cinquenta anos depois, aí é que o prazo prescricional vai começar a fluir...E que interesse teria a sociedade em puni-lo? O Juiz e o Promotor que vão dar continuidade ao processo nem eram nascidos quando da prática daquela contravenção...Depois de tantos anos, o fato já caiu no esquecimento, às vezes até a cidade mudou de nome. Qual o interesse do Estado em puni-lo?

Assim, tem-se que esse posicionamento mereceu acolhida, adotando-se, portanto, a orientação de que, não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor, ficaria suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação, sendo que, após, recomeçará a fluir aquele, conforme explicitado no Projeto 4.207/2001 de Reforma do CPP, cujo art. 363, § 2º, inciso I, previa tal entendimento, muito embora tal dispositivo tenha sido vetado em seara da promulgação da Lei 11.719/2008.

Nesse prisma, conforme aponta Guilherme de Souza Nucci¹²:

[...] o referido § 2º foi vetado, pois previa somente a suspensão da prescrição, olvidando a suspensão do processo. O erro causou a eliminação de norma correta, em prol da imposição de limite para a suspensão da prescrição no caso de suspensão do processo, em virtude de citação por edital.

Jurisprudencialmente, este entendimento mereceu acolhida da Min. Laurita Vaz¹³, conforme se pode verificar no seguinte aresto:

¹¹ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 199-200.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 663.

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 133744/PE, Relatora: Min. Laurita Vaz, Data do Julgamento 24/05/2011. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 10.set.2012.

Este Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento segundo o qual a regra prevista no art. 366 do Código de Processo Penal regula-se pelo art. 109 do Código Penal. O art. 366 do Código de Processo Penal não faz menção ao lapso temporal, todavia, a suspensão do prazo de prescrição não pode ser indeterminado, porquanto a própria Constituição Federal delimitou os crimes imprescritíveis (art. 5º, incisos XLII e XLIV).

A utilização do disposto no art. 109 do Código Penal, como parâmetro para o período de suspensão da fluência do prazo prescricional, considerando-se a pena máxima em abstrato, se adéqua à intenção do legislador, sem importar em colisão com a Carta Constitucional [...].

Assim, tem-se que, embora tal recente acórdão aponte nova orientação da Corte Superior a respeito do tema, amparada pela edição da Súmula nº 415, datada de 09/12/2009, que preconiza que: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”, tem-se que tal celeuma persistiu, diante da jurisprudência conflitante acerca do tema.

Evidencia-se, portanto, que o STJ passou a adotar posição contrária à firmada pela Corte Suprema, eis que passaria a existir verdadeira suspensão da prescrição pelo prazo previsto no art. 109 do Código Penal, considerada a pena máxima aplicada ao delito denunciado.

Vale ressaltar que, em se tratando de suspensão, o prazo fica obstado até que volte a fluir, devendo-se retomar a contagem, considerando-se o prazo inicial já contado, anteriormente à decisão judicial fundamental que decretou a suspensão da prescrição, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Essa é, portanto, a posição doutrinária majoritária, que se encontra em consonância com o estatuído pela Súmula 415 do STJ, conforme afirmado por Guilherme de Souza Nucci¹⁴:

Tem prevalecido o entendimento de que a prescrição fica suspensa pelo prazo máximo em abstrato previsto para o delito. Depois, começa a correr normalmente. Isso significa que, no caso de furto simples, cuja pena máxima é de quatro anos, a prescrição não corre por oito anos. Depois, retoma seu curso, finalizando com outros oito anos, ocasião que o juiz pode julgar extinta a punibilidade do réu.

¹⁴ NUCCI, op. cit., p. 663.

3. LIMITAÇÃO DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

Conforme apontado anteriormente, a Súmula 415 do STJ tem sido recepcionada pela doutrina majoritária, o que importa em dizer que o período de suspensão do prazo prescricional será regulado pelo máximo da pena cominada, restando ultrapassado, pelo menos no campo prático, o entendimento pela suspensão indefinida pelo não comparecimento do acusado citado por edital.

No entanto, há posicionamento doutrinário contrário à aplicação do entendimento supracitado, uma vez que entraria em conflito com o princípio da razoável duração do processo, além do fato de tratar-se de verdadeira prescrição em dobro, configurando-se em excessivos os prazos prescricionais, além de exercer o Judiciário atividade legislativa, na hipótese em tela.

Para tanto, Aury Lopes Jr.¹⁵ aponta um terceiro posicionamento, encontrando guarida no Direito Comparado Espanhol:

[...] pensamos que o melhor é buscar inspiração na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, que no seu Título VII, arts. 834 a 846, disciplina o procedimento contra réus ausentes e também o instituto da “rebeldia” (a nossa antiga revelia).

Não sendo encontrado o réu, é expedida a requisitória (espécie de edital) e, não comparecendo, suspende-se o processo. Até aqui, igual ao nosso sistema. A diferença está no fato de que a prescrição é interrompida com o início do processo, não correndo mais. Quando declarada a “rebeldia”, ou seja, o não-comparecimento, o prazo prescricional volta a correr (art. 114 do Código Penal espanhol).

Significa dizer que a declaração judicial de não comparecimento é um marco interruptivo da prescrição, que começa a correr nesse momento, podendo perfeitamente operar-se durante a suspensão do processo.

Assim, ao contrário do que se aplica hodiernamente, pela legislação processual penal em vigência, ter-se-ia verdadeira interrupção do prazo prescricional, ou seja, zera e começa a correr de novo, ao passo que, no tocante ao processo, este sim seria suspenso, praticando-se somente os atos urgentes, tais como a determinação da produção antecipada de provas e, caso

¹⁵ LOPES Jr., op. cit., p. 29.

o acusado citado por edital compareça, o curso processual prosseguir-se-ia em seus ulteriores termos.

Trata-se de uma coerente posição doutrinária, uma vez que a prescrição não ficaria obstada, novamente, pelo prazo previsto em lei, o que importaria em verdadeiro *bis in idem*, sendo que o prazo em tela passaria a contar novamente da decisão fundamentada que, neste caso, interromperia a prescrição pelo não comparecimento do acusado citado por edital.

No entanto, tal entendimento carece de inovação legislativa, uma vez que não há previsão legal atual neste sentido, o que engessaria eventuais decisões que, eventualmente, viessem a acolher este posicionamento.

4. DA VIOLAÇÃO À ISONOMIA CAUSADA PELA LEI Nº 9.613/98

A apontada suspensão da prescrição pelo não comparecimento do acusado citado por edital é excepcionada nos processos que apuram crimes de lavagem de dinheiro, o que importa em dizer que, em tais hipóteses, a citação por edital não impede o curso procedimental, possibilitando o julgamento do mérito, conforme previsto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 9.613/98, eis que “no processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal, devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo”, conforme redação dada pela Lei n. 12.683/2012.

Inicialmente, cumpre-se perquirir o que seja crime de lavagem de dinheiro, sendo que o art. 1º da referida lei prevê que trata-se de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da infração penal.

Assim, tem-se que o crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores é delito autônomo, independente da condenação ou da existência de processo por crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei n. 9.613/98, com a redação dada pela Lei n. 12.683/2012.

No entanto, para Aury Lopes Jr¹⁶, esta exceção não merece acolhida:

[...] Para todo e qualquer crime, quando o réu citado edital (o que pressupõe o esgotamento das tentativas de citação real) não comparece e nem constitui defensor, suspendem-se o processo e a prescrição. Por que no crime de lavagem de dinheiro isso não se aplica? Por tratar-se de criminalidade econômica? Que absurdo! (...) Não é uma justificativa plausível, pelo simples fato de que as medidas assecuratórias também podem ser decretadas, bastando a presença de seus requisitos. Logo, não é esse um argumento jurídico válido.

Optando-se por este posicionamento, haveria sim uma violação ao princípio da isonomia, impondo-se tratamento processual mais desvantajoso ao imputado abrangido por este regramento legal.

Entretanto, no que tange à previsão legal, aponta Guilherme de Souza Nucci¹⁷ que “tal se justifica em face da gravidade dos delitos em questão e da necessidade de se bloquear e confiscar os bens ilícitos, conseguidos através da lavagem do dinheiro” [...].

Este entendimento merece prevalecer, eis que o controle prévio no tocante à isonomia foi realizado pelo legislador, tendo em vista a gravidade dos delitos em tela, bem como no tocante à necessidade de se bloquear e confiscar os bens ilícitos obtidos com o proveito da atividade criminosa.

Inclusive, as razões desta vedação foram consignadas na Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, nos seguintes termos:

Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os

¹⁶ LOPES Jr., op. cit., p. 30.

¹⁷ NUCCI, op. cit., p. 666.

delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou a ocultação.

CONCLUSÃO

As conseqüências trazidas pelo descuido legislativo ao revogar-se o art. 363, § 2º, inciso I, constante do Projeto nº 4.207/2001, com o advento da promulgação da Lei 11.719/2008, foram tamanhas, o que gerou a existência de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, abordadas nesse trabalho.

As razões do veto ao referido dispositivo encontram fundamento nos princípios invocados da proporcionalidade, ampla defesa e contraditório, sob a alegação de que naquele dispositivo legal não haveria a previsão concomitante de suspensão do curso do processo, previsto no art. 366 do CPP, o que geraria a tramitação do processo à revelia do acusado.

No entanto, o veto parcial do Projeto de Lei em tela não pode ser invocado para justificar-se a impossibilidade de aplicar-se a limitação à suspensão do prazo prescricional pelo não comparecimento do acusado citado por edital que não constitua defensor, sob pena de violar-se o princípio da razoável duração do processo, além dos supracitados princípios invocados nas razões do invocado veto presidencial.

Muito pelo contrário, embora o tema tenha se mostrado conflitante inicialmente, conforme se evidencia no entendimento do Supremo Tribunal Federal de não se aplicar qualquer limitação ao prazo prescricional em tais hipóteses, a doutrina e jurisprudência têm adotado a posição de limitação da suspensão do prazo prescricional pelo máximo da pena em abstrato, nos casos em tela.

Qual o interesse do Estado em punir um indivíduo que praticou um delito, às vezes até considerado de pouca monta, tantos anos após o fato? Como se justificar uma sanção que provavelmente já caiu no esquecimento da vítima, da sociedade? Como se embasar uma

punição a um indivíduo que, provavelmente, já tenha se ressocializado e buscado um outro sentido em sua vida?

Não é justo impor-se um poder-dever sancionatório estatal sobre aquele indivíduo após longos anos do cometimento do delito, sob pena de afetar-se não só a segurança jurídica, mas o próprio critério constitucional e balisador da proporcionalidade.

Ressalve-se, ainda, uma terceira corrente que aponta a necessidade de inovação legislativa para trazer uma verdadeira hipótese de interrupção do prazo prescricional e não de suspensão, pois nesta última hipótese evidenciaria-se verdadeiro *bis in idem*.

Em suma, o tema se mostra de suma importância, pois bastante corriqueiro na prática jurídica, sendo que as discussões devem ser trazidas à baila para o mundo jurídico, tendo em vista que atrela-se, diretamente, aos princípios constitucionalmente previstos, bem como afeta diretamente o *status libertatis* dos indivíduos.

Assim, não há em que se falar em máxima efetividade no que tange à prestação jurisdicional sem que tal atividade não seja célere, fundamentada e embasada nos princípios constitucionais que atingem diretamente a dignidade da pessoa humana.

Para tal, não se justifica impor ao acusado, que nunca teve acesso aos autos e que muitas vezes desconhece que sobre si recai um processo penal tendente ao decreto condenatório, apesar de o instituto da revelia não gerá-lo automaticamente, sem a previsão de tempo razoável para que o Estado intente contra aquele a sanção penal legalmente prevista, sob pena de, aí sim, violar-se os preceitos mais basilares do Direito.

Ressalte-se que a limitação da suspensão da prescrição, em tais hipóteses, não é somente mais um mecanismo de proteção ao acusado, mas de garantia a toda a sociedade no tocante ao processo penal justo e célere, em consonância com o sistema acusatório, pelo que se depreende que a adoção deste entendimento visa a preservar o Estado Democrático de

Direito em sua essência, assim como resguarda os princípios norteadores insculpidos na Carta Magna.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 133744/PE, Relatora: Min. Laurita Vaz. Publicado no DJ de 07.06.2011.

BRASIL, Superior Tribunal da Justiça, HC nº 178300/DF, Relatora: Min. Laurita Vaz. Publicado no DJ de 17.04.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n.1113583/MG. Relator: Min. Jorge Mussi. Publicado no DJ de 13.10.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REXT n.460.971/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 30.03.2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

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

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*: 29. ed., vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.