



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ÍTALO FREITAS CARVALHO MACHADO CUNHA

**A SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO
PROCESSO PENAL:
a duração da suspensão do prazo prescricional do artigo 366 do CPP
segundo a súmula 415 do STJ e a jurisprudência do STF**

Brasília

2017

ÍTALO FREITAS CARVALHO MACHADO CUNHA

**A SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO
PROCESSO PENAL:**

**a duração da suspensão do prazo prescricional do artigo 366 do CPP
segundo a súmula 415 do STJ e a jurisprudência do STF**

Monografia apresentada como requisito para
aprovação no curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. José Theodoro Corrêa de
Carvalho

Brasília

2017

RESUMO

A presente monografia procura contribuir à discussão sobre a suspensão da prescrição, plasmada no art. 366, do CPP. A controvérsia acerca da duração da suspensão da prescrição perdura há mais de duas décadas, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Assim, a fim de clarear algumas questões, procurou-se analisar: o prazo da suspensão da prescrição; a (in)constitucionalidade do artigo 366, do CPP; a possibilidade ou não de edição de nova hipótese de imprescritibilidade por meio de lei infraconstitucional; e as diferenças entre a suspensão da prescrição e a imprescritibilidade. O método utilizado nesta pesquisa dogmática-instrumental fora a coleta de informações em bibliografias e documentos para prover o embasamento teórico ao estudo. Utilizou-se, precipuamente, o método observacional e dedutivo, partindo-se do geral (a partir de princípios, leis e teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis) até chegar às especificidades do tema em liça, sempre acompanhado de um raciocínio lógico e analítico sobre os institutos jurídicos. Ao fim do trabalho, observou-se que a melhor interpretação para a suspensão da prescrição é a firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 491.786/RS, e não a da Súmula 415, do Superior Tribunal de Justiça, pois se afigura como a mais técnica e compatível com o sistema romano-germânico, adotado pela República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Suspensão. Prescrição. Imprescritibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO I – PRESCRIÇÃO PENAL.....	7
1 - Conceito.....	7
2 - Fundamentos.....	8
3 - Natureza jurídica; prescrição, decadência e preempção.....	10
4 - Prescrição da pretensão punitiva e executória.....	13
5 - Prescrição em abstrato, superveniente e retroativa.....	16
5.1 - Prescrição em abstrato.....	16
5.2 - Prescrição Superveniente ou Intercorrente.....	17
5.3 - Prescrição retroativa.....	18
6 - Contagem dos prazos prescricionais.....	18
7 - Prescrição antecipada ou da pena em perspectiva.....	21
8 - Interrupção do prazo prescricional.....	21
9 - Causas suspensivas da prescrição.....	23
10 - Imprescritibilidade.....	28
CAPÍTULO II - CITAÇÃO E REVELIA.....	29
1 - A citação e os princípios institutivos do processo.....	29
2 - A citação como pressuposto para existência do procedimento em contraditório.....	29
3 - Evolução histórica da citação e da revelia.....	31
3.1 - Antiguidade.....	31
3.2 - Direito grego.....	32
3.3 - Direito romano.....	32
3.4 - Idade média.....	32
3.5 - Direito lusitano.....	32
3.6 - Direito brasileiro.....	33

4 - Citação pessoal e revelia.....	34
5 - Citação por edital e revelia.....	35
6 - Suspensão do processo em face da revelia no direito comparado.....	37
CAPÍTULO III - SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO CASO DE CITAÇÃO POR EDITAL.....	39
1 - Da duração da suspensão do prazo prescricional.....	39
2 - O posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 460.971/RS.....	45
3 - A súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça.....	48
3.1 - Da Analogia do Art. 109 do CP ao Art. 366 do CPP.....	51
4 - Suspensão da prescrição por prazo indeterminado e imprescritibilidade.....	53
5 - Da constitucionalidade da suspensão da prescrição por prazo indeterminado.....	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O tema que se procurou dissecar no presente trabalho monográfico versa sobre a suspensão da prescrição no processo penal, plasmada no art. 366, do CPP. Nessa pesquisa dogmática-instrumental procurou-se analisar todas as questões concernentes à suspensão da prescrição prevista no art. 366, do CPP, com o intuito de contribuir ao debate, mormente sobre: o prazo da suspensão da prescrição; a (in)constitucionalidade do artigo 366, do CPP; a possibilidade ou não de edição de nova hipótese de imprescritibilidade por meio de lei infraconstitucional; e as diferenças entre a suspensão da prescrição e a imprescritibilidade.

É importante apontar que a controvérsia do tema surgiu com a reforma do art. 366, do CPP, através da Lei 9.271/96, que não determinou um prazo para a suspensão da prescrição quando o réu fosse citado por edital. Isto porque o aludido artigo previa somente uma condição, em vez de um termo, para que a prescrição retomasse seu curso. Portanto, a controvérsia se instalou porque o enunciado normativo do art. 366, do CPP, diz menos do que deveria.

Nessa senda, nas últimas duas décadas em que a controvérsia tem sobrevivido, foram sustentadas diversas teses com escopo de amenizar a insatisfação com a aludida norma. Contudo, das inúmeras teses levantadas, prevaleceram, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, dois posicionamentos: um concretizado na Súmula 415, do Superior Tribunal de Justiça, e outro exarado no julgamento do Recurso Extraordinário 460.971/RS, pelo Supremo Tribunal Federal. Acontece que os dois posicionamentos são totalmente contraditórios, razão pela qual a controvérsia continua em ebulição.

Felizmente, há um Recurso Extraordinário que se encontra concluso para julgamento no STF e que, em um futuro próximo, dará um fim ao tema em liça. Dessa forma, enquanto a controvérsia continua em pauta, importante se faz contribuir a essa discussão, razão pela qual se tornou interessante a produção do presente trabalho.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos com o desígnio de facilitar a compreensão do tema e levar o leitor, de forma didática, a entender a origem das questões jurídicas debatidas. Destarte, o primeiro capítulo versa sobre todos os aspectos da prescrição penal que são imprescindíveis para a compreensão do tema, como: o conceito de

prescrição, natureza jurídica, fundamentos, espécies, contagem, causas suspensivas, causas interruptivas e imprescritibilidade.

No segundo capítulo procurou-se delinear os aspectos fundamentais da citação e da revelia, bem como a relevância dos dois institutos para o processo penal. Dessa forma, discute-se sobre a citação como pressuposto para existência do procedimento em contraditório, a evolução histórica da citação e da revelia e a suspensão do processo em face da revelia no direito comparado. Além disso, analisa-se a incidência ou não da revelia nos casos de citação pessoal e de citação por edital, conforme o direito pátrio, possibilitando, assim, uma compreensão do que vem a ser a problemática central deste trabalho monográfico.

O terceiro capítulo, por fim, apresenta a problemática central e os problemas constitucionais associados ao tema. A discussão sobre a norma engatada no art. 366, do CPP, passa a tomar forma com a apresentação das razões sustentadas por juristas de peso, como Damásio de Jesus, Lozano Júnior, Eugênio Pacelli de Oliveira, Eduardo Reale Ferrari e Adilson Nascimento. Depois se analisa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, cristalizado no julgamento do RE 460.971/RS, estudando os pontos centrais da argumentação jurídica, mormente a emanada pelo Ex-Ministro Sepúlveda Pertence. Em seguida, analisa-se, pormenorizadamente, a jurisprudência e Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça, procurando extrair a lógica dos argumentos jurídicos apresentados pelos diversos Ministros da referida casa de justiça. Por derradeiro, foca-se nas questões constitucionais que tangenciam a suspensão da prescrição do art. 366, do CPP, demonstrando soluções possíveis através de interpretações sistemáticas.

Imperioso se faz avisar que a pesquisa se deu através da análise e leitura de diversas obras, jurisprudência e projetos de lei, procurando-se trazer argumentos precipuamente dogmáticos. Assim, restará nítido que o presente trabalho partiu de uma pesquisa dogmática-instrumental, olvidando-se, de certa forma, dos aspectos sociológicos e interesses envolvidos na questão. Portanto, cremos que o presente trabalho possui as seguintes características: analiticidade, objetividade, logicidade e sistematicidade, enxergando o Direito como uma ciência.

CAPÍTULO I – PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição é um dos institutos despenalizadores mais intrincados na doutrina e na jurisprudência, promovendo calorosas discussões. Isso porque a prescrição, diferentemente da morte do acusado, não possui um fundamento tão óbvio para a sua admissão como causa extintiva da punibilidade. A prescrição é uma ficção jurídica, baseada no decurso do tempo, que objetiva a não punição tardia do acusado por diversas razões.

Como bem disse o ilustre jurista Plínio Barreto, em um artigo no *O Estado de São Paulo*, de 1957 (PORTO, 1998):

[...] a prescrição tem um fundo de equidade. E, como bem assinala Zerboglio, há também um respeito à tradição. O distinto jurista frisa que a punição dos delinquentes é uma exigência do sentimento popular. Mas do mesmo passo reconhece que o tempo apaga todas as feridas morais, quer as individuais, quer as sociais.

1 CONCEITO

Como dito alhures, a prescrição é uma causa extintiva da punibilidade, conforme vaticina o art. 107, IV, do Código Penal, *in verbis* (grifo nosso):

Art. 107 - **Extingue-se a punibilidade:** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela **prescrição**, decadência ou perempção [...]

Podemos conceituar a prescrição como “a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo”. (JESUS, p. 17 apud LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 21). Assim sendo, vale frisar, a prescrição não exclui o crime, mas, extingue diretamente o poder-dever de punir o acusado, quando transcorrido determinado lapso temporal.

2 FUNDAMENTOS

Os fundamentos da prescrição penal são razões que visam justificar-lhe a subsistência ao longo dos anos, demonstrando os motivos pelos quais o Estado perde, em razão do decurso do tempo, o poder-dever de punir. Cumpre informar que existem diversas teorias que servem como supedâneo para o instituto da prescrição penal. Vejamos algumas delas:

A primeira teoria, chamada de teoria do esquecimento, segundo Ferrari (1998, p. 25), “sustenta a ideia de que o tempo faz com que a sociedade esqueça, paulatinamente, o crime e não se recorde mais do delito. Sua consequência é a extinção ou atenuação da intranquilidade, do alarme social [...]”.

A segunda teoria, por sua vez, denominada teoria da expiação do criminoso, segundo Ferrari (1998, p. 27), advoga:

[...] o andamento e a imposição do processo, durante muitos anos, fazem com que o arguido medite sobre sua conduta, havendo um momento de reflexão que dispensaria eventual punição, a justificar por esse motivo a extinção da punibilidade por meio da prescrição.

Para a terceira teoria, conhecida como a teoria da piedade, se entende que “o transcorrer do tempo faz com que a sociedade tenha compaixão para com o delinquente, a não exigir mais a reafirmação da norma violada”. (FERRARI, 1998, p. 28).

A teoria da dispersão das provas, quarta teoria, de acordo com Ferrari (1998, p. 29), está ligada “à infidedignidade, à incerteza comprobatória dos fatos em virtude do decurso do tempo e à possibilidade de sua alteração, a tornar duvidosa e precária a apreciação da responsabilidade delituosa”.

A quinta teoria, chamada de teoria da emenda, predica que “durante o andamento do processo, o arguido tem a oportunidade de redimir o mal praticado, não mais necessitando de punição”. (FERRARI, 1998, p. 31).

Nessa esteira, Ferrari (1998, p. 31) sustenta que, para esta teoria, “a ausência de outras condutas delituosas, durante o processo, [...] seria a demonstração de que o indivíduo se regenerou, ou está ressocializado à comunidade [...]”.

A teoria psicológica, sexta teoria, informa que “o tempo pode mudar a constituição psíquica do indivíduo, a eliminar o nexos psicológico entre o fato e o agente. Acreditando na força e na interferência que o tempo possui sobre as pessoas” (FERRARI, 1998, p. 32).

Para a sétima teoria, conhecida como a teoria orientada por princípios de política criminal, tem-se a seguinte justificativa para a prescrição:

Partindo da premissa de que a política criminal é a ciência que tem por finalidade a prevenção e o combate à criminalidade, desde a configuração do direito e da justiça criminal até à efetividade da sanção penal, unindo-se funcionalmente à dogmática, os estudiosos constataram que um dos instrumentos possíveis para diminuir a criminalidade configurar-se-ia por meio da não-punição de condutas tardias, a atenuar a participação do Estado apenas aos casos estritamente necessários, impondo-se a punição quando justificável e indispensável. Assim sendo, nos casos em que os crimes haviam sido praticados há muitos anos, desnecessária seria a punição do agente, decorrente da prescindibilidade da sanção. (FERRARI, 1998, p. 33).

A oitava teoria - teoria da presunção da negligência - predica:

[...] o crime não é punido por exclusiva culpa dos operadores da máquina estatal. Adotada do Direito Civil, a doutrina da presunção da negligência do Estado atribui, como justificativa da prescrição da ação, a constatação da inércia por parte das autoridades incumbidas do *ius perseguendi*. As autoridades, utilizando-se de má-fé ou negligência, permitem ao cidadão o direito de não ser punido após certo lapso temporal. [...] Fulcrar-se-ia no fato de que, passado certo lapso temporal, presumida restaria a negligência por parte do Estado, não havendo mais interesse na punição. (FERRARI, 1998, p. 34).

Por fim, a nona teoria, chamada de teoria da exclusão do ilícito, expõe:

[...] o bem jurídico, passado longo curso temporal, deixa de ter relevância social a esquecer-se do delito e, portanto, a justificar a prescrição. Parte-se do pressuposto de que o tempo interfere na ilicitude material da conduta a conduzir a não-punição do agente”. (FERRARI, 1998, p. 36).

Destarte, Ferrari (1998, p. 36-37) chega à conclusão que das nove teorias apresentadas, razão atual assiste a três: 1) a teoria do esquecimento; 2) a teoria político-criminal; 3) a teoria de dispersão das provas.

Para Damásio de Jesus (2010, p. 34-35), a prescrição em nossa legislação penal possui 3 (três) fundamentos, quais sejam: 1- o decurso do tempo (teoria do esquecimento); 2- a correção do condenado; e 3- a negligência da autoridade. O significado do primeiro fundamento é que “pelo transcurso do tempo, considera-se a inexistência do interesse estatal em apurar um fato ocorrido há muitos anos, ou de ser punido seu autor.” (JESUS, 2010, p. 35). O segundo fundamento está contido no art. 117, VI, do nosso CP, quando dispõe sobre a hipótese de interrupção da prescrição pela reincidência, sob o pressuposto de que “se ao primeiro crime não se segue outro, presume-se a correção do autor [...] desaparecendo a razão para a punição da primeira infração penal”. (JESUS, 2010, p. 35). Por fim, a relevância do terceiro fundamento é que a inércia da autoridade pública abre espaço para que a prescrição corra. Assim, “o prazo prescricional pode ser interrompido pela realização de certos atos processuais, como o recebimento da denúncia (CP, art. 117, I), pela pronúncia (II), pela decisão confirmatória da pronúncia (III) [...]” etc. (JESUS, 2010, p. 35).

Jawsnicker (2004, p. 34), por sua vez, aponta as mesmas teorias apresentadas por Ferrari como fundamento da prescrição penal, contudo, apresenta uma última diferente. Trata-se da teoria da extinção dos efeitos jurídicos, que predica: “o direito penal existe para reprimir o crime, visto como fato de efeitos antijurídicos, tanto materiais quanto morais. Como o tempo faz desaparecer os efeitos antijurídicos do crime, também desaparece a necessidade de punição”.

Ante o exposto, observa-se que podemos encontrar inúmeras razões para defender a existência do instituto da prescrição penal. Trata-se de uma medida de justiça. Parece-nos, também, que a doutrina chega a um consenso, entendendo que a teoria do esquecimento apresenta um razoável fundamento para a existência da prescrição penal. Assim, pode-se afirmar que a prescrição penal encontra seu fundamento no decurso do tempo e na negligência estatal, o que faz com que um delito seja esquecido.

3 NATUREZA JURÍDICA; PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA E PEREMPÇÃO

Há grandes controvérsias acerca da natureza jurídica da prescrição. Uns a consideram como um instituto de Direito Penal, outros como instituto de Direito Processual Penal e há também quem a considere como instituto misto.

Segundo o jurista Antonio Porto (1998, p. 22), no tocante à natureza jurídica da prescrição:

A prescrição penal pertence ao direito material, ou substantivo, e não ao direito formal, ou adjetivo, embora algumas de suas consequências imediatas sobre a ação penal e a condenação pertençam ao direito processual. Alguns autores, entre os quais Carnelutti e Louré, têm entendido que a prescrição penal pertence ao direito processual. Outros lhe atribuem caráter misto, como Adolphe Prins, que considerava a prescrição da ação como sendo de processo penal e a prescrição da pena como pertencente ao direito substantivo. Por ser assunto de direito material é que os Códigos Penais, e não os de Processo, disciplinam os casos de prescrição, prazos, interrupção, suspensão etc. No Brasil-Império, a prescrição penal era regulada exclusivamente pelas leis de processo. Na França, a prescrição penal figura no *Code de procédure pénale*.

Lozano Júnior (2002, p. 25), embora reconheça que a extinção da punibilidade produz efeitos processuais, como a devolução da fiança em determinadas hipóteses de prescrição ou a rejeição da denúncia, advoga que:

[...] a prescrição tem natureza material, pertencendo aos limites do Direito Penal. Isto porque ela extingue o direito de punir do Estado, surgido com a prática do crime; é dizer, aniquila a punibilidade de maneira direta e imediata.

Estabelecido o seu conceito, seus fundamentos e sua natureza jurídica, agora nos resta diferenciar o instituto jurídico da prescrição das outras causas de extinção da punibilidade também previstas no inciso IV, do art. 107 do CP, quais sejam: a *decadência* e a *perempção*.

A prescrição, segundo Ricardo Teixeira Lemos (2003, p. 44):

[...] difere da decadência, porque o primeiro extingue o direito de punir do Estado, já a decadência atinge o direito do ofendido ou seu representante legal de promover a ação penal privada, nos crimes de ação privada ou representação para os crimes de ação pública condicionada a representação, no prazo legal, que regra geral é de seis meses.

Nesse diapasão, Mesquita Júnior (2007, p 46) aduz:

[...] a prescrição atinge diretamente a punibilidade, enquanto a decadência só a atingirá indiretamente, uma vez que diretamente será atingido o direito de ação, ou seja, inviabilizará o exercício do direito de queixa ou de representação. Com efeito, como a queixa e a representação são meios para o exercício do direito de punir, eis que sem estas não haverá processo e sem este o Estado não poderá aplicar a pena ao infrator da lei. Indiretamente, a decadência extingue a punibilidade.

Complementando a diferenciação entre a prescrição e a decadência, Antonio Rodrigues Porto (1998, p. 41) nos informa que:

[...] os prazos de decadência não estão sujeitos à suspensão nem interrupção, e não são reduzidos no caso de o agente ser menor de vinte e um anos ou maior de setenta. O curso desses prazos não sofre alteração com as férias coletivas, nem com ato de torpeza por parte do acusado para retardar a queixa ou representação.

Além disso, imperioso se faz destacar que o prazo decadencial é inteiramente independente do prazo da prescrição. Como visto anteriormente, o prazo decadencial, em regra, é de seis meses e este começa a ser contado “do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso da ação de iniciativa privada subsidiária da pública, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia”. (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 47). Já o prazo prescricional começa a ser contado, em regra, a partir do dia em que se consumou o delito, conforme vaticina o art. 111, do CP.

No tocante à diferença entre prescrição e preempção, conforme ensinamento de Mesquita Júnior (2007, p. 45), necessário se faz entender que:

[...] a preempção é uma sanção processual, aplicável ao querelante que deixa decorrer tempo maior que aquele permitido pela lei processual, ou que deixa de pedir a condenação do querelado nas alegações finais, ou, ainda, quando ocorre a morte ou extinção do querelante. Assim, a preempção é um instituto jurídico que só alcança a ação de iniciativa privada - só atinge o querelante”.

Na mesma esteira de pensamento, Antonio Porto (1998, p. 42) sustenta:

Não existe preempção nas ações iniciadas pelo Ministério Público, mesmo em virtude de representação, e nem nas iniciadas por queixa em delitos de ação pública. Nestas, em caso de abandono pelo queixoso, o Ministério Público pode, a qualquer tempo enquanto não ocorrer a prescrição, prosseguir no processo como parte principal. A preempção não tem lugar de pleno direito; exige decisão do juiz, reconhecendo-a. Pode, entretanto, ser declarada de ofício. [...] Não ocorre a preempção se a paralisação do processo se dá por determinação do juiz ou sem culpa do querelante. Outrossim, não corre prazo de preempção se a queixa ainda não foi recebida.

Estabelecidos os conceitos de prescrição, decadência e preempção, é importante não confundi-los, pois cada instituto tem um modo peculiar de atingir o *jus puniendi*. Ademais, cumpre frisar que a prescrição é um instituto de direito material, pois atinge diretamente o poder-dever de punir do Estado.

4 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E EXECUTÓRIA

Em nosso ordenamento jurídico existem dois tipos de prescrição penal: a que extingue a pretensão punitiva (art. 109, *caput*, do CP) e a que extingue a pretensão executória (art. 110, *caput*, do CP). Destarte, importante se faz saber que cada tipo de prescrição possui diferentes efeitos e podem ocorrer em momentos distintos. Vejamos suas especificidades.

A prescrição da pretensão punitiva pode ocorrer desde a data do fato delituoso até o trânsito em julgado do processo penal. Ou seja, nunca depois de definido o título executivo penal. Assim, segundo Lozano Júnior (2002, p. 26), a prescrição da pretensão punitiva “faz com que o Estado-Administração perca a possibilidade de exigir do Estado-Juiz uma decisão sobre o mérito da acusação judicialmente formulada”.

Já a prescrição da pretensão executória se refere à impossibilidade de se executar a pena definitiva. Esta ocorre após o trânsito em julgado do processo penal. Desse modo, conforme expõe o professor Lozano Júnior (2002, p. 26), a prescrição da pretensão executória:

[...] por alguns autores denominada *prescrição da condenação*, surge somente depois do trânsito em julgado da decisão penal condenatória para ambas as partes, é dizer, após a formação do título executivo penal, e faz com que não seja executada a sanção imposta na sentença definitiva.

Em análise à legislação comparada, Antonio Rodrigues Porto (1998, p. 24) informa que:

a maioria dos códigos estabelece prazos mais dilatados da prescrição, quando já existe condenação passada em julgado. O nosso, porém, adotou um critério de certo modo oposto àquele, pois os prazos prescricionais após o trânsito em julgado da condenação regulam-se pela pena imposta; normalmente, portanto, serão menores do que os prazos que regulavam a prescrição antes de tornar-se irrevogável a condenação, pois em geral a pena imposta é inferior ao máximo em abstrato. Somente para os reincidentes; é que o nosso código elevou de um terço os prazos.

No que se refere aos efeitos da prescrição da pretensão executória, Antonio Porto (1998, p. 28) expõe que, “ocorrendo a prescrição depois de passar em julgado a sentença condenatória, a consequência única em favor do réu é a de ficar isento do

cumprimento da pena, seja detentiva ou pecuniária”. Isso quer dizer que, na prescrição da pretensão executória, não haverá o efeito primário da condenação penal, qual seja: o cumprimento de pena. Contudo, o beneficiário dessa espécie de prescrição sofrerá os efeitos secundários da condenação, como: não será considerado réu primário se vier a praticar novo delito; terá que arcar com as custas processuais; não terá direito à restituição da fiança prestada; e outros.

A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, extingue os efeitos primários, secundários e extrapenais (civis, administrativos e políticos). Destarte, o réu não cumprirá qualquer pena; será considerado réu primário se vier a praticar novo crime; não responderá pelas custas processuais; terá a restituição integral da fiança; a sentença que declarar a prescrição não servirá como título judicial para ser executado no juízo cível; e, segundo Lozano Júnior (2002, p. 44):

[...] também não será efetuado o confisco dos instrumentos ou do produto do crime, estando, outrossim, autorizado o levantamento do sequestro, da hipoteca legal e do arresto sobre os bens do acusado (CPP, arts. 131, inciso III e 141).

Feitas todas essas considerações, ainda nos resta apresentar uma última questão acerca da prescrição da pretensão punitiva e executória. Considerando o novo entendimento firmado pelo STF sobre o princípio da presunção de inocência (HC 126.292/SP), que admitiu a execução provisória da pena a partir da condenação em 2º instância, seria este marco o início da contagem da prescrição da pretensão executória ou da pretensão punitiva?

O art. 117, inciso V, do CP diz que a prescrição "se interrompe pelo início ou continuação do cumprimento da pena". Nessa toada, o §2º do mesmo artigo vaticina: "interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção". Assim sendo, com o novo entendimento do STF, à luz dos referidos artigos, significa dizer que a prescrição penal não correrá se o acusado tiver cumprido provisoriamente a pena, após condenação em 2º instância. Logo, enquanto aguarda o julgamento do Recurso Extraordinário e/ou Recurso Especial, a prescrição não correrá.

Considerar que a prescrição corra durante a execução provisória da pena seria verdadeiro absurdo, pois o Estado já estaria efetivamente exercendo o seu *jus*

puniendi. (A não ser que o STJ ou o STF declare alguma nulidade no processo, nesse caso, tendo efeitos *ex tunc*, não haveria interrupção e contar-se-ia a prescrição). Portanto, se estamos punindo o acusado após o 2º grau de jurisdição, a prescrição da pretensão executória não se iniciaria com o trânsito em julgado, conforme prevê o art. 110, *caput*, do CP, mas sim após a condenação em 2º instância. Isso implica também nos efeitos da prescrição, pois como visto alhures, a prescrição da pretensão executória tem efeitos menos benéficos do que a prescrição da pretensão punitiva.

Por outro lado, pode-se interpretar que após a condenação em 2º instância cessa a contagem da prescrição da pretensão punitiva, mas, sequer se inicia a contagem da prescrição da pretensão executória, que teria seu marco inicial com o trânsito em julgado do processo para ambas as partes. Parece-nos que este seja o melhor entendimento, haja vista que o trânsito em julgado gera mais segurança jurídica sobre o resultado do caso e, como a prescrição da pretensão executória possui efeitos muito mais gravosos para o réu, devemos perfilhar a corrente mais favorável a este. Cumpre mencionar que o ilustre Ministro Celso de Mello, em seu voto no recente julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF, sustentou que o cumprimento provisório da pena, além de violar o princípio da presunção de inocência, é incompatível com nosso ordenamento jurídico, que prevê, em inúmeros artigos, que só deve haver consequências da condenação após o efetivo trânsito em julgado do processo, como por exemplo: a inscrição do nome do réu no rol dos culpados; a expedição da carta de guia; o pagamento da multa dentro de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado etc. Destarte, para a interpretação do marco inicial da contagem da prescrição da pretensão executória devemos seguir o mesmo raciocínio, qual seja: a prescrição da pretensão executória somente se inicia com o trânsito em julgado para ambas as partes, e não da data da publicação do acórdão condenatório de 2º instância. Nessa senda, entre a data da publicação do acórdão condenatório de 2º instância e o efetivo trânsito em julgado, não corre a prescrição penal se o réu estiver cumprindo pena provisoriamente, conforme vedação expressa no art. 117, inciso V e §2º do Código Penal. Porém, caso este não seja encontrado e não se inicie o cumprimento provisório da pena, a prescrição da pretensão punitiva correrá normalmente.

Assim sendo, observa-se que, com a nova interpretação dada ao princípio da presunção de inocência pelo STF, restou embaralhada a questão do marco inicial da

prescrição da pretensão executória. Diante disso, só nos resta aguardar para que esta questão seja clareada pelos Tribunais Superiores.

5 PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO, SUPERVENIENTE E RETROATIVA

Existem três espécies de prescrição da pretensão punitiva: i) prescrição em abstrato; ii) prescrição superveniente; e iii) prescrição retroativa. Vejamos a seguir suas especificidades.

5.1 Prescrição em Abstrato

A prescrição em abstrato pode ocorrer entre o início da contagem do prazo prescricional (em regra, do dia em que o crime se consumou) até a sentença condenatória, irrecurável para a acusação, que define uma pena em concreto.

O nosso Código Penal estabeleceu que o prazo da prescrição da pretensão punitiva em abstrato será regulado pelo máximo da pena cominada ao delito, conforme vaticina o art. 109, do CP, *in verbis*:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\)](#).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\)](#). [...]

Nesta senda, Mesquita Júnior (2007, p.77) informa que:

[...] o ideal seria levar em consideração a pena justa, dentro da variação prevista no CP, ou seja, a sanção efetivamente merecida pelo infrator. Entretanto, como bem acentua Delmanto, antes do término da ação é

impossível determinar o *quantum* que deverá ser efetivamente aplicado, razão pela qual o legislador teve que se valer da pena máxima prevista em abstrato.

Destarte, observa-se que a prescrição em abstrato sempre será calculada com base na pena máxima cominada ao delito, observando-se a tabela disposta no art. 109 do CP. Isto porque não é possível aferir a quantidade de pena que o acusado merece. Entretanto, na medida em que se firma uma pena em concreto, com trânsito em julgado para a acusação, não mais se faz possível a prescrição em abstrato. Assim, conclui-se que a prescrição em abstrato só pode ocorrer entre a data do fato e a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

5.2 Prescrição Superveniente ou Intercorrente

De acordo com Mesquita Júnior (2007, p. 78), a prescrição superveniente:

[...] espécie do art. 110, §1º, do CP, atinge a própria pretensão punitiva do Estado, gerando os mesmos efeitos da prescrição do art. 109 do CP. Distingue-se da prescrição calculada com base na pena em abstrato, apenas no aspecto relativo ao cálculo da prescrição, pois a base para o cálculo será a pena concretizada na sentença recorrível.

Afirma Ricardo Lemos (2003, p. 85):

[...] que a prescrição superveniente, tal como a propriamente dita, por ser antes de transitar em julgado, apaga tudo, nada permanece, o seu nome não é colocado no rol dos culpados, não forja reincidência, não pagará nenhuma multa, enfim ficará tão somente a obrigação de reparar o dano no cível, isto mediante um processo de conhecimento, já que a vítima sequer terá título de crédito que poderia ensejar ação de execução judicial. A prescrição superveniente é como se fosse decretada a nulidade total do processo, os efeitos são os mesmos.

Posto isso, vejamos o que predica o art. 110, §1º, do Código Penal:

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\).](#)

Mesquita Júnior (2007, p. 79) aponta que “é possível que se concretize a prescrição superveniente mesmo que presente o recurso da acusação, desde que tal recurso não vise à modificação da quantidade de pena”.

Ante o exposto, a prescrição superveniente ocorre, em regra, após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, mas recorrível para a defesa,

que estabelece uma pena em concreto. Cumpre salientar que esta só pode ocorrer antes do trânsito em julgado para a defesa, pois trata-se de uma espécie de prescrição da pretensão punitiva.

5.3 Prescrição Retroativa

No que se refere à prescrição retroativa, segundo Mesquita Júnior (2007, p. 80), “é aquela que o Juiz declara com base na sentença, mas considerando período anterior a ela, podendo chegar à data do fato”.

Cumpre mencionar que, com a nova redação dada pela Lei 12.234/2010, não mais é possível ter por termo inicial data anterior à denúncia, logo, não se pode chegar à data do fato. Assim, o art. 110, §1º, do CP, predica:

A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. ([Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010](#)).

Sobre a história do instituto da prescrição retroativa, Mesquita Júnior (2007, p. 81) aponta:

Tentando visualizar um breve esboço histórico, mister é dizer que a prescrição retroativa é um instituto jurídico de origem nacional, o qual se iniciou na jurisprudência, sendo que a sua aceitação pacífica ocorreu no início da década de 70, o que provocou a edição da Súmula 146 do STF, com a seguinte redação: ‘A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Ante o exposto, vislumbra-se que a prescrição retroativa leva em consideração a pena em concreto estabelecida na sentença, considerando período anterior a esta, podendo chegar à data do recebimento da denúncia.

6 CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

Lozano Júnior (2002, p. 57-58) sustenta que o prazo prescricional, por tratar-se de prazo de direito penal, é contado de acordo com a regra do art. 10 do CP. Dessa forma, computa-se o dia do começo e exclui-se o do final, sendo que o prazo expira às 24 horas da véspera do dia, mês e ano subsequente ao do seu início. Além disso, por ser fatal, não se suspende ou prorroga por finais de semana, férias ou feriados. Mas, como veremos

mais adiante, pode sofrer interrupção ou suspensão.

De acordo com o art. 111 do Código Penal Brasileiro, os prazos prescricionais podem iniciar das seguintes formas:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. [\(Redação dada pela Lei nº 12.650, de 2012\)](#)

Posto isso, Lozano Júnior (2002, p. 75) informa que, “como regra, o lapso temporal principia na data em que o crime se consumou”. Destarte, é necessário aferir qual foi o tipo de consumação do crime (crimes materiais, crimes formais, de mera conduta, crimes preterdolosos etc.) para sabermos o momento exato que se iniciou a contagem do prazo prescricional.

Já no tocante ao inciso II, do art. 111 do CP, Lozano Júnior (2002, p. 79) aduz:

Iniciada a execução de um crime, pode ele não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente. Tem-se a figura da tentativa [...] A prescrição, neste caso, conta-se a partir do último ato de execução.

No que se refere ao inciso III, Lozano Júnior (2002, p. 80) aponta:

O delito permanente é aquele em que a consumação se prolonga no tempo em razão da vontade do sujeito ativo. Nele, o estado violador da norma penal estende-se sem intervalos, fazendo com que o crime seja cometido a todo momento, enquanto não interrompida a permanência. Por isso, a lei condiciona o início da prescrição ao término do estado perene.

Lozano Júnior (2002, p. 81), a respeito desse inciso, questiona: “iniciando-se o inquérito ou a ação penal antes mesmo do término da permanência, deve começar, também, a contagem da prescrição”?

Existem três correntes interpretativas para a questão supramencionada, porém, entendemos que razão assiste somente à terceira corrente:

Uns entendem que a simples instauração de inquérito é suficiente para desencadear a contagem do prazo nos crimes permanentes, mesmo que a atividade antijurídica ainda persista. Para outros, não basta o início do procedimento policial, devendo existir, ao menos, oferecimento de denúncia. Referido ato processual, então, é tido juridicamente como o término da permanência, ainda que aquela continue a existir de fato. Uma terceira corrente pensa que o prazo prescricional somente começa com a cessação do comportamento delituoso, não fluindo enquanto não se findar o estado antijurídico, mesmo que já tenha havido instauração de inquérito ou oferecimento de denúncia. (LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 81).

No que tange ao inciso IV, do art. 111 do CP, referente aos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento de registro civil:

[...] o prazo só corre quando o fato se torna ‘conhecido da autoridade pública que possa iniciar as providências repressivas. Por conseguinte, mesmo que a vítima ou terceiros prejudicados pelo crime dele tomem ciência, a prescrição não se inicia se o Estado, por intermédio de seus agentes (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça ou Juiz de Direito), ainda desconhece o fato criminoso. (GARCIA, p. 705 apud LOZANO JÚNIOR 2002, p. 87)

Por derradeiro, o inciso V, do art. 111 do CP, trazido pela Lei nº 12.650, de 2012, estabeleceu que, nos crimes que violam a dignidade sexual de crianças e adolescentes, a prescrição iniciará na data em que a vítima completar 18 anos. Nessa esteira, segundo Danilo Andreato e Vladimir Aras (2012):

A modificação merece aplausos. As peculiaridades de casos envolvendo violência sexual contra crianças e adolescentes geralmente se pautam por uma involuntária e indesejável “mudez jurídica” das vítimas, por vezes desassistidas pelo Estado ou por seus familiares, situação que se agrava em razão da sua especial condição de pessoas em desenvolvimento, e outras vezes porque são subjugadas pelos pais, padrastos ou parentes próximos, autores comuns de violência sexual intrafamiliar. Aplausos para o legislador brasileiro, que postergou o termo inicial da contagem do prazo da prescrição para o momento em que o ofendido atingir a maioridade civil e puder, por si mesmo, adotar providências para a responsabilização penal do agente, segundo o princípio da autonomia.

Portanto, observa-se que, em regra, a contagem do prazo prescricional pode se iniciar a partir da consumação do delito; no caso de tentativa, do dia em que cessar a atividade criminosa; e no caso de crime permanente, do dia em que cessar a permanência. Já como exceção, em razão da particularidade de determinados crimes, tem-se que, nos crimes de bigamia ou falsificação de registro civil, começa-se a contar a prescrição na data em que a autoridade tomou conhecimento; e nos crimes contra a dignidade sexual de criança ou

adolescente, da data em que a vítima fizer 18 (dezoito) anos, salvo se a ação penal já tiver sido proposta.

7 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU DA PENA EM PERSPECTIVA

De acordo com Lozano Júnior (2002, p. 181), a prescrição antecipada:

Consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação de sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido. Argumenta-se, pois, pela inutilidade da providência jurisdicional, que, a seu término, inevitavelmente ensejaria o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. [...] Os estudiosos do tema dividem-se quanto à admissibilidade da prescrição retroativa antecipada, prevalecendo a posição daqueles que não a aceitam. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto ao não-acolhimento da referida modalidade prescricional, no que vem sendo seguida pelos Pretórios estaduais, também com posições majoritárias nesse sentido.

Assim sendo, imperioso se faz informar que o STJ editou a súmula 438 firmando o entendimento de que não é possível a prescrição da pena em perspectiva, *in verbis*: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”. Evidentemente, existem casos em que a melhor opção seria a aplicação da prescrição antecipada, mormente nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, contudo, é evidente que tal espécie de prescrição não possui amparo legal. Ademais, entendemos que a não aceitação da construção jurídica da prescrição antecipada enseja, de certa forma, um fortalecimento da segurança jurídica, pois obriga que todos os casos sejam levados ao Judiciário.

8 INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

De acordo com Lozano Júnior (2002, p. 141), a diferença entre suspensão e interrupção da prescrição é que:

[...] as primeiras (suspensivas) apenas paralisam o lapso temporal por determinado período, fazendo com que, após isso, ele reinicie pelo tempo que faltava para seu encerramento; as últimas (intERRUPTIVAS) zeram o prazo prescricional, determinando um novo início, como se ele nunca houvesse começado.

O Código Penal brasileiro, em seu art. 117, enumera taxativamente seis

causas interruptivas, sendo quatro antes e duas após o trânsito em julgado da sentença condenatória:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Vejamos algumas considerações sobre determinadas causas interruptivas da prescrição previstas no citado artigo.

De acordo com Antonio Porto (1998, p. 68), no tocante ao inciso I, do art. 117 do CP:

A primeira causa interruptiva é o despacho de recebimento da denúncia ou queixa. O dia da interrupção é o da publicação do despacho em cartório, sem depender de intimação às partes. É irrelevante a data em que foi apresentada a peça inaugural, pouco importando se o órgão do Ministério Público excedeu o prazo processual para o oferecimento da denúncia, ou se o juiz demorou para recebê-la. Deixando o juiz de receber a denúncia (ou a queixa), a parte acusatória poderá recorrer, e se a Superior Instância concluir pelo recebimento, haverá interrupção do prazo prescricional, mas a partir da data do julgamento em sessão. Aloísio Carvalho, porém, entendia que o provimento do recurso deve retroagir à data da decisão reformada, para o efeito de interrupção da prescrição. [...] Quando a denúncia descreve vários crimes, e tiver ocorrido a prescrição em relação a algum deles, a denúncia deverá ser recebida só em parte.

Na mesma esteira, Antonio Porto (1998, p. 68) indica que quando o processo vem a ser anulado por incompetência do juízo, subsiste o despacho que recebeu a denúncia, por não ser ato decisório. Consequentemente, subsiste a interrupção havida com aquele despacho. Afirma, também, que somente no caso de incompetência absoluta é que esse despacho não terá efeito interruptivo.

Sustenta Antonio Porto (1998, p. 68), também:

O aditamento à denúncia para incluir outro crime interrompe a prescrição somente quanto a este novo delito. Se o aditamento decorre da aplicação do art. 384, parágrafo único, do CPP, não haverá interrupção do prazo prescricional, pois trata-se do mesmo fato, embora sob nova qualificação. Nesse caso, entretanto, o prazo se calculará com base na nova definição, contida no aditamento. [...] O recebimento da denúncia inepta não interrompe a prescrição.

Por derradeiro, no tocante ao inciso VI, do art. 117, do CP, Mesquita Júnior (2007, p. 127) aponta:

A reincidência será causa interruptiva do lapso prescricional da pretensão executória relativa a delito anterior. Tal causa interruptiva encontra fundamento na ideia de que o tempo não exerceu a reintegração social do condenado que conseguiu se livrar da ação estatal. Assim, se determinado condenado encontra-se foragido e vem a praticar novo crime, o lapso prescricional que está em curso se interrompe. O momento da interrupção será a data do novo crime, mas como militará em favor do réu o estado de inocência, deverá ser aguardado o julgamento do novo fato para que se possa falar em reincidência. De outro modo, sendo o réu reincidente, haverá um aumento do prazo prescricional [...].

Assim sendo, vislumbra-se que, em nosso ordenamento jurídico, a prescrição pode ser interrompida pelo recebimento da denúncia, pela pronúncia, pela decisão confirmatória da pronúncia, pela publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência. Com efeito, após a interrupção, a prescrição volta a correr, salvo na hipótese de início ou continuação do cumprimento de pena.

9 CAUSAS SUSPENSIVAS DA PRESCRIÇÃO

A suspensão apenas paralisa a contagem do prazo prescricional por determinado período, retomando a sua contagem do mesmo ponto onde parou. Já a interrupção zera a contagem da prescrição, determinando um novo início.

Segundo Antonio Porto (1998, p. 75), “na suspensão da prescrição existe impossibilidade do exercício jurisdicional; o contrário, pois, da interrupção, que resulta exatamente daquele efetivo exercício”.

Na mesma esteira de pensamento, Antonio Porto (1998, p. 75) afirma que “desaparecida a causa da suspensão, no mesmo dia recomeça o curso prescricional, computado o tempo decorrido antes da suspensão. Pode verificar-se mais de uma suspensão

no mesmo processo”.

Antonio Porto (1998, p. 75) sustenta que as causas suspensivas são obstáculos de direito, e não de fato:

São obstáculos de direito, pois seria contraditório que a própria lei suspendesse o exercício de ação (ou da execução) e admitisse o curso da prescrição porque não foi aquela exercida. O Código não aceitou a suspensão da prescrição por obstáculo de fato (ex.: calamidade pública, invasão estrangeira) cuja adoção, no entanto, tem sido preconizada através da máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*. A demora no andamento do processo, mesmo quando imputável ao réu ou co-réu, não importa na suspensão do curso prescricional.

Posto isso, cumpre informar que das 3 (três) causas suspensivas previstas no Código Penal, no art. 116, duas delas ocorrem antes do trânsito em julgado e uma após o trânsito em julgado. Vejamos o que dispõe o referido artigo:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Segundo Antonio Porto (1998, p. 76), no tocante a primeira causa suspensiva, disposta no inciso I, do art. 116, do CP:

A prescrição não corre quando o reconhecimento da existência do crime depende da solução de questão afeta ao juízo não-penal (questão prejudicial) ou a outro juízo criminal. Exemplos: quanto ao estado civil (a validade do primeiro casamento, no crime de bigamia); quanto à propriedade (nos delitos de violação de marca de indústria ou comércio e furto); [...].

Aponta Antonio Porto (1998, p. 77), também, que:

[...] o início da suspensão deve ter um ponto certo e preciso; será o despacho do juiz reconhecendo a necessidade de ser aguardada a solução de outro processo. Coincidem, portanto, o início da suspensão do processo com o início da suspensão da prescrição. [...] A suspensão da prescrição desaparece de pleno direito, quando for decidida definitivamente a questão que impedia o curso prescricional, recomeçando a prescrição a correr no dia seguinte.

Segundo Antonio Porto (1998, p. 77), sobre a obrigatoriedade ou faculdade da suspensão da prescrição:

Harmonizando-se o art. 116, I, do CP com os arts. 92 e 93 do CPP, temos que: a) se a questão for sobre estado civil, e o juiz reputar séria e fundada a controvérsia, de cuja decisão dependa o reconhecimento do crime, o processo ficará suspenso obrigatoriamente, até que seja dirimida a questão definitivamente (art. 92); pouco importa que a ação cível já esteja ou não proposta; b) se a controvérsia não for sobre estado civil, mas, ainda da competência do juízo cível, o juiz poderá suspender o curso do processo, nas condições do art. 93 e parágrafos; é preciso, porém, que a ação cível já esteja proposta, e a questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei limite; desde que o juiz determine a suspensão do processo penal, ficará automaticamente suspenso o curso prescricional.

Vale lembrar, conforme salienta Antonio Porto (1998, p. 77), que, “em se tratando de questão prejudicial, não pode haver suspensão da prescrição sem suspensão do processo penal. O que não impede a realização das provas de natureza urgente”.

Ademais, a segunda causa impeditiva da prescrição - antes de transitar em julgado a sentença condenatória:

[...] ocorre quando o agente cumpre pena no estrangeiro, pela mesma ou diversa infração penal. Se o agente estiver cumprindo pena no Brasil (por outra infração, naturalmente), a prescrição não se suspende, antes do trânsito em julgado da condenação. (PORTO, 1998, p. 79):

Na mesma esteira, sobre a segunda causa impeditiva da prescrição, antes de transitar em julgado a sentença condenatória (art. 116, inciso II, do CP), André Maya (2011, p. 176) informa:

O mote da paralisação do curso prescricional, nesse ponto, está justamente na impossibilidade de o Estado exercer sua *potestad* jurisdicional, pois durante o cumprimento de pena no exterior é vedada a sua extradição. Assim, não havendo desídia ou desinteresse do Estado brasileiro em relação ao trâmite do processo, não corre o prazo prescricional.

Por fim, a causa suspensiva após o trânsito em julgado, prevista no art. 116, parágrafo único, se refere à suspensão do prazo prescricional quando o condenado está preso por motivo diverso de sua condenação. Nessa esteira de pensamento, Antonio Porto (1998, p. 91) indica que “a prisão que faz suspender o prazo prescricional é a oriunda de processo regular; a simples detenção policial não tem esse efeito, salvo prisão em flagrante, ou por mandado judicial”.

Além das causas previstas no Código Penal, temos outras causas suspensivas da prescrição, como: a disposta no art. 89, da Lei 9.099/95; o art. 53, §5º, da Constituição Federal; e os arts. 366 e 368 do Código de Processo Penal.

O art. 89 da Lei 9.099/95 estabeleceu uma nova modalidade de suspensão processual penal que vem acompanhada da suspensão da prescrição, *in verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ([art. 77 do Código Penal](#)).

[...]

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

Destarte, é importante esclarecer que “durante esse prazo de suspensão do processo, não correrá a prescrição. Expirado o prazo de suspensão do processo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade”. (PORTO, 1998, p 79).

Outra causa suspensiva da prescrição é a do art. 53, §5º, da Constituição Federal, que traz a seguinte disposição:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001](#))

[...]

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Desse modo, se a Casa legislativa sustar o processo, a prescrição será automaticamente suspensa e assim permanecerá até o final do mandato parlamentar. (MAYA, 2011, p.179).

É importante também estudarmos as duas causas suspensivas da prescrição previstas em nosso Código de Processo Penal. São elas as dispostas nos arts. 366 e 368 do CPP. Vejamos a redação destes dois artigos, dada pela Lei 9.271/96:

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 [art. 312](#).

Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado

mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento.

Assim, para que ocorra a suspensão prevista no art. 366 do CPP é necessário que o réu: i) seja citado por edital; ii) não compareça ao processo, apresentando defesa ou algo do tipo; iii) nem constitua advogado. Nessa senda, caso verificados os requisitos supra elencados, o processo e a prescrição ficarão suspensos até o aparecimento do acusado ou a constituição de advogado para sua defesa. Vale mencionar que o juiz poderá produzir as provas urgentes e decretar a prisão preventiva, se entender necessário.

Já o art. 368 do CPP necessita da verificação dos seguintes requisitos para efetivação da suspensão da prescrição: i) que o acusado esteja no estrangeiro; ii) em lugar sabido; e iii) seja citado por carta rogatória. Destarte, se verificados esses pressupostos, a prescrição ficará suspensa até a efetivação da medida. Lozano Júnior (2002, p. 153) afirma que o art. 368 do CPP tem como termo inicial da suspensão “a expedição da carta rogatória e final a sua juntada aos autos, devidamente cumprida”. Cumpre destacar que se o acusado estiver no estrangeiro, mas não se saiba o endereço onde ele se encontra, a prescrição correrá normalmente, não se aplicando, então, o art. 368 do CPP.

Sobre os dispositivos previstos nos arts. 366 e 368, do CPP, André Maya (2011, p. 177) aponta que a razão da suspensão do prazo prescricional é que:

O Estado vê-se impedido de exercer sua *potestad* jurisdicional diante prioridade conferida pela CF à garantia da ampla defesa, formada essa não apenas pela efetiva defesa técnica, mas, também, pela defesa pessoal ou autodefesa. É essa última, aliás, a que instrui e fornece subsídios ao exercício da defesa técnica, de modo que, ausente o acusado, a presença de um defensor nomeado pelo juízo, no mais das vezes, constitui mera formalidade incompatível com um processo penal ético e democrático.

Ante todo o exposto, vislumbra-se que é comum que a suspensão do processo seja acompanhada da suspensão da prescrição. Isto porque, assim como a garantia constitucional do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, é necessário que se observe o princípio da paridade de armas para que o processo penal possa atingir o seu fim último, qual seja: a efetivação da aplicação do direito material ao caso concreto. Nessa senda, admitir a suspensão do processo e afastar a incidência automática da suspensão da prescrição geraria um desequilíbrio entre acusação e defesa, prejudicando gravemente a parte acusatória e o equilíbrio do processo. Portanto, necessária se faz a suspensão do processo acompanhada da suspensão da prescrição.

10 IMPRESCRITIBILIDADE

A imprescritibilidade “baseia-se no pensamento de que a negligência da sociedade em cumprir o dever legal de punição não cria para o acusado nenhum direito, muito menos o direito à impunidade”. (LOZANO JÚNIOR, 2002, p. 36)

Jawsnicker (2004, p. 66-67) sustenta que a imprescritibilidade tem sido uma constante e assumido diferentes formas em nossa legislação:

No Brasil Império, não se admitia a prescrição das penas (Código Criminal de 1830, art. 65). A Lei 261/1841 estabelecia a imprescritibilidade dos crimes inafiançáveis, estando os réus ausentes em lugar não sabido, ou fora do Império (art. 33, parte final). A Consolidação das Leis Penais de 1932 considerava imprescritíveis os delitos políticos e de moeda falsa, desde que o réu estivesse domiciliado ou homiziado no exterior (art. 85, §§ 5º e 8º). O Código Penal de 1940 estabelecia a imprescritibilidade da execução das penas acessórias (art. 115).

Entretanto, a imprescritibilidade deixou de existir no Direito Penal brasileiro entre 1890, com a entrada em vigor do primeiro Código da República, e 1932, com a entrada em vigor da Consolidação das Leis Penais. Além disso, com a entrada em vigor da Lei 7.209/84 e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a imprescritibilidade deixou de ser a regra e passou a ser exceção. (JAWSNICKER, 2004, p. 67).

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os crimes de racismo (art. 5º, XLII, da CF) e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF) são imprescritíveis. Vale mencionar que a maioria da doutrina considera que estas são as únicas hipóteses de imprescritibilidade admitidas pelo nosso ordenamento jurídico.

CAPÍTULO II – CITAÇÃO E REVELIA

1 CITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO

Inicialmente, imperioso se faz entender que a citação é o ato processual no qual o acusado toma conhecimento de que há uma demanda movida contra ele, possibilitando, assim, a apresentação de sua defesa. É também através dela que se verifica a relação triangular do processo, conforme vaticina a teoria cunhada por Oskar von Bülow.

Segundo Tourinho Filho (2013, p. 550), “citação é o ato processual pelo qual se leva ao conhecimento do réu a notícia de que contra ele foi recebida denúncia ou queixa, para que possa defender-se”.

Para Eugênio Pacceli de Oliveira (2014, p. 609), por sua vez, o conceito de citação é:

[...] modalidade de ato processual cujo objetivo é o chamamento do acusado ao processo, para fins de conhecimento da demanda instaurada e oportunidade do exercício, desde logo, da ampla defesa e das demais garantias individuais.

Nessa senda, Adilson Nascimento (2004, p. 78) expõe:

Os princípios institutivos do processo só são efetivados através da citação. Esta é a porta de entrada para o devido processo legal, visto que para o manejo de toda a sua principiologia necessita-se da ciência pessoal do acusado, sendo, pois, a comunicação prévia um antecedente lógico e imprescindível.

Antonio Fernandes (2010, p. 57), na mesma toada, considera que:

[...] por meio da citação, fica o réu ciente da acusação contra ele formulada, podendo preparar a sua defesa. Com o conhecimento dos nomes das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, pode o advogado do imputado avaliar como desenvolverá a sua linha defensiva.

Desse modo, observa-se que a citação é imprescindível para garantia do contraditório, pois somente com a informação do conteúdo do processo o réu poderá propiciar, em sua defesa, uma contradição às alegações trazidas pela acusação.

2 A CITAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA EXISTÊNCIA DO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Necessário se faz o estudo da citação frente aos pressupostos de existência e

validade do processo, observando-se a ideia do procedimento em contraditório, conforme predica a Constituição Federal.

Assim, segundo José Frederico Marques (NASCIMENTO, 2004, p. 79 apud MARQUES, p. 355), são condições mínimas imprescindíveis para a existência da relação processual: i) um órgão jurisdicional penal legitimamente constituído, conforme os ditames de nossa Constituição Federal; ii) uma ação penal que deva ser julgada; iii) a presença de um órgão acusador e da defesa, que se apresentem como sujeito de direitos.

Já os pressupostos de validez do processo são aqueles que, se verificados, permitem a apreciação do mérito da causa. O art. 564 do Código de Processo Penal apresenta hipóteses de invalidez do processo ou do ato processual, como a incompetência, suspeição ou suborno do juiz (inciso I); a ilegitimidade da parte (inciso II) etc. Logo, interpreta-se que são pressupostos de validez do processo: a competência, a imparcialidade do juiz, a legitimidade das partes etc.

Embora alguns doutrinadores entendam que a citação válida seja um pressuposto de validez do processo penal, Adilson Nascimento (2004, p. 81) considera a citação válida como um pressuposto de existência do processo penal. Assim, o mesmo autor aduz que sem a citação não se tem a integração do acusado na relação processual e, sem ela, não se inicia o processo. Nesse diapasão, Nascimento (2004, p. 81) advoga:

Adotando-se o modelo constitucional do processo, que com clarividência sobrepõe o devido processo legal, e a ideia Fazzalariana do processo como procedimento em contraditório, a conclusão óbvia é que, hodiernamente, a citação válida integra o rol dos pressupostos para a existência do processo. Isto porque, se o conceito de processo é tido como espécie de procedimento gravado pelo contraditório, que, por sua vez, é corolário do devido processo legal, e sendo a citação o único ato capaz de adimpli-lo, passa, pois, a anteceder a formação do processo, sendo pressuposto de existência deste, e não, de validade.

Na mesma esteira de pensamento, Tourinho Filho (2013, p. 552) sustenta:

É com a citação válida que se instaura a relação processual, pois, enquanto não citado validamente, o réu não ficará sujeito àquela série de deveres e ônus processuais. Observe-se que o art. 396, de rigor, manda que se notifique o réu para dar a sua resposta. E, nesse caso, é com ela que se instaura a relação processual, formando aquele *actum trium personarum*.

Portanto, observa-se que a citação válida é o elemento fundamental para garantia do devido processo legal, sendo ela o ato processual imprescindível logicamente e

juridicamente para que o princípio do contraditório seja efetivado. Concordamos com a explanação exposta pelo professor Adilson Nascimento, pois a citação é um pressuposto para a existência do processo, considerando este como procedimento em contraditório.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CITAÇÃO E DA REVELIA

Primeiramente, importante se faz entender o conceito de revelia e em que fase processual ela ocorre. De acordo com Ganesini (1988, p. 156 *apud* NASCIMENTO, 2004, p. 85) a revelia é uma consequência derivada da ausência do réu no processo. Na mesma esteira, informa que a revelia é também chamada de contumácia, embora, hodiernamente, os conceitos sejam distintos no processo civil. A contumácia consiste na inatividade do autor, do réu, de ambos, ou de terceiro interveniente na prática de algum ato processual, na forma e prazo previstos em lei. Já a revelia consiste na não apresentação de contestação na forma e prazo legais. Ou seja, a revelia é uma espécie de contumácia.

Posto isso, vejamos uma breve evolução histórica da citação e da revelia.

3.1 Antiguidade

O estudo da evolução histórica da citação e revelia durante a antiguidade é prejudicado pela inexistência de processo, pois a maioria dos litígios eram solucionados através da autotutela ou autodefesa. (NASCIMENTO, 2004, p. 85). Contudo, Edouard Cuq (1929, p. 341 *apud* NASCIMENTO, 2004, p. 86) nos traz algumas informações sobre tal período:

Na Babilônia, analisando as tabletas encontradas, Cuq observa que, nas causas relativas a direito patrimonial, o demandante deveria conduzir o demandado ao tribunal, que não poderia deixar de acompanhá-lo, sendo permitido o uso da violência. Tal arbitrariedade deu lugar a uma forma mais branda e civilizada [...]. Se o demandado não vinha espontaneamente ao tribunal, era compelido a fazê-lo, por meio do chamamento ou citação requerida pelo autor aos juízes da causa. [...] o sacerdote da cidade era encarregado de enviar o demandado.

Assim, observa-se que no primeiro período incumbia à parte autora levar o réu ao tribunal, admitindo-se a utilização de violência para alcance de tal desiderato. E, aos poucos, a 'citação' foi tomando uma forma mais civilizada, passando a ser efetivada pelo

sacerdote da cidade.

3.2 Direito grego

De acordo com Azevedo (p. 76 apud NASCIMENTO, 2004, p. 87):

A citação na Grécia era oral, [...] sendo ato inicial de qualquer ação ordinária. Decorridos cinco dias, as partes compareciam em juízo, sendo este intervalo utilizado para a formulação de defesa pelo demandado, enquanto o demandante fornecia ao magistrado os fatos e fundamentos de sua pretensão, prestando caução. Se o réu não fosse encontrado, a citação era feita na presença de familiares e vizinhos, tendo o citado dever de comparecer perante o Magistrado. Não o fazendo, e aí surge o instituto da Contumácia, era o ausente condenado a menos que justificasse a falta.

Verifica-se, portanto, que no Direito grego surge o instituto da contumácia.

3.3 Direito romano

A citação no Direito Romano foi se aperfeiçoando com o passar do tempo. Contudo, não havia a contumácia, pois para a celebração da *litiscontestatio* era imperiosa a presença física das partes junto ao Pretor, com participação ativa e efetiva no processo. (NASCIMENTO, 2004, p. 90). De acordo com Adilson Nascimento (2004, p. 91):

No início do século V d.C, modifica-se a citação com o *libellus conventiois*. O autor fazia um requerimento por escrito ao juiz, que examinava sumariamente o conteúdo e ordenava a comunicação ao réu, ou o indeferia se contrário ao direito. Ao autor, também cabia prestar caução de que levaria a demanda até o fim. O *executor* apresentava cópia ao réu, que podia contestar a ação com o *libellus contradictionis* e garantir o seu comparecimento em juízo. O descaso ou desobediência à intimação, pelo réu, acarretava sanções como a execução dos fiadores, prisão do demandado e impossibilidade de apelar, mas o juiz podia concluir pela absolvição do réu, mesmo ausente, não estando obrigado a julgar o pedido procedente.

3.4 Idade média

Nesta fase temporal a contumácia e seus efeitos eram regulados de modo desprovido de sentido. As leis estabeleciam um número de citações, que variavam de três a sete e, caso o réu não comparecesse, poderiam ser impostas penas como multa, sequestro de bens, procedência do pedido e até desterro para o réu contumaz. (NASCIMENTO, 2004, p. 92).

3.5 Direito lusitano

As Ordenações Filipinas consideravam a citação como um elemento

imprescindível para o processo, resultando em vício insanável, embora fosse dispensada em algumas hipóteses, como, por exemplo, quando não coubesse defesa à parte ou se assim determinasse a consciência do juiz. Era possível a citação na pessoa do procurador do réu, até porque o período era o dos descobrimentos e vários cidadãos se ausentavam por longo tempo. Além disso, havia previsão da citação por edital nos processos criminais, sendo o prazo aumentado na medida da distância do ausente. (AZEVEDO, p. 278 apud NASCIMENTO, 2004, p. 95).

3.6 Direito brasileiro

Segundo Adilson Nascimento (2004, p. 96), o Direito brasileiro seguiu as Ordenações Filipinas durante o período de dependência da Corte Portuguesa e mesmo após a Constituição do Império em 1824. Além disso, o mesmo autor informa que o Código Comercial de 1850 inovou ao admitir a citação de administradores, feitores ou gerentes das sociedades comerciais. Vieram a Consolidação de Ribas (1876) e os Códigos Processuais Estaduais permitidos pela Constituição de 1891, mantendo, em regra, as mesmas formas de citação: despacho ou mandado do juiz por precatória, por edital ou hora certa. Nascimento (2004, p. 96) continua:

O Código de Processo Civil de 1939, unificador do processo civil, considerava revel o citado que não apresentasse defesa no prazo legal. Autorizava sua intervenção no processo enquanto não constituída a coisa julgada, recebendo-o no estado em que se encontrasse, com os prazos correndo independentemente de sua intimação.

Cumprir informar que alguns autores discutiam se a revelia exonerava o autor do ônus de provar suas alegações. Para alguns tratava-se de presunção absoluta, contudo, para Dinamarco, a revelia seria uma presunção relativa - *juris tantum*. Isto porque a revelia “é uma vantagem que se dá ao autor no campo fático, não significando, necessariamente, vitória daquele, visto que, inverossímil, o fato não fica coberto pelo efeito da revelia”. (DINAMARCO, 1996, p. 185 apud NASCIMENTO, 2004, p. 95). Concordamos com o posicionamento sustentado por Dinamarco.

Nessa senda, Nascimento (2004, p. 100) aduz que, hodiernamente, “a revelia continua a existir, mas apenas para o acusado que tiver ciência da acusação, e se restringe a não comunicação dos atos processuais”.

4 CITAÇÃO PESSOAL E REVELIA

A citação no processo penal pode ser real ou ficta. De acordo com Tourinho Filho (2013, p. 552), “citação real, também chamada de pessoal ou *in faciem*, é aquela feita na própria pessoa do réu. Constitui a regra. A citação ficta é, em nosso Direito, providência de exceção, somente admissível em casos excepcionais”.

Dessa forma, a citação pessoal pode ser efetivada através da citação por mandado, por precatória, carta rogatória ou mediante requisição. Já a citação ficta é concretizada pela citação por edital, “por meio da imprensa e de afixação do edital à porta ou átrio do edifício onde funciona o juízo, e, inclusive, na hipótese de citação por hora certa. Na verdade, neste último caso há uma presunção de que o réu foi efetivamente citado”. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 558).

Impende informar que não mais se admite a citação por edital em virtude de epidemia, guerra ou outro motivo de força maior, ou quando incerta a pessoa que tiver de ser citada. Isto porque os incisos I e II do art. 363, do CPP, foram revogados pela Lei n. 11.719/2008, restando somente a possibilidade de citação por edital caso o acusado não seja encontrado, nos termos do art. 363, §1º, do CPP.

A revelia está prevista no art. 367 do CPP, *in verbis*:

Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo. ([Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996](#))

Observa-se que o art. 367 do CPP é muito claro em sua redação, quando estabelece que só haverá ‘revelia’ àquele que “citado ou intimado pessoalmente [...] deixa de comparecer sem motivo justificado”. Destarte, conclui-se que é possível a revelia para aquele citado pessoalmente. Contudo, também é importante trazer à baila que é possível a revelia para aquele que, citado por edital, comparece ao processo e depois muda de residência, sem indicar ao juízo seu novo endereço, ou não é mais encontrado para intimação subsequente.

Para Tourinho Filho (2013, p. 551), no tocante à revelia:

Uma vez citado o réu, fica ele vinculado à instância, ‘com todos os ônus daí

decorrentes'. Assim, se validamente citado, deixar de comparecer a juízo, o processo correrá à sua revelia, nos termos do art. 367. E, uma vez decretada esta, não será ele notificado ou intimado para qualquer ato do processo, salvo se houver condenação (art. 392 do CPP).

Vislumbra-se, desse modo, que o efeito da revelia no processo penal é, tão somente, a falta de notificação ou intimação dos atos processuais, com exceção da sentença condenatória. Nessa senda, Tourinho Filho (2013, p. 559) sustenta:

A consequência da revelia, entretanto, no Processo Penal pátrio, não tem aquele rigorismo de outras épocas, quando se proclamava que *contumax pro convicto et confesso habetur* (o contumaz - o que não atende ao chamamento - é tido e havido como confesso). Não. É apenas esta: o réu não mais será intimado de qualquer ato do processo (salvo condenação - art. 392), nem notificado. O fato de ser ele tido como revel não significa deva ser considerado culpado.

Na mesma esteira de pensamento, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 620) adverte que, no processo penal, a única consequência da revelia é a não intimação do acusado para a prática dos atos subsequentes, com exceção da intimação para a sentença, que é obrigatória. Ademais, alerta que a revelia se dá pela “ausência injustificada do acusado por ocasião da realização de qualquer ato relevante do processo”. Assim, vislumbra-se que, no processo penal, a revelia tutela tão somente o andamento do feito, afastando eventuais obstáculos que a alegação de ausência do acusado poderia acarretar.

Ante o exposto, conclui-se que na citação pessoal, ou seja, aquela feita na própria pessoa do réu é possível a revelia, sendo o seu único efeito a não intimação ou notificação dos atos processuais, com exceção da sentença condenatória, que a intimação é obrigatória.

5 CITAÇÃO POR EDITAL E REVELIA

A citação por edital, como visto alhures, é uma modalidade de citação ficta, que ocorre “por meio da imprensa e de afixação do edital à porta ou átrio do edifício onde funciona o juízo [...]”. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 558).

Na mesma toada, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 614), no tocante à citação por edital, esclarece:

Trata-se, na realidade, de verdadeira ficção, na medida em que parte do pressuposto de ser efetivamente possível ao réu tomar conhecimento da existência de uma acusação penal pela simples publicação da notícia em

periódico com circulação local e/ou a sua (da notícia) afixação na sede do juízo.

Continua Oliveira (2014, p. 614):

Se o ato citatório é indispensável para a regularidade do feito, uma vez que é ele que possibilita ao réu não só o conhecimento da demanda, mas a oportunidade do exercício da ampla defesa, do contraditório, do direito ao silêncio e das demais garantias processuais individuais, não há dúvida de que semelhante modalidade de citação não cumpre o seu destino, na maioria das vezes.

Assim sendo, na citação por edital em que o réu não atende ao chamamento nem constitui advogado, a consequência processual é um pouco diferente: ocorre a suspensão do processo e a suspensão da prescrição, conforme vaticina o art. 366 do CPP, sem prejuízo da produção de provas de natureza urgente.

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 [art. 312](#). [\(Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996\)](#)

É importante mencionar que, com a Lei n. 11.719/08, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato do processo penal. Destarte, o réu, hodiernamente, é citado para apresentar sua defesa escrita e o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento. Nesse diapasão, deve-se reler o art. 366, do CPP, substituindo o termo “não comparecer” por “não apresentar defesa escrita”. (OLIVEIRA, 2014, p. 620).

Na lei anterior, “o não comparecimento do réu ao interrogatório, quando citado por edital, autorizava o prosseguimento do processo à sua revelia, bastando apenas a nomeação de um defensor (dativo) [...]”.(OLIVEIRA, 2014, p. 620). Imperioso se faz dizer que a defesa dativa quase nunca passava de um simples comparecimento aos atos instrutórios, sem nenhuma contribuição efetiva. Isso não decorria, necessariamente, da atuação dos defensores dativos, mas, principalmente, da ausência de informações relevantes para executar uma boa defesa em favor do acusado. (OLIVEIRA, 2014, p. 621).

Portanto, conclui-se que, antes da Lei 9.271/96, era possível a revelia para o réu citado por edital, conforme vaticinava o antigo art. 366, do CPP:

~~Art. 366. O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.~~

Mas, com o advento da Lei. 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, passou-se a não mais ser possível a revelia do réu citado por edital, procedendo-se, então, à suspensão do processo e do prazo prescricional para aquele que não comparecer (não apresentar defesa) e não constituir advogado. Contudo, frise-se, é possível a revelia para aquele que, citado por edital, comparece ao processo e depois muda de residência, sem indicar ao juízo seu novo endereço, ou não é mais encontrado para intimação subsequente.

6 SUSPENSÃO DO PROCESSO EM FACE DA REVELIA NO DIREITO COMPARADO

Inicialmente, cumpre dizer que a condenação à revelia vem merecendo reparo na maioria das legislações dos países classificados como democráticos, em que se tem uma preocupação com o devido processo legal. Nos ordenamentos mais sensíveis às garantias constitucionais, não é possível uma condenação à revelia, como, por exemplo, na Alemanha, Áustria, Reino Unido, Canadá, Holanda, Suécia, Suíça, Noruega e Finlândia (GRINOVER, 1996, p. 1 apud NASCIMENTO, 2004, p. 101).

Além disso, Nascimento (2004, p. 101) nos traz a informação de que:

[...] quase todos os países da América Latina e Portugal suprimiram o processo à revelia, suspendendo-o, até que o acusado compareça.

No sistema do *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) inexistente a possibilidade de se iniciar uma persecução penal sem a presença do acusado. Isto porque, nestes países, para a instauração do processo é necessário a realização de uma audiência prévia de admissão ou não de culpa (*plea of guilt*). Já em países do *civil law* como a Alemanha, não se admite persecução penal na ausência do acusado, a não ser que seja esta voluntariamente causada pelo réu, suspendendo o curso da prescrição durante o período que a ação não puder ser prosseguida ou iniciada. Na Espanha, por sua vez, os procedimentos afetos a crimes de menor potencial ofensivo não se suspendem. E nos de maior potencial ofensivo o juiz não pode sentenciar se o acusado tiver sido declarado revel. Na França, o juiz pode decidir, contudo, não se procede à execução enquanto o condenado não tiver pleno conhecimento do teor da decisão e refutá-lo, se assim o desejar. Por fim, Portugal é o país que tem a disciplina mais semelhante com a disposta em nossa legislação. Para eles, não comparecendo o “arguido” citado por edital, o processo penal é suspenso, mas, é possível a produção de provas urgentes. Entretanto, em Portugal, não se aplica a suspensão do processo para os crimes que seguem o rito sumaríssimo. Prevê, ainda, como causa interruptiva da

prescrição, a declaração de contumácia, voltando a correr a prescrição no dia em que cessar a causa suspensiva. (NASCIMENTO, 2004, p. 102).

CAPÍTULO III – SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO CASO DE CITAÇÃO POR EDITAL

1 DA DURAÇÃO DA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Na doutrina e na jurisprudência há grandes controvérsias acerca da duração da suspensão da prescrição. Isto porque o art. 366 do CPP não delimitou expressamente um prazo de suspensão da prescrição, ou seja, o seu enunciado normativo diz menos do que deveria, suscitando, assim, entendimentos divergentes.

Vejamos alguns posicionamentos a respeito da duração da suspensão da prescrição sustentados por ilustres doutrinadores brasileiros.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 622), a alteração do art. 366 do CPP, promovida pela Lei n. 9.271/96, não contemplou a suspensão por tempo indeterminado do processo. Assinala também que:

[...] o prazo de sua suspensão deverá encontrar o seu limite naqueles prazos previstos para o reconhecimento da prescrição da pena em abstrato, ou seja, conforme estiver previsto na regra do art. 109 do CP ou em legislação específica. E assim é, parece-nos, por uma razão muito simples: qualquer que seja a fundamentação que legitima a existência da prescrição da punição penal [...], seria ela perfeitamente adequada ao entendimento que registramos. Com efeito, não parece possível qualquer distinção de tratamento para o caso de não existir ação penal em curso, porque ainda não apurada a responsabilidade penal (caso expresso do art. 109, CP), e para o caso de, existindo a ação, encontrar-se ela suspensa por desconhecimento do paradeiro do acusado. Em uma e outra hipótese, a essência dos fatos é a mesma: impossibilidade prática de aplicação da lei penal.

Damásio de Jesus (2010, p. 90) perfilha o mesmo entendimento, defendendo que a duração da suspensão da prescrição não pode ser eterna:

Permitindo-se a suspensão da prescrição sem limite temporal, esta, não comparecendo o réu em juízo, jamais ocorreria, encerrando-se o processo somente com a sua morte, causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, I). Não se trata, como se tem afirmado, de haver o legislador, aceita a tese da eternidade, criado indevidamente mais uma causa de imprescritibilidade. [...] No caso em tela, entretanto, a prescrição começa a correr a partir da data do fato, interrompendo-se pelo recebimento da denúncia ou queixa e suspendendo-se em face da revelia. Não se pode, pois, falar em 'imprescritibilidade'. Trata-se de mera causa impeditiva ou suspensiva da prescrição. Se, em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que, diante da revelia, pudesse exercê-la

indefinidamente. Por isso, entendemos que o limite da suspensão do curso prescricional corresponde aos prazos do art. 109 do CP, considerando-se o máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente.

Para Eduardo Reale Ferrari (1998, p. 116):

[...] a suspensão da prescrição de forma ilimitada – legitimando a persecução do processo e eventual condenação do acusado após muitos anos – constitui desrazoável paradoxo se comparada ao próprio fundamento da prescrição, já que os fins das sanções estarão definitivamente frustrados ou mesmo apaziguados após longo decurso temporal. [...]. Sem limites, a suspensão da prescrição conduziria ao grave risco de punir o acusado que aparecesse muitos anos após o cometimento do crime, tornando os delitos praticados por revéis em infrações imprescritíveis.

Destarte, Ferrari (1998, p. 116) entende que prudente seria estabelecer limites máximos à suspensão da prescrição, findos os quais voltaria a correr a prescrição penal. Assim, para o citado autor, a melhor interpretação aplicável ao caso é que o prazo da suspensão da prescrição seja “o equivalente àquele limite máximo de possibilidade de atuação do Estado, calculando-se o máximo de sustação da prescrição pelo máximo da prescrição abstrata”.

Na mesma esteira, Adilson Nascimento (2004, p. 121) sustenta que a corrente a ser adotada deve ser a que predica que o prazo da suspensão é o mesmo que o prazo máximo da pena abstrata cominada ao delito, seguindo-se, portanto, a tabela do art. 109, do CP, pois esta corrente:

[...] apresenta-se como a condizente lógica, não só pelos argumentos coligidos pelos defensores de tal corrente, especialmente, pela aplicação por analogia das regras da citada disposição, mas, também, pelo fato de que, quanto maior o prazo de suspensão, maior a possibilidade de comparecimento do acusado ao processo e sua participação no procedimento para a elaboração do provimento final. Na verdade, está se aumentando a garantia do contraditório, na medida em que, para o modelo constitucional, importante não é a prescrição do processo, importante é a ciência pessoal do acusado, para que, assim o desejando, efetive ampla defesa.

Por outro lado, em contraposição às teses até aqui apresentadas, Mauro Viveiros (1996 *apud* NASCIMENTO, 2004, p. 119), aponta que a suspensão do prazo prescricional não é uma norma genuína de direito material. Trata-se de uma sanção processual, não sendo exigível, portanto, um termo delimitado. Em sendo a ausência quase sempre uma opção do processado, a suspensão da prescrição seria uma sanção prêmio: reaparecendo, o acusado ganharia o bônus da contagem do prazo anterior ao despacho anterior, em compensação, o prazo de suspensão não deve ter limite.

Para Lozano Júnior (2002, p. 150), por sua vez:

A principal característica da imprescritibilidade é ausência jurídica de termos iniciais e finais de prescrição nos crimes por ela abrangidos. E isso, à evidência, não ocorre na aplicação do disposto no art. 366 do estatuto processual, que possui esses limites bastante precisos. Assim é que, iniciado o prazo, via de regra, com a consumação do delito e interrompido com o recebimento da inicial acusatória, vê-se paralisado com a suspensão do processo e do curso do lapso prescricional em face da revelia do réu com advogado dativo, voltando a correr quando da citação pessoal do acusado, seu comparecimento em juízo ou da constituição de defensor por parte daquele. Existem, pois, termos finais legalmente definidos para o encerramento da suspensão, quais sejam: a) a citação pessoal do réu; b) seu comparecimento espontâneo; ou c) a eleição de defensor acusado. Desse modo, havendo termos ‘ad quem’ expressamente previstos no art. 366 do CPP, não se pode falar em ter ele criado nova modalidade de delito juridicamente imprescritível.

Na mesma toada, Maximiliano Führer (1996, *apud* NASCIMENTO, 2004, p. 119) sustenta que a suspensão do prazo prescricional por tempo indeterminado não significa imprescritibilidade. Isto porque:

[...] a lei traz outros casos de suspensão em que não se discute tal questão, como é o daqueles que exercem mandato eletivo em casas legislativas, e que não podem ser processados sem licença (art. 53, §§ 1º e 2º, da CF). O sentido do texto seria consignar, à vontade do acusado, o termo final da suspensão, não se tratando, pois, de vingança estatal.

É importante pontuar que a disposição sobre a possibilidade de parlamentar responder a ação penal, por crime ocorrido após a diplomação, sofreu mudança pela emenda constitucional nº 35, de 2001. Nessa senda, hodiernamente, para que a prescrição e o processo penal contra parlamentar sejam suspensos é necessário que, por iniciativa de partido político nela representado, a maioria de seus membros manifeste-se a favor da suspensão, conforme vaticina o art. 53, §3º, da CF. Desse modo, a regra é que o processo não fica suspenso, salvo se proceder conforme o aludido dispositivo constitucional.

Além disso, Lozano Júnior (2002, p. 149) alerta que há um Projeto de Lei n. 3.473/2000, enviado ao Congresso Nacional, que acrescenta o art. 100-A e altera o art. 116, ambos do Código Penal, estabelecendo como prazo para a suspensão da prescrição o disposto no art. 109 do mesmo Código:

Suspensão obrigatória da ação penal

Art. 100-A. A ação penal será suspensa, quando o réu, citado por edital, não comparecer e não constituir defensor. (NR)

Prescrição no caso de suspensão do processo

Art. 116 (...) § 1º No caso de que trata o art. 100-A, a prescrição ficará suspensa desde a suspensão do processo criminal até o prazo previsto no art. 109, em função da pena máxima cominada. (Projeto de Lei N.º 3.473/2000)

Porém, o Projeto de Lei n. 3.473/2000 ainda continua em trâmite na Câmara dos Deputados. Portanto, para Lozano Júnior (2002, p. 150):

[...] enquanto estiver em vigor o atual texto do art. 366 do CPP, que não estabelece esse prazo, outra interpretação não pode ser dada à matéria, a não ser aquela preconizada pelo ilustre penalista Alberto Silva Franco, no sentido de que a causa suspensiva prevista no citado dispositivo mantém seus efeitos sem nenhuma limitação temporal, até a efetiva presença do acusado em juízo, sua citação pessoal ou a nomeação de defensor constituído por parte daquele.

Importante também mencionar que em 2008 houve uma nova tentativa de delimitação do prazo da suspensão da prescrição, baseada nos prazos do art. 109, do CP. Contudo, tal tentativa restou infrutífera. Trata-se da Lei 11.719/2008, que sofreu veto presidencial. A aludida Lei trazia uma nova redação ao Código de Processo Penal, prevendo, no art. 363, §2º, inciso I, que se o acusado fosse citado por edital e não comparecesse ao processo, nem constituísse advogado, a suspensão da prescrição se daria de acordo com o prazo do art. 109, do CP. Vejamos a redação que a referida Lei (grifo nosso) trazia:

"Art. 363.
.....

§ 2º Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

I - ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal); após, recomençará a fluir aquele;

II - o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

III - o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313 deste Código.

§ 3º As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato." (NR)

Art. 366. A citação ainda será feita por edital quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu.

Entretanto, a Lei 11.719/2008 sofreu veto presidencial, que foi publicado no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2008 com as seguintes razões:

A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º há também que se indicar o veto daquele.

Cumprir observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais.

Destarte, vislumbra-se que a referida Lei fora vetada pela Presidência da República porque não previa, ao lado da suspensão da prescrição, a suspensão do processo. Desta forma, tornava a relação processual díspar, desequilibrada e desproporcional, mormente para a defesa, que poderia ter uma condenação sem a efetiva realização do contraditório. Ou seja, vislumbra-se que a Lei 11.719/2008 não possuía a previsão da suspensão do processo ao lado da suspensão da prescrição, violando, assim, o contraditório e tornando a referida lei inconstitucional. Portanto, é de se elogiar o referido veto presidencial que salvaguardou o equilíbrio da relação processual no processo penal.

O Congresso Nacional não efetivou a derrubada do veto, razão pela qual a redação do art. 366, do CPP foi mantida. Assim sendo, não se pode dar outra interpretação ao referido artigo, conforme firma a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

[...] Ao dispositivo do Projeto de Lei que suprimia a referência à suspensão

do prazo prescricional no artigo 366 do Código de Processo Penal, houve oposição de veto presidencial, cujas razões demonstram inequívoca intenção de manter a diferença na contagem dos prazos, valendo anotar que, não houve rejeição ao veto por parte do Congresso Nacional, revelando a vontade derradeira do legislador, no acolhimento de suas ponderadas razões. 4. Nessa esteira, subsiste íntegro o artigo 366, caput, que, ao contrário de veicular norma incompatível com o novel artigo 396, enseja interpretação conjunta da qual se extrai a assertiva, bastante evidente, de que o processo ficará suspenso até o comparecimento pessoal do acusado ou de Advogado por ele constituído, assim como ficará suspenso o fluxo do prazo prescricional. RECURSO PROVIDO.

(TJ-RJ - RSE: 00750965320108190038 RJ 0075096-53.2010.8.19.0038, Relator: DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA, Data de Julgamento: 25/03/2014, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/04/2014 15:30)

Ademais, cumpre mencionar que também há outras correntes sobre a duração da suspensão da prescrição. Contudo, muitas dessas correntes incorrem no erro de serem flagrantemente desarrazoadas e não técnicas. Vejamos algumas dessas correntes.

Existe uma corrente minoritária que predica que “o limite máximo da suspensão da prescrição deve ser o da pena mínima cominada abstratamente ao delito”. (FERRARI, 1998, p. 117). Assim, o prazo máximo de suspensão de um crime de homicídio culposo seria de 1 (um) ano, por exemplo, já que é o prazo mínimo de pena cominada ao delito de homicídio culposo.

Uma segunda corrente minoritária advoga que o prazo da suspensão da prescrição seria o mesmo que o prazo máximo da pena cominada abstratamente ao delito. Nesse diapasão, Ferrari (1998, p. 117) frisa:

A segunda posição, por sua vez, tem, como limite máximo da suspensão da prescrição, o mesmo parâmetro aplicado à primeira corrente, estabelecendo-se, todavia, como restrição máxima de sustação a pena máxima – e não mínima – abstratamente cominada ao delito.

A terceira corrente minoritária sustenta que o limite máximo da suspensão da prescrição seria a “conjugação entre a sanção mínima cominada e o art. 109 do Código Penal”. (FERRARI, 1998, p. 117). Ou seja, em um crime de homicídio culposo, com pena mínima em abstrato de 1 (um) ano, observando a tabela do art. 109, VI, do CP, ter-se-ia 3 (três) anos de suspensão da prescrição. Compartilham deste entendimento Ney Fayet Júnior e Martha da Costa Ferreira (2011, p. 62), defendendo que “o prazo de suspensão processual não deve ultrapassar o prazo prescricional regulado pelo mínimo da pena aplicável ao delito”. Isto porque, segundo Antônio Machado (2009, p. 119 apud FAYET JÚNIOR; FERREIRA, 2011,

p. 62), esta corrente “se mostra mais coerente com o princípio da presunção de inocência e com a aplicação *in bonam partem* da lei penal em matéria de prescrição”.

Por fim, a quarta corrente minoritária expõe que o limite máximo da suspensão da prescrição deve ser de vinte anos, já que esse é o maior lapso temporal cominado pelo Código Penal. (FERRARI, 1998, p. 118). Entretanto, notadamente, observa-se que esta corrente determina um prazo e trata a suspensão da prescrição de uma contravenção penal do mesmo modo que um homicídio qualificado ou latrocínio. Assim sendo, considerar que a prescrição de um crime de pequeno potencial ofensivo fique suspensa por 20 (vinte) anos, do mesmo modo que um crime de grande potencial ofensivo fere, flagrantemente, o princípio da proporcionalidade.

Ante o exposto, apresentados todos esses posicionamentos acerca da duração da suspensão da prescrição, observa-se que a maioria da doutrina pende entre o entendimento de que: i) a suspensão da prescrição deve ter como prazo máximo a pena máxima cominada abstratamente ao delito, conjugada com o art. 109 do CP (posicionamento do STJ); e ii) a suspensão da prescrição por prazo indeterminado, até que o acusado compareça ao processo (posicionamento do STF).

2 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 460.971/RS

Em sentido contrário ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a melhor interpretação do art. 366 do CPP é que a suspensão da prescrição se dá por tempo indeterminado.

Imperioso se faz informar que a decisão que trouxe o posicionamento aqui apresentado foi de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, através de um controle difuso de constitucionalidade. Os ministros da primeira turma do STF, em 13 de fevereiro de 2007, por unanimidade de votos conheceram e deram provimento ao recurso extraordinário 460.971/RS, decidindo e firmando a tese da suspensão da prescrição por prazo indeterminado.

Assim, o Ministro Sepúlveda Pertence, no referido julgado, sustentou que não se pode confundir a suspensão da prescrição por prazo indeterminado com hipótese de imprescritibilidade pelos seguintes argumentos:

Em primeiro lugar, porque a indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade. A suspensão, com efeito, 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 da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. (STF - RE: 460971 RS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 30-03-2007).

Nessa senda, frise-se: a suspensão da prescrição por prazo indeterminado não impede a retomada da contagem da prescrição, haja vista que esta poderá retomar seu curso através da verificação de uma condição (evento futuro e incerto), qual seja: o aparecimento do acusado ou a constituição de um advogado para efetivação de sua defesa e do contraditório no processo.

Além disso, o Ministro Sepúlveda Pertence concluiu que a corrente que predica que a suspensão da prescrição deve ter o mesmo prazo da pena máxima cominada ao delito conjugada com o art. 109 do CP não se sustenta, pois:

[...] do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.

É de se elogiar o argumento supracitado em sua pureza técnica, visto que determinar que a suspensão da prescrição se dê por prazo limitado é o mesmo que transfigurar o instituto da suspensão para uma espécie de interrupção.

O voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence foi acompanhado pela Ministra Carmen Lúcia e pelo Ministro Carlos Britto, tendo este proferido as seguintes palavras:

[...] o jogo de sutilezas do raciocínio de Vossa Excelência realmente confirma que o pensamento jurídico tem de ser requintado. Há situações em que a nossa capacidade de distinguir entre coisas parecidíssimas, há situações em que esse ‘olho clínico’ se faz absolutamente necessário.

Cumprе trazer à baila que, entretanto, o entendimento firmado pelo STF também sofre críticas. De acordo com César Santos e Simone Carvalho (2008, p. 201):

A postura do STF viola o princípio da proporcionalidade, constituindo

inaceitável a imprescritibilidade na lei. A existência de condição incerta só poderá contribuir para a insegurança jurídica, autorizando a criação de constrangimento eterno àquele ameaçado de uma sanção. O pior é que não define quando os processos poderão ser definitivamente arquivados, só acumulando processos, gerando sofrimentos desnecessários. O Direito, que se destina à pacificação social, passa a atuar em sentido contrário.

Destarte, César Santos e Simone Carvalho (2008, p. 202) concluem:

Entender que o prazo prescricional, para todos os delitos, fique suspenso por tempo indeterminado na prática, certamente infringe o princípio da proporcionalidade, indo de encontro à norma constitucional que só admite a imprescritibilidade para os crimes de racismo e ações dos grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, incisos XLII e XLIV).

Na mesma esteira de pensamento, em crítica ao posicionamento firmado pelo STF, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 623) expõe:

Equívoco manifesto daquele julgado (no STF), com o devido respeito aos doutos participantes da decisão, e, de modo especial, seu Relator, então Min. Pertence. Sem adentrar no mérito de ser ou não possível à Lei impor casos de imprescritibilidade, é bem de ver que sequer assim determinou a Lei n. 11.719/08, na redação do art. 366. Ali se faz referência apenas à suspensão do prazo prescricional: não há revogação e nem exceção às regras do art. 109, CP. [...] Resta o consolo de não se tratar de decisão do Plenário.

Desse modo, em suma, conclui-se que o STF entende que: i) não há limite temporal para a suspensão da prescrição, havendo somente a condição, futura e incerta, do aparecimento do acusado ou constituição de advogado, para que a prescrição volte a correr; ii) a Constituição Federal não proíbe que legislação infraconstitucional crie novas hipóteses de imprescritibilidade; iii) a indeterminação do prazo da suspensão da prescrição não significa imprescritibilidade do crime; e iv) entender que a suspensão da prescrição tem prazo determinado significa transfigurar o instituto da suspensão para uma nova hipótese de interrupção não prevista em lei.

Ante o exposto, vislumbra-se que a contrariedade dos posicionamentos dos tribunais superiores tem gerado insegurança na aplicação do art. 366 do CPP. O STJ entende que a suspensão da prescrição deve ser por tempo determinado e o STF entende totalmente o contrário. Ou seja, é patente a insegurança jurídica fomentada por essa divergência jurisprudencial.

Em razão da persistência dessa insegurança jurídica, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com supedâneo no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal,

interpôs Recurso Extraordinário (RE 600.851/DF), se insurgindo contra um acórdão do TJDFT que aplicara a Súmula 415, do STJ, em face da iterativa jurisprudência do STF.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do referido recurso e a Procuradoria-Geral da República emanou parecer a favor do provimento do recurso extraordinário. Assim sendo, resta nos esperar que o STF julgue a matéria e coloque um ponto final na discussão do prazo da suspensão da prescrição.

3 A SÚMULA 415 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes da edição da Súmula 415 do STJ, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça cantava, quase em uníssono, que a suspensão da prescrição não poderia ser por prazo indeterminado, pois tal entendimento era incompatível com a Carta Magna e tornava os crimes imprescritíveis. Assim sendo, o STJ firmou sua jurisprudência no sentido de que a suspensão da prescrição, pelo art. 366 do CPP, seria por tempo limitado, seguindo a tabela do art. 109 do CP e a pena máxima em abstrato cominada ao delito.

Destarte, com base em vários julgados no mesmo sentido, o STJ editou a Súmula 415, que tem como enunciado: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

Entretanto, o enunciado acima merece críticas em sua redação. Faz-se entender que o período de suspensão do prazo prescricional é o da pena máxima do crime, olvidando-se da tabela do art. 109 do CP. Desse modo, por exemplo: em um crime de lesão corporal leve, que tem pena em abstrato de três meses a um ano, poderíamos interpretar que o prazo da suspensão seria de um ano, ou seja, a pena máxima cominada ao delito. Contudo, não é isso que a Súmula 415 vaticina. A referida Súmula predica que será a pena máxima cominada ao delito conjugada com o art. 109 do CP. Logo, com base no exemplo acima, teríamos um período de três anos de suspensão da prescrição, conforme o disposto no art. 109, inciso VI, do CP.

Para a edição da Súmula 415 do STJ foram utilizadas decisões de 6 (seis) *habeas corpus*, 1 (um) agravo regimental no agravo e 1 (um) recurso especial. Foram relatores dos referidos casos a Ministra Laurita Vaz e os Ministros Hamilton Carvalhido, Gilson Dipp, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima, Jorge Mussi e Fernando Gonçalves.

Os referidos ministros sustentaram seu posicionamento com base nos seguintes argumentos, que passo a transcrever.

Para a Ministra Laurita Vaz (AgRg no Ag n. 514.205-RS):

[...] o prazo prescricional não poderia ficar suspenso *ad eternum*, transmudando-se o crime como imprescritível, pois estaria clara a violação ao disposto no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, que enumerou quais seriam esses delitos inatingíveis pelo tempo.

De acordo com o Ministro Hamilton Carvalhido, no *habeas corpus* 31.801-SP:

A suspensão condicional, prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal, é limitada e dura pelo tempo da extinção da punibilidade do crime, em razão da prescrição da pretensão punitiva, informado pela pena máxima cominada abstratamente (Código Penal, artigo 109).

O Ministro Gilson Dipp, no *habeas corpus* 34.345-SP, sustentou que “admitir que a suspensão do prazo prescricional siga indefinidamente significaria tornar imprescritíveis condutas cuja punição abstratamente cominada seja branda”.

Para o Ministro Felix Fischer, no *habeas corpus* 39.125-SP:

[...] o período máximo pelo qual o crime poderá ter suspenso o lapso prescricional respectivo é igual ao período prescricional do próprio crime, considerada sua pena máxima abstrata para adequação aos incisos do art. 109 do CP.

Verifica-se, portanto, que a Súmula 415 do STJ teve como escopo solidificar a iterativa jurisprudência do referido tribunal. Contudo, o posicionamento definido pelo STJ não está imune às críticas. Segundo César Santos e Simone Carvalho (2008, p. 200), não se pode desfigurar o instituto da suspensão da prescrição sustentando que o prazo da prescrição seria o mesmo que o disposto no art. 109, do CP, pois tal dispositivo é absolutamente incompatível, não havendo fundamento jurídico para tal posicionamento:

Se a norma engatada no art. 366 do CPP afirma que tais prazos, se verificado determinado fato, ficarão suspensos, como poderíamos valer-mo-nos dos módulos temporais arrolados no dispositivo 109 do CP para fazer voltar correr a prescrição, sem que tenha razão jurídica para tanto, ou seja, o comparecimento do acusado (art. 366, parágrafo 2º, CPP)? Ao que nos parece, tratar-se-ia de interpretação totalmente contrária à lei. Tendo em vista que a suspensão em tela persegue obstaculizar a movimentação dos prazos encapsulados no art. 109, não é razoável manipular-se os mesmos prazos ao ensejo de vencer a barreira imposta pelo legislador.

Ou seja, considerar que a suspensão da prescrição deva ter prazo limitado, nos moldes prescritos pela Súmula 415 do STJ, significa dizer que a suspensão da prescrição e a prescrição são os mesmos institutos, com os mesmos fundamentos definidores de sua existência, o que é, com a devida vênia, uma verdadeira distorção jurídica. Em outras palavras, significa dizer que, quando o réu for citado por edital e não comparecer ao processo, apenas se dobrará o prazo prescricional.

A questão da duração da suspensão da prescrição, como toda questão jurídica complexa e intrincada, pende entre um fundamento mais material – realista – e um mais formal – técnico jurídico. Isso nos coloca em uma posição desconfortável, pois nos leva a questionar se o Direito é uma ciência ou uma técnica. O Direito pode ser compreendido como uma ciência dos conceitos (tradição romano-germânica) ou uma técnica de manejo dos interesses (tradição anglo-saxã). Caso perfilhemos a tradição romano-germânica, compreendendo o Direito como uma ciência dos conceitos, o resultado será mais formal e técnico. No entanto, caso se adote um pensamento funcionalista do Direito, o resultado será completamente diverso: mais pragmático.

Entendemos, destarte, que o posicionamento firmado pelo STF se baseia em argumentos mais técnicos, enxergando o Direito como uma ciência dos conceitos. Isso fica evidente quando o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, no RE 460.971/RS, aduz que não se pode estabelecer um prazo determinado para a suspensão da prescrição, pois seria transformá-la em uma espécie de interrupção da prescrição.

O STJ, por sua vez, enxerga a problemática de forma mais material, preocupando-se demasiadamente com as possíveis consequências que possam advir no plano real. Dessa forma, a corrente do STJ é mais pragmática, porém menos técnica. Basta observar os argumentos coligidos pelos ministros do STJ. O cerne dos argumentos está em pensar que a suspensão da prescrição por prazo indeterminado seja o mesmo que imprescritibilidade. Ora, a rigor, os dois institutos são heterogêneos – o art. 366 do CPP traz uma condição para a suspensão da prescrição, bem como uma condição para a retomada de sua contagem (aparecimento do acusado ao processo), diferentemente da imprescritibilidade, onde a prescrição nunca correrá, independentemente de qualquer condição.

O Direito brasileiro foi calcado na tradição romano-germânica, embora, hodiernamente, tem-se implementado alguns institutos de natureza anglo-saxã em nosso ordenamento jurídico. Posto isso, nos parece que a melhor interpretação ao instituto em

análise deve ser de acordo com a tradição romano-germânica, enxergando o Direito como ciência dos conceitos.

3.1) Da Analogia do Art. 109 do CP ao Art. 366 do CPP

Preocupando-se com os conceitos em análise, bem como os fundamentos de cada instituto, há que se questionar se é possível a analogia ao art. 109, do CP, para uma delimitação do prazo da suspensão da prescrição, prevista no art. 366 do CPP.

Primeiramente, observa-se que nessa analogia, conforme o entendimento firmado na Súmula 415 do STJ, estamos utilizando o mesmo lapso temporal da prescrição para determinar um prazo para a suspensão da prescrição (art. 109, do CP). Significa considerar que os dois institutos têm os mesmos fundamentos, ou pelo menos similares. Pois, a analogia, como forma de integração do direito, se utiliza dos fundamentos de uma norma já positivada para a aplicação em um fato similar, onde, porém existe uma lacuna, criando-se, por conseguinte, uma nova norma. Nesse diapasão, vejamos se os fundamentos da prescrição são aplicáveis ao instituto da suspensão da prescrição previsto no art. 366, do CPP.

As teorias que melhor apresentam fundamentos para a existência do instituto da prescrição são: 1- a teoria do esquecimento; 2- a teoria da dispersão das provas; e 3- a teoria da negligência estatal.

A teoria do esquecimento predica que a prescrição deve ocorrer em razão do esquecimento do delito pela sociedade e inércia do Estado. Trata-se da atenuação da sede de justiça em razão do decurso do tempo, não sendo mais necessária a persecução ou execução penal em face do réu. Ora, a suspensão da prescrição não se dá pelo esquecimento do Estado de punir o acusado, nem de sua inércia. Na verdade, ocorre porque o Estado tentou efetivar a sua pretensão punitiva, mas não pode por circunstância alheia à sua vontade, qual seja: o desaparecimento do réu. Assim, não há inércia do Estado, nem esquecimento, quando se aplica o art. 366, do CPP, mas, muitas vezes, há um ato voluntário do acusado de furtar-se do processo penal. Nessa esteira, utilizar essa teoria como fundamento para determinação de um prazo para a suspensão da prescrição não é razoável, pois promove uma sanção premial para aquele que consegue competentemente se furtar do processo penal e se fazer “esquecido”.

Já a teoria da dispersão das provas predica que o fundamento da prescrição está em não promover uma condenação com provas inseguras e modificadas pelo tempo. O art. 366 do CPP, com essa preocupação, prevê a possibilidade da produção antecipada de provas urgentes quando o réu, citado por edital, não aparece no processo. Então, como utilizar o mesmo fundamento para delimitação de um prazo se o referido artigo admite a produção antecipada de provas? Ou seja, não se pode mais falar em prova insegura ou modificável pelo tempo quando se aplica o art. 366 do CPP. Desse modo, as provas produzidas antecipadamente são provas seguras, capazes de ensejar uma condenação, mesmo que o acusado, cujo processo tenha sido suspenso, apareça 15 (quinze) anos depois. Isto porque as provas são produzidas logo após o recebimento da denúncia, ou até antes, e não após o aparecimento do acusado 15 (quinze) anos depois da suspensão do processo. Destarte, o fundamento apresentado pela teoria da dispersão das provas também não pode ser utilizado para o artigo em liça.

Por derradeiro, a teoria da negligência estatal, influenciada pelo direito civil, predica que a prescrição só corre por causa da negligência do Estado. No caso do art. 366, do CPP, não há negligência estatal, mas sim um obstáculo de direito que impede o prosseguimento. Cumpre lembrar que a legislação penal só prevê hipóteses de suspensão da prescrição quando o Estado não tem condições de agir, ou seja, fica impedido de agir por circunstância alheia à sua vontade. Vale lembrar, como bem informa o jurista Antonio Porto (1998, p. 75), que o nosso ordenamento jurídico só admite a suspensão da prescrição por obstáculo de direito, e não por obstáculo de fato, como: calamidade pública, invasão estrangeira etc. Desse modo, como mencionado alhures, o dispositivo do art. 366, do CPP, não retrata uma omissão ou negligência do Estado (pois este tomou todas as providências possíveis), mas sim um obstáculo de direito, qual seja: o desaparecimento do acusado, que imobiliza a efetivação do contraditório.

Nessa senda, não podemos premiar aquele que se esquivava dolosamente do processo penal e punir aquele que resolve enfrentá-lo. Seria desproporcional, pois a conduta mais reprovável (furtar-se do processo penal) teria uma sanção mais leve do que a conduta de se apresentar para se defender. Posto isso, conclui-se que a teoria da negligência estatal também não pode ser aplicada como fundamento para determinação do prazo da suspensão da prescrição, pois não se trata de negligência do Estado, que tomou as devidas providências possíveis, mas, por circunstância alheia a sua vontade, não pode proceder no processo penal.

Há, também, quem manifeste simpatia pela teoria de política criminal como fundamento para a prescrição penal. Tal teoria predica que, em decorrência do passar de alguns anos, o agente pode estar ressocializado e a punição pela prática de um crime antigo não seria benéfica à sociedade nem àquelas pessoas próximas ao acusado, bem como não seria útil como política pública para conter a criminalidade. Porém, tal teoria é inaceitável como fundamento para a suspensão da prescrição. Se utilizarmos o fundamento de que não se pode punir alguém pelo simples fato de estar ressocializado significa reduzir a pena e o Direito Penal a apenas aspectos subjetivos e não objetivos. Ora, o Direito regula, precipuamente, fatos, e não o modo de pensar ou de viver de cada indivíduo. O máximo que ocorre quando um indivíduo tem uma boa conduta social é a redução da pena-base no mínimo legal, nos termos do art. 59, do CP, e não a extinção da punibilidade ou a absolvição por ter boa conduta social. Dessa forma, observa-se que o fundamento apresentado pela teoria de política criminal não é forte o suficiente, por si só, para erguer o instituto da prescrição, nem, tampouco, para ser utilizado como fundamento para a suspensão da prescrição.

Ante o exposto, vislumbra-se que as teorias supramencionadas, que trazem fundamentos para o instituto da prescrição, são muito diferentes e incompatíveis com a suspensão da prescrição do art. 366 do CPP, razão pela qual não se pode fazer a referida analogia. Conclui-se, então, que a prescrição e a suspensão da prescrição são institutos totalmente distintos, não se admitindo a imposição de um prazo determinado para esta.

Portanto, considerar que a suspensão da prescrição deva ter o mesmo prazo que a prescrição é, basicamente, dobrar o prazo prescricional quando o réu for citado por edital e não apresentar defesa nem constituir advogado. É uma interpretação em total descompasso com a lei e com o conceito de cada instituto. Logo, incabível essa interpretação em uma tradição romano-germânica.

4 SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO E IMPRESCRITIBILIDADE

Segundo o STF, não há inconstitucionalidade em se suspender o prazo da prescrição por prazo indeterminado (até o aparecimento do acusado), pois o mesmo instituto

não deve ser confundido com a imprescritibilidade. No primeiro, a prescrição corre e se suspende com a citação por edital e o não comparecimento do acusado, mas volta a correr com o seu aparecimento, citação pessoal ou quando o acusado elege seu defensor naquele processo. Já no segundo, a prescrição não corre, nem nunca correrá. É inexistente a prescrição em um crime imprescritível. Destarte, é patente a enorme diferença entre os dois institutos, razão pela qual não se pode dizer que a suspensão da prescrição por prazo indeterminado seja uma nova hipótese de imprescritibilidade.

Imperioso se faz trazer à baila, novamente, a bela explanação proferida pelo professor Lozano Júnior (2002, p. 150), que afirma que a principal diferença entre a suspensão da prescrição por prazo indeterminado e a imprescritibilidade é que naquela:

Existem, pois, termos finais legalmente definidos para o encerramento da suspensão, quais sejam: a) a citação pessoal do réu; b) seu comparecimento espontâneo; ou c) a eleição de defensor ao acusado. Desse modo, havendo termos 'ad quem' expressamente previstos no art. 366 do CPP, não se pode falar em ter ele criado nova modalidade de delito juridicamente imprescritível.

Além disso, como restou demonstrado alhures, não se pode impor um tempo determinado para a suspensão da prescrição, mormente com a analogia do prazo da prescrição (art. 109, do CP) para a suspensão da prescrição prevista no art. 366, do CPP, pois seus fundamentos são muito diferentes e incompatíveis. Assim, a volta da contagem da prescrição só pode se dar pela ocorrência de uma condição, futura e incerta, qual seja: o aparecimento do acusado no processo.

Portanto, o art. 366 do CPP não trouxe uma nova hipótese de imprescritibilidade por meio de lei infraconstitucional, pois a suspensão da prescrição por prazo indeterminado não se equivale à imprescritibilidade. Logo, a suspensão da prescrição por prazo indeterminado é constitucional.

5 DA CONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO

Os defensores da inconstitucionalidade sustentam que suspender a prescrição por prazo indeterminado é o mesmo que tornar um crime imprescritível e que a

Constituição Federal vaticina que somente dois crimes podem ser imprescritíveis (art. 5º, incisos XLII e XLIV).

Os crimes que a Constituição Federal considera imprescritíveis são: o racismo, previsto no art. 5º, inciso XLII; e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, disposto no art. 5º, inciso XLIV. Importante se faz mencionar que a Constituição não traz um preceito secundário (pena) às condutas mencionadas, razão pela qual necessário se faz a edição de lei infraconstitucional regulando a matéria.

Questiona-se: é possível, também, que lei infraconstitucional crie novas hipóteses de imprescritibilidade?

Como visto alhures, para a Ministra do STJ Laurita Vaz (AgRg no Ag n. 514.205-RS), não se pode criar novos crimes imprescritíveis a partir de lei infraconstitucional:

[...] o prazo prescricional não poderia ficar suspenso *ad eternum*, transmutando-se o crime como imprescritível, pois estaria clara a violação ao disposto no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, que enumerou quais seriam esses delitos inatingíveis pelo tempo.

Observa-se, com efeito, que para a Ministra Laurita Vaz as hipóteses de imprescritibilidade em nosso ordenamento jurídico são somente as duas dispostas no texto constitucional, quais sejam: o racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Nessa senda, qualquer outra hipótese de imprescritibilidade, criada pela legislação infraconstitucional, será inconstitucional.

Impende trazer à baila que uma considerável parte da doutrina também entende que a imprescritibilidade seja matéria exclusiva de índole constitucional. Nessa esteira, Fernando Galvão (2007, p. 884 apud FAYET JÚNIOR, 2011, p. 59) defende:

A imprescritibilidade constitui exceção à regra de que se deve evitar o prolongamento demasiado da situação jurídica que possibilita a punição do réu. Tal exceção fundamenta-se em opção política que reconhece especial gravidade aos fatos não atingidos pela prescrição, sendo que as hipóteses excepcionais somente podem ser identificadas por opção político-constitucional. Isso significa que o legislador infraconstitucional não pode estabelecer outras hipóteses de imprescritibilidade.

Adota a mesma opinião Mara Regina Trippo (2004, p. 94 apud FAYET JÚNIOR, 2011, p. 59), ao expressar que “as hipóteses de imprescritibilidade são aquelas previstas na Constituição; lei federal que instituísse outra seria inconstitucional”. E, para

Fábio Guedes de Paula Machado, “a Lei Maior proibiu implicitamente em seu art. 5º, incisos XLII e XLIV, que normas infraconstitucionais estabelecessem a imprescritibilidade a outras infrações”. (2000, p. 173 apud FAYET JÚNIOR, 2011, p. 59).

Divergindo da corrente supramencionada, o ilustre advogado Ney Fayet Júnior (2011, p. 60) sustenta:

[...] a CF não proibiu, de modo expreso, que pudesse haver previsão infraconstitucional sobre imprescritibilidade; e mais: se o legislador ordinário pode eliminar ou alterar o regramento prescricional, pode, também, tornar, excepcionalmente, certos crimes (significativamente graves) inacessíveis à implementação prescritiva (esse posicionamento, aliás, permite, sob todos os títulos, dar viabilidade maior à internalização do regime internacional, especialmente o que se mostra consentâneo com a preservação dos direitos humanos).

A Constituição estabeleceu em seu art. 22, I, que a competência para legislar sobre matéria penal, mormente sobre prescrição penal, é da União. Assim, não havendo vedação expressa à edição de nova hipótese de imprescritibilidade no texto constitucional e prescrevendo que a competência para legislar sobre prescrição penal seja da União, não vemos maiores dificuldades para edição de nova hipótese de imprescritibilidade por meio de lei ordinária.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (grifo nosso).

Cumprir mencionar que, mormente no século passado, surgiram demandas internacionais com escopo de tornar imprescritíveis os crimes de guerra, lesa-humanidade e de genocídio. Ou seja, crimes de maior gravidade com alcance internacional. Um bom exemplo é o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional. O Brasil assinou e ratificou o referido tratado que prevê novas hipóteses de imprescritibilidade, exarando o Decreto nº 4.388, em 25 de setembro de 2002. Contudo, imperioso se faz destacar que os crimes imprescritíveis dispostos no Estatuto de Roma são distintos dos previstos na CF.

Nessa esteira de pensamento, observa-se que, caso se perfilhe a corrente que predica que a legislação infraconstitucional não pode estabelecer novas hipóteses de imprescritibilidade, teremos uma situação incongruente e vexatória para o Brasil, onde este se compromete internacionalmente em não aplicar a prescrição aos crimes de guerra, lesa-

humanidade e genocídio, mas, na verdade, irá aplicá-la internamente, pois os tratados internacionais não estão acima da Constituição, conforme firmou o STF.

Assim, não seria possível a edição de novas hipóteses de imprescritibilidade por meio de tratado ou por lei infraconstitucional?

Ora, não é possível que a Constituição tenha enrijecido tanto a matéria de imprescritibilidade em nosso ordenamento jurídico. Destarte, nos parece que a melhor interpretação é: a Constituição não veda o estabelecimento de novas hipóteses de imprescritibilidade por meio de legislação infraconstitucional, isto porque, primeiramente, não há vedação expressa no texto da Carta Magna; em segundo lugar, a Constituição Federal prevê a competência privativa da União para legislar sobre matéria penal, mormente sobre prescrição penal; e, em terceiro lugar, porque, caso contrário, seria inviabilizar a atuação do Brasil na defesa dos direitos humanos no plano internacional, mormente contra crimes bárbaros de alcance internacional. Como diria Cesare Beccaria (2016, p. 47) “Quando se trata desses crimes atroztes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga”.

Compartilha do mesmo entendimento o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, que afirma:

[...] 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. (STF - RE: 460971 RS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 30-03-2007).

Ex positis, entendemos que a melhor interpretação para o instituto em liça é: que a suspensão da prescrição por prazo indeterminado e a imprescritibilidade são institutos jurídicos heterogêneos, logo, não se pode questionar a constitucionalidade do art. 366, do CPP. E caso se considere que a suspensão da prescrição por prazo indeterminado seja realmente uma nova hipótese de imprescritibilidade (o que discordamos), concluimos que, mesmo assim, a suspensão da prescrição por prazo indeterminado é constitucional, pois a CF não vedou a criação de novas hipóteses de imprescritibilidade por meio de legislação infraconstitucional.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, concluímos que:

- 1- a prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo;
- 2- a prescrição penal encontra seu fundamento no decurso do tempo e na negligência estatal, o que faz com que um delito seja esquecido. Além disso, a infidedignidade e a incerteza comprobatória dos fatos em virtude do decurso do tempo também são fundamentos razoáveis para a prescrição. Portanto, as teorias do esquecimento, da negligência estatal e da dispersão das provas nos parecem bons fundamentos para o instituto da prescrição penal;
- 3- a prescrição penal tem natureza material e não pode ser confundida com a decadência ou a preempção. A preempção é uma sanção processual, aplicável ao querelante que deixa decorrer tempo maior que aquele permitido pela lei processual, ou que deixa de pedir a condenação do querelado nas alegações finais. Já a decadência atinge o direito do ofendido ou seu representante legal de promover a ação penal privada. Cumpre frisar que a prescrição atinge diretamente o poder-dever de punir do Estado, já a decadência e a preempção o atingem indiretamente;
- 4- em nosso ordenamento jurídico existem dois tipos de prescrição penal: a que extingue a pretensão punitiva (art. 109, *caput*, do CP) e a que extingue a pretensão executória (art. 110, *caput*, do CP). A primeira se refere à perda da possibilidade de se exigir do Estado-Juiz uma decisão definitiva sobre o mérito da acusação formulada. Já a segunda se refere à impossibilidade de se executar a pena definitiva;
- 5- existem três espécies de prescrição da pretensão punitiva: i) prescrição em abstrato; ii) prescrição superveniente; e iii) prescrição retroativa;
- 6- em regra, a contagem do prazo prescricional pode se iniciar a partir da consumação do delito; no caso de tentativa, do dia em que cessar a atividade criminosa; e no caso de crime permanente, do dia em que

cessar a permanência. Já como exceção, nos crimes de bigamia ou falsificação de registro civil, começa-se a contar a prescrição da data em que a autoridade tomou conhecimento; e nos crimes contra a dignidade sexual de criança ou adolescente, da data em que a vítima fizer 18 (dezoito) anos, salvo se a ação penal já tiver sido proposta;

- 7- a prescrição antecipada consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação de sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido. Entendemos, conforme a Súmula 438, do STJ, que a prescrição antecipada é inadmissível em nosso ordenamento jurídico por falta de amparo legal e por suscitar insegurança jurídica;
- 8- as causas suspensivas da prescrição apenas paralisam o lapso temporal por determinado período, fazendo com que, após isso, ele reinicie pelo tempo que faltava para seu encerramento. Já as causas interruptivas zeram o prazo prescricional, determinando um novo início, como se ele nunca houvesse começado. Destarte, segundo o Código Penal Brasileiro, a prescrição pode ser interrompida pelo recebimento da denúncia, pela pronúncia, pela decisão confirmatória da pronúncia, pela publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência;
- 9- existem causas suspensivas previstas no Código Penal, na Lei 9.099/95, na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É comum que a suspensão do processo seja acompanhada da suspensão da prescrição. Isto porque, assim como a garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, é necessário que se observe o princípio da paridade de armas, derivado do contraditório;
- 10- a imprescritibilidade se baseia na ideia de que a negligência estatal e o decurso do tempo não cria qualquer direito ao acusado, muito menos o direito à impunidade;
- 11- a citação é o ato processual no qual o acusado toma conhecimento de que há uma demanda movida contra ele, possibilitando, assim, a apresentação de sua defesa. Os princípios institutivos do processo, como

o devido processo legal, o contraditório e outros, só são efetivados através da citação;

- 12- com base na concepção Fazzalariana de processo, ou seja, de processo como procedimento em contraditório, a citação válida não é um pressuposto de validade do processo, mas sim de existência do processo, pois é o elemento lógico e jurídico para que se possa ter o contraditório;
- 13- a revelia é uma consequência derivada da ausência do réu no processo. No Brasil, hodiernamente, a revelia existe apenas para o acusado que tem ciência da acusação, e se restringe a não comunicação dos atos processuais;
- 14- na citação pessoal é possível a revelia, sendo o seu único efeito a não intimação ou notificação dos atos processuais, com exceção da sentença condenatória, que a intimação é obrigatória. Cumpre destacar que é possível a revelia para aquele que, citado por edital, comparece ao processo e depois muda de residência, sem indicar ao juízo seu novo endereço, ou não é mais encontrado para intimação subsequente;
- 15- com o advento da Lei. 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, passou-se a não mais ser possível a revelia do réu citado por edital, procedendo-se, então, à suspensão do processo e do prazo prescricional para aquele que, citado por edital, não apresenta defesa, nem constitui advogado;
- 16- a suspensão do processo quando o réu não é encontrado parece ser uma prática comum no meio internacional, mormente em países do *common law*, na Alemanha e em Portugal;
- 17- não há limite temporal para a suspensão da prescrição do art. 366 do CPP, havendo somente a condição futura e incerta do aparecimento do acusado para que a prescrição volte a correr;
- 18- os prazos prescricionais definidos no art. 109, do CP, não podem ser utilizados, em analogia, para determinar um prazo à suspensão da prescrição, prevista no art. 366, do CPP, pois seus fundamentos são muito diferentes, logo, incompatíveis. Assim, forçar esta analogia é interpretar de forma contrária à lei;
- 19- a suspensão da prescrição que espera a verificação de uma condição futura e incerta para voltar a correr não se equivale à imprescritibilidade.

Destarte, a suspensão da prescrição por prazo indeterminado é constitucional;

20- a Constituição Federal não proíbe que legislação infraconstitucional crie novas hipóteses de imprescritibilidade, pois: i) não há vedação expressa; ii) a União é competente para legislar sobre matéria penal, mormente sobre prescrição penal; e iii) o Brasil assinou e ratificou o tratado do Estatuto de Roma, que prevê novas hipóteses de imprescritibilidade para crimes lesa humanidade de caráter internacional, exarando o Decreto n° 4.388, em 2002. Assim, permitiu que essas novas hipóteses de imprescritibilidade, diferentes das previstas na CF, fossem admitidas em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDREATO, Danilo; ARAS, Wladimir. *Termo inicial da prescrição nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes: o art. 111, V, do Código Penal (Lei nº 12.650/2012)*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21878/termo-inicial-da-prescricao-nos-crimes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes-o-art-111-v-do-codigo-penal-lei-n-12-650-2012>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CARVALHO, Simone Campos; SANTOS, César Augusto dos. *Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28079/limites_prescricao_luz.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

FAYET JUNIOR, Ney et al. *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, v. 3.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

JAWSNICKER, Francisco. *Prescrição penal antecipada*. Curitiba: Juruá, 2004

JESUS, Damásio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal retroativa e antecipada: face à competência*. São Paulo: BH Editora, 2003.

LOZANO JUNIOR, José. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal: ação penal, decadência, direito penal militar, lei de proteção da ordem econômica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado: interpretação do art. 366 do código de processo penal com a redação da lei n. 9271/96 no contexto do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TOURINHO FILHO, *Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.