

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Como relatado, trata-se de Recurso Extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, contra acórdão proferido pelo TJDFT que, ao manter sentença proferida por juiz singular, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fundamento nos artigos 107, I, c/c 109, V, do Código Penal, em processo penal suspenso em razão de a parte ré não ter respondido à citação editalícia (art. 366 do CPP).

A questão jurídica controvertida, nesses domínios, versa sobre deliberar se, à luz do art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, na hipótese de inatividade processual do réu decorrente de citação por edital, os prazos de suspensão do processo e de prescrição submetem-se a algum limite temporal (Tema nº 438).

1. O artigo 366 do Código de Processo Penal e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais

Na redação original, o artigo 366 do Código de Processo Penal dispunha que o processo seguiria à revelia do acusado que, citado ou intimado para qualquer ato, não comparecesse autos.

Posteriormente, a Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, deu a redação atual ao art. 366 do Estatuto Processual Penal, que assim dispõe:

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 prisão preventiva, nos termos do disposto no 312.

É dizer, não encontrado o réu para citação pessoal, nem sendo o caso de citação por hora certa, realizada a citação por via editalícia, na hipótese de o acusado não comparecer aos autos, o processo ficará suspenso, assim como a fluência do prazo prescricional.

Como a lei processual penal não estabeleceu prazo para a suspensão, especial da prescrição, surgiram soluções díspares na doutrina e na jurisprudência, frente ao previsto no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal. Isso porque a depender da solução adotada poder-se-ia criar uma hipótese legal de imprescritibilidade penal (PAULO, Rangel. Direito Processual Penal, 8ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 685-687; LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1379).

(1) A primeira corrente sustentou que não haveria limitação temporal no caso do art. 366 do CPP, de modo que o processo e a prescrição prescricional ficariam suspensos de forma indefinida até que o réu comparecesse em Juízo. Essa foi a posição adotada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 460.971, em 13/02/2007, com base em precedente do Tribunal Pleno no julgamento da Extradicação 1.042, em 19/12/06, ambos da relatoria do saudoso Ministro Sepúlveda Pertence. Conforme esse entendimento, a Constituição Federal não proibiria que o legislador ordinário estabelecesse hipóteses de imprescritibilidade penal, porquanto o rol de crimes previstos no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Carta da República seria meramente exemplificativo. Ademais, o artigo 366 do Código de Processo Penal não criaria hipótese de imprescritibilidade, pois apenas condicionaria a retomada do curso da prescrição a evento futuro e incerto. Por elucidativo, transcrevo a ementa do RE 460.971:

EMENTA: [...] II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. 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 prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr. Penal. 2. 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. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. 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." 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição. (RE 460971, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 30-03-2007 PP-00076 EMENT VOL-02270-05 PP-00916 RMDPPP v. 3, n. 17, 2007, p. 108-113 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 515-522)

(2) A segunda linha pensamento argumentou que, por ter a Constituição Federal delimitado os crimes imprescritíveis, o período de suspensão do prazo prescricional seria regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, nos termos do art. 109, caput, do CP. Decorrido esse prazo, a despeito de o processo permanecer suspenso, o prazo prescricional voltaria a correr. Dessa maneira, por exemplo, no crime de furto (art. 155, caput, do CP), o prazo prescricional ficaria suspenso por 8 anos (art. 109, inciso IV, do CP). Ultrapassado tal prazo, a prescrição voltaria a correr pelo período restante até atingir novamente 8 anos. Em termos práticos, isso equivaleria a dizer que a prescrição da pretensão punitiva ocorreria ao se atingir o dobro do prazo prescricional, a saber, 16 anos.

Esse entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos precedentes e resultou no verbete sumular n.º 415, assim redigido: "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada." A título de exemplificação, cito, ainda, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO PRISIONAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS JUDICIAIS DA LIBERDADE PROVISÓRIA. CITAÇÃO POR EDITAL. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO QUE VOLTA A FLUIR APÓS O PRAZO PREVISTO NO ART. 109 DO CP, CONSIDERADA A PENA MÁXIMA. VERBETE N. 415 DA SÚMULA DO STJ. PRAZO PRESCRICIONAL NÃO TRANSCORRIDO.

[...]

3. O prazo de suspensão da prescrição, nos termos do art. 366 do CPP, será regulado pelo máximo da pena cominada, conforme Enunciado n. 415 da Súmula do STJ, com observância do artigo 109 e seguintes do Código Penal, voltando a fluir o prazo da prescrição da pretensão punitiva após escoado o período.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 321.528/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015)

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRANSCURSO DE PRAZO SUPERIOR A QUATRO ANOS. PRESCRIÇÃO QUE SE VERIFICA A PARTIR DA PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA À CONDUTA EQUIVALENTE AO DELITO PRATICADO NO PERÍODO DE DURAÇÃO DA SUSPENSÃO. 1. 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 a lapso temporal, todavia, a suspensão do prazo de prescrição não pode ser indeterminado, porquanto a própria Constituição Federal delimitou os crimes imprescritíveis (art. 5.º, incisos XLII e XLIV). 2. 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 adequa à intenção do legislador, sem importar em colisão com a Carta Constitucional. [...] . 5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito imputado ao Paciente. (HC 133.744/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 07/06/2011)

A par dessas duas correntes centrais, tem-se outras linhas de pensamento: **(3)** a terceira defende que o prazo de suspensão seria o limite máximo de prescrição previsto no Código Penal (art. 109, inciso I), isto é, 20 anos; **(4)** a quarta sustenta ser o prazo de suspensão o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, qual seja, 30 anos (art. 75, CP); **(5)** por fim, a quinta, conquanto sustente que o prazo de suspensão da prescrição seria regulado pelo máximo da pena cominada ao crime (enunciado nº 415 do STJ), decorrido esse prazo, tanto a prescrição quanto o processo voltariam a correr. Trata-se de uma derivação da posição **(2)** e foi adotada por alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RHC 130.964/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020; RHC 69.270/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016).

Examinadas as posições e interpretações díspares sobre o tema, analiso a questão submetida à julgamento em repercussão geral, sob o enfoque da Constituição Federal.

2. A Prescrição Penal e a Constituição Federal

A passagem do tempo, nas condições definidas na lei, é modo de aquisição de direitos (no âmbito civil), como também forma de extinção de pretensões (civil e penal). A última é a chamada prescrição.

A prescrição, nesse sentido, é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, de certa maneira, em uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, apresenta-se como estruturante do Estado de Direito.

Como diria Ost, em seu Tempo do Direito, ao citar Kafka, um Estado e um Tribunal que não esquecem nada mostram-se arbitrários (OST, François. O Tempo do Direito. Bauru: Edusc, 2005, p. 153).

Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado.

No campo penal, a prescrição define-se como a perda do poder de punir do Estado (prescrição da pretensão punitiva) ou de executar uma pena imposta em uma sentença condenatória (prescrição da pretensão executória), em razão do seu não exercício, no prazo estipulado em lei. Com a prescrição, assim, “o Estado limita o *jus puniendi* concreto e o *jus punitiois* a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição violada pelo sujeito.” (JESUS, Damásio E. Direito Penal. Parte Geral. 1º volume, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 717).

A ideia de limitação do poder punitivo estatal, por sua vez, está estruturada em fundamentos, que variam, em regra, conforme a própria compreensão de pena. O primeiro deles diz que o transcurso do tempo apaga ou atenua a memória dos acontecimentos. Dessa forma, por não haver mais a lembrança da sociedade acerca do fato criminoso, ou essa lembrança ter sido atenuada, não há mais interesse do Estado em fazer valer sua pretensão punitiva. Isso porque, para fins de prevenção geral, há de haver uma proximidade entre o fato criminoso e a punição.

O segundo fundamento da prescrição informa que o decurso do tempo conduz à recuperação e ao reajustamento social do agente e, dessa forma, não há mais razão para o Estado desencadear a punição. Nesse sentido, como bem destacam Raúl Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido.” (ZAFFARONI, Raúl Eugêni; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 12ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 673).

Por outro lado, o terceiro fundamento liga-se ao fato de que o transcurso do tempo deve recair sobre o Estado, e não sobre o indivíduo, parte mais fragilizada da relação de poder. Nesse contexto, a prescrição está fundada na ideia de se revelar descabida a situação do indivíduo, que, eventualmente, cometa um delito, “fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 1. Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 895).

Por fim, o quarto fundamento da prescrição é de cunho processual e relaciona-se com o fato de que o decurso do tempo leva à dificuldade de se coligir provas, de maneira que “a apuração do delito torna-se mais incerta, e a defesa do acusado mais precária e difícil” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 1. Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 896). No ponto, vale registrar que, ainda hoje, grande parte da apuração dos crimes é feita por meio de prova testemunhal, ou seja, prova dependente da memória humana, e que, portanto, fragiliza-se e está sujeita a contaminações com o passar do tempo. Ademais, mesmo que se possa pensar em novos meios probatórios, como a prova pericial, não se pode negar que a produção da contraprova, anos depois, mostra-se dificultosa e pode causar graves prejuízos ao direito de defesa.

Examinados o conceito e os fundamentos da prescrição penal, ainda consigno que, no campo histórico, não se trata de instituto novo. Ao revés, o instituto da prescrição remonta ao Direito Romano. Conforme a antiga fórmula de Cassiodoro, *prescriptio est patrona generis humani ad utilitatem publicam introducta* (a prescrição é a protetora do gênero humano introduzida pela utilidade pública).

Nesses domínios, o primeiro texto legal a tratar de prescrição é a *Lex Julia*, datada de 18 a.C. O instituto, então chamado de “prescrição da ação penal”, embora tenha se devolvido durante os séculos, sofreu, a seu turno, algumas inflexões durante a idade média com o aumento, por exemplo, de prazos prescricionais (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 1. Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 896).

Já, com a Revolução Francesa, no Código Penal de 1791, ao lado da “prescrição da ação penal” (prescrição da pretensão punitiva), previu-se pela primeira vez, a “prescrição da condenação”, ou seja, a prescrição da pretensão executória.

No Brasil, por sua vez, a “prescrição da ação penal” foi prevista no Código de Processo Criminal do Império de 1832. Essa, vale ressaltar, tinha incidência mesmo quando o agente não tinha sido encontrado. Confira-se:

Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido.

Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio.

Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.

Entretanto, embora existente a prescrição da pretensão punitiva, o Código Criminal do Império, 1830, dispunha no art. 65 que “as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”. Ou seja, a prescrição da pretensão executória não se fazia presente à época.

A prescrição da pretensão executória (“prescrição da condenação”) foi instituída, no Brasil, somente em 1890 com Decreto 774, que estipulava os prazos da prescrição com base no tempo da pena. Em seguida, o Código Penal de 1890 consagrou as duas modalidades de prescrição (da pretensão punitiva e executória), que permaneceram no Código Penal de 1940 e, assim, até os dias atuais no ordenamento jurídico brasileiro.

No plano constitucional, de outro lado, o tema surge de forma expressa somente com a Constituição de 1988, que, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º, ressalvou da prescrição, os crimes de racismo, bem como as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático:

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

A Constituição de 1988, ainda, prevê serem vedadas penas de caráter perpétuo (art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”); assegura, dentre as garantias individuais, a duração razoável do processo e a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII); bem como prevê a cláusula do devido processo legal como direito fundamental do indivíduo (art. 5º, inciso LIV). Esses dispositivos, mesmo que não cuidem expressamente do tema prescrição, oferecem diretrizes para a interpretação constitucional a ser dada ao art. 306 do CPP posto em discussão, como se verá no tópico seguinte.

4. A Constituição Federal e a interpretação constitucional do art. 366 do Código de Processo Penal

Visto o tratamento da prescrição no plano legal e constitucional, retomo às correntes interpretativas do art. 366 do Código de Processo Penal expostas na parte inicial do voto. A primeira delas sustenta não haver limitação temporal para a suspensão do processo e da prescrição. Afirma-se, em linhas gerais, que o art. 366 do CPP não criaria uma hipótese de imprescritibilidade penal e, mesmo que assim fosse, o legislador ordinário assim poderia fazê-lo. Foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos já citados Recurso Extraordinário 460.971, 13/02/2007, e da Extradicação 1.042, em 19/12/2006, ambos da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

Contudo, em que pesem os laboriosos fundamentos dessa linha de inteligência, a prescritibilidade das pretensões penais, no meu entendimento, decorre do texto constitucional.

Inicialmente, consigo que, tal como ocorre no âmbito cível – em que a regra é a prescritibilidade das pretensões deduzidas em Juízo, ressalvadas as ações de ressarcimento ao Erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (art. 37, § 5º, CF) e os direitos sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (art. 231, § 4º, CF) –, no campo penal, com muito mais razão, dado o caráter eminentemente restritivo às liberdades individuais, a regra é a prescritibilidade da pretensão de punir, ressalvados os crimes de racismo, bem como as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, incisos XLII e XVIV, CF).

Assim, com exceção das hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição Federal, o legislador ordinário não pode criar outros tipos penais imprescritíveis. Isso porque, o Constituinte originário foi taxativo em

excluir da regra de prescritibilidade penal – existente no ordenamento jurídico brasileiro pelo menos deste de 1890 – somente os crimes por ele listados.

Em outros termos, a Constituição não garante ao Estado o direito de punir o indivíduo ou de executar uma pena *ad aeternum*. Nessa medida, não houve autorização, nem delegação do constituinte originário para a legislador ordinário criar outras hipóteses de imprescritibilidade ou tendentes à imprescritibilidade. Isso porque a ausência de prazo previamente delimitado para o exercício do poder de punir implica restrições a direitos fundamentais assegurados ao indivíduo, como se verá a seguir.

Nesse sentido, no julgamento do RE 669.069, rel. Min. Teori Zavaski, conquanto o tema em discussão fosse a prescrição no âmbito cível, alguns dos eminentes pares ressaltaram ser a imprescritibilidade uma opção somente do poder constituinte, e não do legislador ordinário. Sobre o tema, confira-se trecho do voto do Min. Dias Toffoli:

[...] Daí poder-se concluir que a imprescritibilidade das ações só pode ser uma opção da própria Constituição, como ocorreu na eleição das ações penais relativas à prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV, CF).

Na mesma linha, o Min. Luís Roberto Barroso consignou:

[...] a regra geral no Direito brasileiro é a prescritibilidade, salvo as exceções inequívocas, que estão na Constituição, que são: o crime de racismo e as ações de grupos armados contra o Estado democrático e contra a Constituição. [...]

Por fim, cito o Min. Marco Aurélio:

[...] O que se tem na Constituição Federal? O constituinte foi explícito quanto às situações jurídicas que afastam a prescrição, instituto voltado a preservar bem maior, a segurança jurídica. Ele o fez [...] nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. E ousou dizer que o fez de forma limitada, apenas no campo penal, não no campo cível, não no

campo patrimonial. E tem-se alusão à imprescritibilidade do crime de racismo, também do crime praticado por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

No mesmo sentido, trago doutrina dos professores Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel:

[...] a Constituição estabeleceu, taxativamente, as hipóteses de imprescritibilidade - nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático - exatamente para proibir a imprescritibilidade em qualquer outro delito, ressalvada a dos delitos contra a humanidade, nos termos do direito universal emanado da ONU. Trata-se de "silêncio eloqüente" da Constituição brasileira. Não tem sentido afirmar que o legislador ordinário pode tornar imprescritível um delito de desacato ou de furto. (GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. Contagem da prescrição durante a suspensão do processo: súmula 415 do STJ. In: <https://migalhas.uol.com.br>. Acesso em 5 de outubro de 2020).

Em igual direção, o professor Aury Lopes Júnior afirma que não houve delegação do Constituinte para que o legislador infraconstitucional estipulasse hipóteses outras de imprescritibilidade, mas sim o claro estabelecimento de um rol:

Também não podemos aceitar que o legislador ordinário crie crimes imprescritíveis diante da taxatividade constitucional. Não houve uma delegação da Constituição para que lei ordinária determinasse quais crimes seriam imprescritíveis (como ocorreu, noutra dimensão, em relação aos crimes hediondos), senão o claro estabelecimento de um rol. Considerando a gravidade da medida no que tange à limitação de direitos fundamentais, inviável tal abertura. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 663)

Mas não são apenas os incisos XLII e XVIV do artigo 5º que informam ter a Constituição Federal adotado a prescritibilidade penal como regra geral. Outros dispositivos constitucionais conduzem à mesma conclusão.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, veda, como destacado, penas de caráter perpétuo (art. 5º, inciso XLVII, alínea "b"). Por certo, o processo não é propriamente uma pena. Contudo, a sujeição de indivíduo a um processo

penal, em que ele assume o estigma e o “etiquetamento” de acusado perante à sociedade, já se revela como uma pena em si, ainda que não sobrevenha a condenação. Ademais, se o Estado não tem o direito de impor uma pena de forma perpétua, parece-me também que não tem o direito de submeter alguém à possibilidade de punição eterna.

Igualmente, a imprescritibilidade viola as garantias individuais da duração razoável do processo e da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF). Isso porque, a duração razoável do processo, ao mesmo tempo que assegura ao indivíduo o direito a um processo célere, condiciona o Estado a exercer a pretensão de punir em prazo certo. É dizer, a duração razoável do processo informa que o Estado não tem o direito de submeter o indivíduo ao sistema de percussão penal sem prazo previamente definido.

Nessa linha, sobre o alcance do direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável, cito doutrina do professor Aury Lopes Júnior:

[a duração razoável do processo] funda-se no direito que as pessoas têm de que suas questões cíveis ou os casos penais sejam resolvidos judicialmente em um prazo razoável, sem dilações indevidas. Daí por que, entre as soluções compensatórias adotadas, está a extinção do processo diante da (de)mora judicial. O poder punitivo estatal também está condicionado no tempo, seja pela prescrição, seja pela duração razoável do processo. Existe um verdadeiro direito a que as questões sejam resolvidas ou o acusado “esquecido”. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 665).

Mas não é só. A prescritibilidade também deflui da cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, inciso LIV, da Carta de 1988. Essa cláusula, em seu sentido material, protege o indivíduo contra arbítrios do Estado e, nessa medida, impõe restrições substanciais ao exercício do poder de punir estatal. E uma dessas limitações é a previsão de prazos legais para que as pretensões sejam satisfeitas em Juízo.

Em igual direção, cumpre anotar que o liame entre prescrição penal, celeridade processual e devido processo legal foi reconhecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no precedente *Klopper v. North Carolina*, julgado em 13 de março de 1967. No referido precedente, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu que, em decorrência da duração razoável do processo e do devido processo legal substancial, o Estado não tem o direito de postergar a possibilidade de punição do indivíduo

indefinidamente. Isto é, o Estado não pode sujeitar a pessoa à persecução penal a qualquer momento no futuro.

Na mesma linha, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em *Oleksandr Volkov v. Ucrânia*, assentou que a falta de limitação temporal para a imposição de penalidade prejudica o desenvolvimento do processo válido e justo. Nessa linha, a Corte decidiu que a limitação temporal do poder de punir do Estado serve a importantes propósitos, notadamente:

[...] assegurar a certeza das relações jurídicas, proteger o acusado contra acusações antigas que podem ser de difícil contestação e prevenir qualquer injustiça que possa surgir se os tribunais forem obrigados a decidir sobre eventos ocorridos em um passado distante, com base em evidências que podem ter se tornado não confiáveis e incompletas com o passar do tempo. (CEDH, 9 de janeiro de 2013, n. 21722/11. *Oleksandr Volkov v. Ucrânia*, § 135 e ss).

No âmbito deste Supremo Tribunal Federal, a relação entre devido processo legal substancial e prescritibilidade das pretensões também já foi objeto de abordagem no julgamento do mencionado Recurso Extraordinário 636.886. Nesse sentido, o ilustre Relator, Min. Alexandre de Moraes, pontuou:

A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

Portanto, a partir desses fundamentos, concluo que a Constituição Federal estipula ser a prescritibilidade das pretensões penais a regra e, salvo opção constitucional expressa, não autorizou que o legislador ordinário crie hipóteses de imprescritibilidade não previstas no texto constitucional.

Por outro lado, no tocante à argumentação no sentido de que o art. 366 do CPP não teria introduzido, tecnicamente, uma hipótese de imprescritibilidade, consigno que o dispositivo legal em comento condiciona o retorno do prazo prescricional a um evento futuro e incerto, qual seja, o comparecimento do processado em Juízo. Dada à incerteza,

trata-se de evento que poderá nunca se realizar. Dessa maneira, forçoso reconhecer que se tem, ao final, uma hipótese de imprescritibilidade penal ou, no mínimo, tendente à imprescritibilidade da pretensão punitiva do Estado. Isso porque, caso esse evento nunca se realize, ao Estado sempre será assegurado o direito de exercer a pretensão de punir, sem nenhum tipo de limitação no tempo.

Em outros termos: a própria lógica da prescrição é que as pretensões sejam exercidas em prazo previamente delimitado no tempo, e, caso essa limitação não exista, o que se tem, ao fim, é a imprescritibilidade.

Nessa direção, cito doutrina dos professores Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel: “condicionar a suspensão da contagem prescricional a um evento incerto - o comparecimento do acusado ao processo - é, por óbvio, tornar indefinido o final do prazo de suspensão da prescrição, tornando o delito, ao menos em tese, imprescritível.” (GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. Contagem da prescrição durante a suspensão do processo: súmula 415 do STJ. In: <https://migalhas.uol.com.br>. Acesso em 5 de outubro de 2020).

Em igual sentido, registro os ensinamentos do professor Aury Lopes Júnior:

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. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 663)

Nesse contexto, entendo que não se pode admitir um sistema de persecução penal que autorize o julgamento de um delito 30, 40, 50, 100 depois do crime, sem que haja estabilidade do direito. É dizer, a liberdade individual não pode ficar sujeita a um prazo indefinido, situação que nada distingue, em essência, da imprescritibilidade.

A propósito, no caso concreto, o crime apurado ocorreu em 1999, ou seja, há mais de 20 anos. E, a depender da solução que se adote, o Estado poderá exercer sua pretensão persecutória *ad infinitum*. Contudo, na hipótese, penso que todas as razões para a incidência da prescrição estão presentes.

Diante do longo transcurso de tempo, o indivíduo que será eventualmente punido é bastante diverso daquela que, em circunstâncias outras, teria praticado o crime. O longo tempo em que essa pessoa não foi localizada pelo poder Estatal, sem cometer novos delitos, está a indicar que a finalidade de readaptação social foi atingida. A par disso, não haverá mais relação entre causa e efeito, pois o significativo lapso entre a data do crime e a data da possível punição faz com que se perca a noção de proximidade e a própria ideia de prevenção geral. Igualmente, há um enfraquecimento das provas de apuração do crime, com significativo risco de injustiça e com graves prejuízos à ampla defesa, pois se estaria a demandar do indivíduo a produção de provas longos anos após o suposto crime.

Sobre esse último ponto, por oportuno, cito trecho de voto da Min. Cármen Lúcia, proferido no julgamento do já citado Recurso Extraordinário 669.069, em que Sua Excelência ressaltou que a tese da imprescritibilidade prejudica o exercício do direito de defesa, garantia fundamental à ordem constitucional:

[...] a tese de imprescritibilidade esbarraria no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional. Primeiro, porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, e hoje, até por lei, não se exige isso, a documentação necessária para uma eventual defesa.

[...]

Em juízo contra a Administração Pública, o Poder público, sim, mantém arquivos por longos períodos, atos a deflagrar acusação contra terceiros, que podem remanescer desarmados diante de tais imputações, muito tempo depois, sem que se possa fazer a prova e se defender. Ademais, a Constituição é expressa nos casos de imprescritibilidade, por exemplo, no campo penal, mais gravosa, para se eternizarem. Porém, neste caso, não passa de uma pessoa, e, no ilícito civil, poderia inclusive passar por um período, realmente, que, aí, é a eternidade, porque poderia se transferir. O Professor Celso Antônio lembra que o prazo prescricional haverá de respeitar necessariamente o que é possível para um homem médio se defender. E bastaria este argumento para se ver que não se teria, em qualquer ato, a possibilidade de pleno exercício do direito de defesa. A Constituição se interpreta sistematicamente, garantindo os princípios fundamentais, um dos quais é exatamente este.

Por fim, consigno que o enunciado n.º 415 do STJ, questionado no presente recurso extraordinário, data de 16 de dezembro de 2009, tem sido aplicado pelos tribunais pátrios, sem grandes questionamentos. A alteração desse entendimento, que limita a suspensão do prazo prescricional, parece-me contrariar à própria lógica da prescrição, que visa trazer segurança jurídica.

Nessa direção, cumpre anotar que o tema da prescrição não pode tornar-se uma fonte de confusão e insegurança, contrariando a sua vocação fundamental, a saber, ser um princípio baseado precisamente no primado da segurança. (*Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*. <https://www.senat.fr/rap/r06-338/r06-338.html>, Rapport d'information n.º 338 (2006-2007) de MM. Jean-Jacques HYEST, Hugues PORTELI e Richard YUNG *fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois*, 20 de junho de 2007).

Dessa forma, à luz do artigo 5.º, incisos XLII, XLIV, XLVII, LXXVIII e LIV, da Constituição Federal, concluo ser constitucional limitar a suspensão do prazo de prescrição na hipótese do art. 366 do Código de Processo Penal.

Dito isso, cabe, neste momento, averiguar qual seria o prazo de limitação do prazo prescricional. Conforme destacado anteriormente, o verbete sumular n.º 415 do STJ limita a suspensão do prazo de prescrição ao máximo previsto abstratamente para o crime, nos termos do art. 109 do Código Penal. Por outro lado, como destacado, há correntes doutrinárias que propõem que o prazo prescricional fique suspenso até o limite máximo de prescrição previsto no Código Penal, a saber, 20 anos (art. 109, inciso I) ou até o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, qual seja, 30 anos (art. 75, CP).

Entendo que a razão está com o Superior Tribunal de Justiça. Há de haver proporcionalidade entre a pena e a prescrição, de modo que a pena seja a medida da prescrição. Nesse sentido, o Código Penal, em seu art. 109, prevê que os prazos de prescrição variam conforme as penas máximas cominadas aos delitos. Isso porque não há sentido um crime mais leve prescrever de forma igual a um crime mais grave.

A ideia de proporcionalidade entre a quantidade de pena e a prescrição já estava presente nos ensinamentos de Cesare Beccaria, em sua clássica obra, “Dos delitos e das Penas”:

Não devem as penas ser somente proporcionais entre si e aos delitos, em intensidade, apenas, mas também no modo de aplicação.

[...]

Nos delitos mais graves, por serem mais raros, deve reduzir-se o tempo de instrução por causa da maior probabilidade de inocência do réu, devendo aumentar o prazo de prescrição, pois da sentença definitiva da inocência ou da culpabilidade de um homem depende o fim da sua ilusão de impunidade, cujos danos aumentam conforme a gravidade do delito. Nos delitos menores, porém, sendo menos provável a inocência do réu, deverá somar-se o tempo da instrução e, sendo menores os danos da impunidade, será menor o prazo da prescrição. (BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das Penas. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 100-102).

A doutrina hodierna, igualmente, aponta para a relação de proporcionalidade entre a pena e a prescrição. Nessa linha, por sua pertinência, cumpre registrar lição de Cezar Bitencourt:

No sistema penal brasileiro os prazos prescricionais estão diretamente vinculados à duração das penas, nos termos contidos no art. 109 de nosso Código Penal. Dito de outra forma, a extensão do prazo prescricional está diretamente relacionada à gravidade da pena tanto daquela cominada (art. 109) quanto a que for concretizada na decisão condenatória (art. 110). Comprova-se aqui, claramente, a adoção do princípio da proporcionalidade, ou seja, a pena mais grave corresponde ao lapso prescricional mais extenso; a pena menos grave corresponde à prescrição em menor prazo. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 904).

Nesse contexto, julgo que regular o prazo de suspensão da prescrição, em conformidade com a pena máxima em abstrato do delito objeto de julgamento nos termos do art. 109 do Código Penal, mostra-se condizente com o princípio da proporcionalidade, e com a própria noção de individualização da pena, na medida em que a prescrição deve guardar proporção com a pena a ser aplicada.

Dessarte, entendo ser compatível com a Constituição da República a interpretação conjunta do art. 366 do Código de Processo Penal com o art. 109 do Código Penal, de forma a limitar o prazo de suspensão da prescrição ao tempo máximo de prescrição da pena em abstrato prevista para o delito.

Firmada, portanto, a limitação de suspensão do prazo de prescrição, cabe, por derradeiro, indagar sobre eventual limitação temporal do prazo de suspensão do processo.

Tem-se, assim, a última corrente mencionada no corpo deste voto. Trata-se de posição surgida mais recentemente em alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, decorrido o prazo de suspensão da prescrição previsto no art. 109 do Código Penal, voltariam a correr tanto a prescrição quanto o processo com a nomeação de defensor dativo. Pode-se falar que essa corrente é uma derivação do verbete sumular n.º 415 do STJ, que estipulou, ao menos de forma expressa, somente a limitação da suspensão do prazo de prescrição, e não da suspensão do processo. Argumenta-se, em linhas gerais, que não se poderia cindir a regra prevista no art. 366 do CPP, isto é, a limitação do prazo de suspensão do processo e da prescrição deveria ser a mesma. Pontua-se, ainda, que o Estado não poderia ser prejudicado com a inatividade processual do imputado e que este não poderia ser beneficiado com a sua própria torpeza, por não ter comparecido aos autos.

Princípio por dizer que, quanto à alegação de cisão, não se pode confundir texto de lei (disposição legal) com norma jurídica (resultado da interpretação do texto legal). No caso, não se cuida de cindir a regra prevista no art. 366 do CPP, mas sim de conferir eficácias distintas a normas jurídicas diversas, uma dirigida à suspensão da prescrição e outra dirigida à suspensão do processo.

Dessa forma, ao menos no campo da teoria do direito, não vislumbro óbice na retomada do curso do prazo prescricional, ainda que o processo permaneça suspenso. A propósito do tema, cito doutrina do professor Afrânio da Silva Jardim, ao comentar referido dispositivo:

Não se deve confundir, *data venia*, artigo de lei com norma jurídica. Um artigo de determinado Código pode veicular inúmeras normas jurídicas, como acontece nos chamados tipos mistos alternativos (arts. 12 e 16 da Lei nº 6.368/76, por ex.). Nestes, cada núcleo verbal é uma regra proibitiva, preceito ou norma jurídica.

[...]

Da leitura do art. 366 do CPP, se depreendem duas normas jurídicas, dois preceitos, ou seja, duas regras de conduta reguladas pelo legislador: uma, de natureza processual penal, dirigida ao juiz, determinando a suspensão do processo, vez que a citação por edital é uma citação ficta e outra, norma de direito penal, regulando a

suspensão do prazo prescricional, matéria pertinente ao chamado *ius puniendi* do Estado.

[...]

Repetindo, tal dispositivo legal traz em seu bojo duas regras de comportamento, de naturezas diversas, que têm aplicação e incidências diferentes. Não se cuida, na espécie, de cindir a norma, mas, sim, dar eficácia a uma das normas do artigo comentado . (JARDIM, Afrânio da Silva. A suspensão obrigatória do processo - reflexão sobre a interpretação e aplicação do art. 366 do CPP. Revista Forense, Rio de Janeiro. V. 352, 200, p. 525-526) (grifei).

De igual modo, com relação à alegação de má-fé do acusado, penso que não se pode presumir torpeza em caso de inatividade processual decorrente de citação editalícia. Dificilmente, lê-se jornais de grande circulação ou o Diário Oficial para se certificar da constância de nome em citação editalícia. Por isso mesmo que se diz ser a citação por edital uma ficção jurídica, que, dessa maneira, não pode implicar sanção processual.

Ademais, não está, dentre os pressupostos da citação editalícia, a má-fé ou a ocultação. Em verdade, na hipótese de ocultação, o que se tem, via de regra, é a citação por hora certa. Aliás, no ponto, é importante deixar registrado que o legislador ordinário, atento à eventual malícia do acusado, ressalvou da suspensão do processo, os casos de ocultação do réu ou a hipótese em que o imputado, ciente da ação penal, não comparece aos autos, situações em que o feito prossegue à revelia do acusado (art. 362 e 367 do CPP). Em resumo: inatividade processual decorrente de citação ficta não se confunde com má-fé.

Por fim, com relação ao argumento de que não se pode dar curso ao prazo de prescrição, uma vez que o Estado permanece na impossibilidade de agir por força da suspensão do processo, consigno que o art. 366 do Código de Processo Penal traz mecanismos que permitem a atuação do Estado-acusação mesmo que o processo esteja suspenso.

Nesse sentido, o legislador ordinário, atento ao interesse da sociedade na persecução penal, previu tanto a possibilidade de decretação de prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal quanto autorizou a colheita cautelar de provas consideradas urgentes. Mas não é apenas isso. O Estado-acusação também não está impedido de promover diligências para tentar localizar o endereço do processado, como, por exemplo, por meio de consultas ao SPC, SERASA, Cartórios Extrajudiciais, Tribunais Eleitorais, dentre outros. Contudo, se o Estado nada faz ou o faz de forma ineficaz e não exitosa, está caracterizado

o desinteresse, explícito ou implícito, pela persecução penal, o que faz surgir a razão para prescrição penal, ainda que o processo permaneça suspenso.

Em verdade, a interpretação no sentido de retomada do curso do processo após a fluência do prazo de prescrição nada mais é do que o resgate do dispositivo na redação anterior.

Como dito previamente, por ser a citação por edital uma ficção jurídica, pretendeu-se com a alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.271/1996, obstar que alguém fosse processado e julgado sem que se tivesse a certeza de que tomara conhecimento do processo, em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF), bem como ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). O escopo, portanto, era impedir que o réu fosse surpreendido com uma sentença condenatória transitada em julgada.

A propósito, cito a exposição de motivos da Lei 9.271/96, elaborada pelo então Ministro de Estado da Justiça Alexandre de Paula Dupeyrat Martins:

Em relação à citação por edital, artigo 366, cogita-se da suspensão do processo e do próprio curso da prescrição para a hipótese do não comparecimento do acusado. Tal hipótese, sem dúvida, leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação, posterior, de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV) conferem o respaldo legal à nova pretensão do art. 366 [...]

Igualmente, a par de estar em conformidade com a Constituição Federal, a alteração legislativa está em harmonia com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizados pelos Decretos n. 678, de 6 de novembro de 1992 e n. 592, de 6 de julho de 1992, diplomas que, à luz da cláusula de abertura prevista nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, têm força normativa interna e natureza supralegal (RE nº 466.343, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008).

Nesse sentido, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dentre as garantias processuais, assegura a toda pessoa processada, o direito à “comunicação prévia e pormenorizada” da acusação formulada, bem como o direito de “defender-se pessoalmente ou

de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor” (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”, respectivamente). Na mesma linha, o Pacto de Direitos Civis e Políticos afiança que toda pessoa processada terá o direito de ser informada “sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada”, bem como garante à pessoa processada o direito de presença no julgamento e “de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha” e, caso não o tenha, de ser informado “do direito que lhe assiste de tê-lo” (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”, respectivamente).

Sobre o tema, por oportuno, colaciono lição do professor Afrânio Silva Jardim em que aponta ser incompatível com o sistema constitucional vigente que um processo tenha curso sem que se tenha certeza de que o réu foi cientificado da acusação:

Ademais, hoje já se entende ser incompatível com o sistema constitucional vigente, que assegura expressamente o contraditório e a ampla defesa, bem como incompatível com os princípios que fundamentam o Estado de Direito Americano, alguém ser processado sem que tenha sido efetivamente cientificado da acusação e da existência do processo instaurado contra si. Tratados internacionais firmados com o Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vedam a adoção pelos seus signatários de sistema processual penal que admita processo sem que o réu tenha dele tornado conhecimento expresso. Destarte, a incidência da norma jurídica internacional, na espécie, é de rigor, vez que encontra, inclusive, suporte constitucional. (JARDIM, Afrânio da Silva. A suspensão obrigatória do processo - reflexão sobre a interpretação e aplicação do art. 366 do CPP. Revista Forense, Rio de Janeiro. V. 352, 200, p. 526).

No mesmo rumo, o professor Aury Lopes Júnior leciona ser a suspensão do processo em caso de inatividade processual do réu citado por edital uma conquista democrática da qual não se pode abrir mão:

Mas, voltando ao não comparecimento do réu citado por edital, a suspensão do processo nesse caso é um imperativo lógico (uma conquista democrática, sem dúvida) de que ninguém pode ser processado sem que tenha conhecimento da existência da acusação. Incrivelmente, até 1996, ainda existia no Brasil a possibilidade de

processos em estado de revelia, ou seja, sem que o acusado tivesse sido citado (citação real). Eram processos nitidamente inquisitórios (ou melhor, ainda mais inquisitório que o atual...), em que se nomeava um defensor (in)ativo, na verdade, um convidado de pedra, absolutamente inativo e impossibilitado de produzir prova. O chamado “princípio de audiência” é fundamental para existência do contraditório e, por conseguinte, para ter-se verdadeiramente um processo judicial, eis que pensado a partir do conceito de processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI). Assim, é exigência do contraditório de que ninguém possa ser condenado sem ser ouvido, ou, ao menos, sem que se lhe tenham oportunizado condições reais de ser ouvido (inatividade processual real). Não é suficiente, portanto, a mera citação ficta para o desenvolvimento do processo. Quando não citado o réu, pessoalmente, não pode o processo continuar. A exceção a essa regra fica, agora, com a perigosa e problemática citação com hora certa, que demanda uma cautela ainda maior por parte dos juízes que, na dúvida em relação ao certificado pelo oficial de justiça, deve citar o réu por edital.

[...]

Com a alteração legislativa, um grande acerto e um grande erro: o acerto de suspender o processo e o erro de também suspender a prescrição (agravado pela ausência de limite temporal dessa suspensão), como se verá na continuação. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 661-662).

Portanto, o entendimento de dar prosseguimento ao processo após a fluência do prazo de prescrição não está conformidade com a Constituição Federal, com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, nem com o Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Além disso, essa linha de inteligência contraria a própria legislação pátria infraconstitucional. Nesse sentido, o art. 363, § 4º, do Código de Processo Penal é expresso em prever que, somente com o comparecimento do acusado citado por edital, o processo prosseguirá em seus devidos termos, dentre eles, a apresentação de resposta à acusação. Na mesma linha, o art. 396, parágrafo único, do CPP, dispõe que, em caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir apenas a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Mas não é só. O entendimento de retomada do curso do processo, além de não prestigiar as garantias inerentes ao devido processo legal, coloca o processado em uma situação mais gravosa que a situação jurídica de

suspensão do processo e da prescrição *ad aeternum*, contrariando a própria lógica da alteração promovida pela Lei nº 9.271, de 17/04/1996, que foi a de assegurar o direito à ampla defesa e o contraditório no caso de citação ficta. Explico.

Quando se tem a suspensão do processo e da prescrição sem limitação temporal, caso o acusado, compareça aos autos, ainda que anos depois, ele poderá exercer minimamente sua defesa, pois, a despeito de a prescrição ter permanecido suspensa, o processo também não terá tido seu curso. Por outro lado, quando se tem a retomada do curso do processo, anos após o retorno do transcurso do prazo prescricional, o acusado poderá ser surpreendido com uma sentença condenatória com trânsito em julgado, situação em que quase nada poderá ser feito. Em resumo: o novel entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao visar uma interpretação do artigo 366 do CPP compatível com a regra da constitucional da prescritibilidade no campo penal, acabou por contrariar a própria Constituição Federal.

Por derradeiro, já caminhando para o final deste voto, consigno que a nomeação de defensor dativo para o prosseguimento do processo não supre as garantias do devido processo legal, nem da ampla defesa e do contraditório. Primeiro, porque a alteração legal busca impedir que o indivíduo seja processado sem que tenha efetivo conhecimento da acusação e sem que possa exercer o direito subjetivo fundamental à autodefesa. Segundo, porque também visa evitar que alguém seja submetido a um processo penal no qual, na fase instrutória, ou seja, a mais relevante do processo, não possa escolher seu defensor, nem ter contato com ele, de modo a indicar-lhe testemunhas, apresentar provas, advertir sobre as testemunhas arroladas na peça acusatória, requerer diligências, dentre outros. Como já destacado, essa garantia individual decorre do texto constitucional, assim como dos art. 8º, item 2, alínea “d” da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 14, item 3, alínea “d”, do Pacto de Direitos e Cívicos e Políticos, os quais asseguram ao réu o direito de ser assistido por defensor por ele escolhido e de se comunicar com ele, em particular, durante o todo o tempo necessário.

Em consequência, diante do exposto, concluo que o art. 366 do Código de Processo Penal, na parte em que prevê a paralisação do processo, sem prazo determinado, mostra-se compatível com a Constituição Federal, segundo a qual, ninguém pode ser privado da liberdade sem o devido processo legal, assegurados o contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Por outro lado, na parte em que o art. 366

da Lei Processual Penal cuida da suspensão do prazo prescricional, entendendo que o dispositivo, ressalvadas as hipóteses constitucionais de imprescritibilidade penal (art. 5º, incisos XLII e XLIV), deve ser interpretado em conjunto com o art. 109, caput, do CP, para estar em conformidade com a Constituição da República, em especial a vedação de penas de caráter perpétuo, a duração razoável do processo e o devido processo legal substantivo (art. 5º, incisos XLVII, LXXVIII e LIV).

5. O caso concreto

Como relatado, no caso dos autos, a ré foi denunciada pela prática, em tese, do crime previsto no art. 249, caput, do Código Penal, isto é, delito não previsto na Constituição Federal como imprescritível.

O crime ocorreu em 22/12/1999 e a denúncia foi recebida em 17/04/2000 (eDOC 1, pp. 5/6). Por não ter sido a ré encontrada para citação pessoal, nem ter respondido à citação por edital, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF determinou a suspensão do curso do processo e do prazo prescricional, com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal, em 06/10/2000 (eDOC 1, p. 202).

Ulteriormente, decorrido o prazo de suspensão da prescrição regulado pela pena máxima em abstrato cominada ao delito, a saber, 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V do Código Penal, o magistrado singular considerou que a prescrição voltou a correr, em 05/10/2000, pelo tempo restante. Assim, ao constatar que, descontado o prazo de suspensão da prescrição, houvera transcorrido cerca de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, inciso V, do CP e extinguiu o processo.

Interposto recurso pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o TJDFT manteve a sentença de 1ª Grau. O acórdão recorrido, assim como a decisão do Juiz singular estão em conformidade com o entendimento adotado no presente voto.

6. Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público e proponho a fixação da seguinte tese: Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os

crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/11/2020 00:00