

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Luiz Eduardo Riva Nicolini

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL FRENTE A PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS-CONSTITUCIONAIS

Carazinho
2013

Luiz Eduardo Riva Nicolini

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 366 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FRENTE A PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS-CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, campus Carazinho, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Geni Fátima Pithan da Silveira.

Carazinho
2013

Luiz Eduardo Riva Nicolini

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 366 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FRENTE A PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS-CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, campus Carazinho, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Geni Fátima Pithan da Silveira.

Profª Me. Geni Fátima Pithan da Silveira – UPF

Prof. Dr. _____ - UPF

Prof. Dr. _____ - UPF

Carazinho
2013

Dedico este trabalho aos meus pais Francisco Antônio Nicolini e Maria Riva Nicolini, por me acompanhar nessa jornada e não me deixar desistir diante das dificuldades. A todos os meus professores, pela contribuição intelectual que me proporcionaram. E, aos meus amigos, pelo companheirismo e apoio. A todos vocês, muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me iluminar e guiar o meu caminho.

Aos meus pais, pelo apoio e por tudo que fizeram por mim durante esses cinco anos de luta, pois esse sonho não seria concretizado sem os vossos sábios conselhos.

Ao professor Luiz Fernando Kramer Pereira Neto, por suas brilhantes aulas em direito processual penal III, uma vez que o presente trabalho foi despertado dos estudos dessa disciplina.

Ao professor Renato Fioreze, pelo primeiro auxílio técnico do trabalho.

Aos meus amigos, pela amizade, coleguismo e motivação durante todos esses anos de aprendizado e dedicação.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a minha orientadora professora Geni Fátima Pithan da Silveira, pelo apoio, paciência e dedicação desse trabalho.

Para todos que acreditaram em mim, Muito Obrigado!

RESUMO

O artigo 366 do CPP, com redação dada pela Lei nº. 9.271/1996, dispõe que, ao acusado, citado por edital, que não comparece ao processo e nem institui patrono, suspensos estarão o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o magistrado determinar a produção antecipada das provas consideradas imprescindíveis ao feito e, se achar necessário, decretar a prisão preventiva do imputado, levando-se em consideração os pressupostos do artigo 312 do CPP. Ao não definir em seu texto legal o *quantum* de tempo ficará suspenso a prescrição, coube a doutrina e a jurisprudência tamanha tarefa. Quanto à doutrina, inúmeros são os seus entendimentos. A jurisprudência também não é pacífica. O STF interpretou o dispositivo de modo a permitir, de forma indireta, a suspensão infinita da prescrição, o que não seria tolerado diante da violação de grande gama de direitos e garantias constitucionais que isso causaria. O STJ, ao contrário, editou a Súmula 415, determinando que o prazo prescricional ficará suspenso pelo máximo da pena cominada no tipo penal, nos termos do artigo 109 do Código Penal. A possibilidade do magistrado determinar a produção probatória antecipada deve ser utilizada em situações excepcionalíssimas, quando o perigo da perda da prova seja concreto, motivando robustamente sua decisão. Da mesma forma, a decretação da prisão preventiva deve ser fundamentada e, além disso, obedecer seus requisitos, hipóteses e pressupostos autorizadores previstos no CPP, sob pena de uma prisão ilegal. Quanto à exclusão do artigo 366 sobre a Lei nº. 9.613/1998, a doutrina considera essa supressão inconstitucional.

Palavras-chave: Suspensão. Prescrição. Citação. Edital. Prisão. Processo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 ASPECTOS NECESSÁRIOS AO ESTUDO DO ARTIGO 366 DO CPP	10
1.1 Das causas extintivas da punibilidade: panorama geral.....	10
1.2 Da prescrição penal.....	15
1.3 Das formas de comunicação processual.....	21
2 ARTIGO 366 DO CPP – SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL	27
2.1 Garantias e limitações à direitos constitucionais.....	27
2.2 O artigo 366 do CPP e a Lei nº. 11.719/2008.....	33
2.3 A discussão temporal em torno do artigo 366 do CPP.....	35
2.4 Das divergências doutrinárias quanto ao limite temporal do curso do prazo prescricional do artigo 366 do CPP.....	38
2.5 O polêmico posicionamento do STF quanto a suspensão do curso do prazo prescricional.....	40
2.6 A Súmula 415 do STJ.....	43
3 ARTIGO 366 DO CPP – PRODUÇÃO PROBATÓRIA, PRISÃO PREVENTIVA E A LEI Nº. 9.613/98	46
3.1 A produção antecipada das provas consideradas urgentes.....	46
3.2 A decretação da prisão preventiva.....	52
3.3 A exclusão do artigo 366 do CPP na Lei nº. 9.613/98.....	59
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Um Estado Democrático de Direito é aquele que respeita os ditames constitucionais, assegurando um processo justo e imparcial. Tais preceitos fundamentais se revelam de tamanha importância, pois são eles que garantem a democracia do indivíduo frente à postura do Estado, que em tempos atrás se mostrou um tanto autoritário e arbitrário, diz-se, um sistema desrespeitador dos direitos dos cidadãos. Somente através de leis justas é que os direitos dos indivíduos serão protegidos e os abusos cometidos pelo Estado, definitivamente, interrompidos.

Este trabalho consiste em uma monografia jurídica destinada a obtenção, como requisito parcial, do título de Bacharel em direito pela Universidade de Passo Fundo e tem por objeto, a análise do artigo 366 do CPP frente a importantes princípios e garantias fundamentais postos na Constituição Federal.

Elevando o grau de importância da Constituição Federal e dos seus dizeres é que a presente pesquisa se faz necessária, uma vez que serão abordados aspectos preocupantes, violadores de regras constitucionais, que ainda vigoram no direito atual, raízes do antepassado e vergonhoso sistema inquisitório.

Pretende-se demonstrar com o mencionado trabalho que o artigo 366 do CPP tem gerado, principalmente no mundo jurídico, profundos danos aos direitos do acusado, danos esses tolerados pelo Estado. O Estado que deveria proteger os direitos do indivíduo, nesse caso, acaba os desprezando.

Inicialmente, o referido estudo visará discutir a constitucionalidade do artigo 366 do Código de Processo Penal em relação à suspensão do prazo prescricional do delito, diante do não comparecimento do acusado, citado por edital, ao processo. Embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, este último através da Súmula 415, tenham se manifestado a respeito do aludido dispositivo legal, seus posicionamentos ainda se revelam muito gravosos ao indivíduo, sendo o dispositivo legal em análise, bem como os entendimentos jurisprudenciais soberanos, alvo de impiedosas críticas da doutrina.

A suspensão da prescrição, arrolada no artigo 366 do CPP, muito distante está de um posicionamento pacífico, embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tenham se manifestado a respeito. A revolta de grande parte da doutrina quanto a este ponto, com razão, é devastadora, uma vez que uma prescrição indefinida ou uma

prescrição em dobro destroem múltiplos ditames constitucionais que asseguram um sistema justo. Mesmo assim, o artigo 366 do CPP continua sendo aplicado na sua literalidade por juízes “boca da lei”, admitindo uma nova classe de crimes imprescritíveis, não respeitando, inclusive, as finalidades de um processo penal equitativo.

Outro entrave que será discutido será a possibilidade do magistrado determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, uma vez que essa discricionariedade posta nas mãos do juiz de direito, se não aplicada com cautela, sobretudo, em relação a prova oral, poderá dar ensejo à decisões injustas e arbitrárias, destruindo, até mesmo, princípios constitucionais.

Do mesmo modo, a decretação da prisão preventiva autorizada pelo artigo 366 do CPP, deve ser interpretada com cuidado, respeitando seus requisitos, pressupostos e hipóteses, pois com a Lei nº. 12.403/2011, a prisão que antes era regra virou exceção e a liberdade que antes era exceção virou regra.

Outrossim, as justificativas que embasam a exclusão do artigo 366 do CPP na Lei nº. 9.613/1998 são discutíveis não só porque violam importantes ditames constitucionais, mas também porque essas justificativas se revelam como totalmente imprestáveis.

Dessa maneira, em um primeiro momento, partir-se-á à análise dos aspectos gerais que rodeiam o texto legal em discussão. Será demonstrado um panorama geral acerca das causas de extinção da punibilidade, até chegar à prescrição penal. Também, como a prescrição penal é abordada sob o ponto de vista de legislações estrangeiras. Além disso, serão apresentadas exposições importantes a respeito das formas de comunicação processual, destacando-se a citação por edital.

Em seguida, o estudo partirá de uma análise constitucional do referido dispositivo de lei, sobretudo, em relação à suspensão do processo e do prazo prescricional. Serão expostas garantias e violações constitucionais geradas pelo dispositivo em estudo, bem como a relação do artigo 366 do CPP com a Lei nº. 11.719/2008, a (in)aplicabilidade do mesmo aos delitos praticados antes da vigência da Lei nº. 9.271/1996, e qual o recurso cabível para a decisão que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional. Aliás, será discutido o radical posicionamento do STF sobre a questão, as divergências doutrinárias quanto ao limite temporal da suspensão da prescrição, bem como o entendimento do STJ, consubstanciado na Súmula 415.

Por fim, mas não menos importante, será analisado o artigo 366 do CPP em relação à determinação do juiz na produção antecipada de provas consideradas urgentes, bem como na hipótese de decretação de prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do CPP, e quanto à exclusão da incidência do artigo 366 do CPP na Lei nº. 9.613/1998.

Quanto aos métodos de pesquisa adotados, os métodos procedimentais escolhidos serão o monográfico, visto que o presente trabalho partirá do estudo de institutos em doutrinas, jurisprudências e artigos jurídico-científicos para demonstrar entendimentos acerca do problema, bem como o método comparativo, pois serão confrontados posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários. Quanto aos métodos de abordagem, serão utilizados o método dedutivo, uma vez que serão demonstrados casos e situações diversas, bem como as respectivas consequências ocasionadas por tais, como também o método dialético, porquanto diversos juízos serão debatidos e discutidos.

1 ASPECTOS NECESSÁRIOS AO ESTUDO DO ARTIGO 366 DO CPP

Neste capítulo, será discorrido minuciosamente a respeito dos institutos que englobam o artigo 366 do CPP. Serão apresentadas as causas de extinção da punibilidade, destacando-se, dentre elas, a prescrição penal, medida através do qual o Estado perde o seu direito de punir em virtude da inércia na busca da pretensão punitiva, durante determinado tempo. Também serão abordadas as formas de comunicação do sujeito no processo, sobretudo, a citação por edital, aplicada quando o acusado não for encontrado.

1.1 Das causas extintivas da punibilidade: panorama geral

Somente o Estado, no ordenamento jurídico pátrio, tem o poder de punir os delitos cometidos pelos indivíduos. A regra pressupõe que, cometido o ilícito penal, nasce o direito do Estado de agir (*ius puniendi*) para frear a sua ocorrência. Entretanto, em alguns casos, o Estado perde o direito a persecução penal. Essas hipóteses de perda do direito de punir pelo Estado dá-se o nome de causas extintivas da punibilidade.

As causas extintivas na punibilidade estão previstas no artigo 107 do Código Penal Brasileiro, mas o rol ali previsto é exemplificativo e não taxativo, uma vez que outras hipóteses existem no Código Penal Brasileiro e em legislações especiais. Desse modo, conforme estabelece o artigo 107 do estatuto penal, são causas de extinção da punibilidade: a morte do agente; a anistia, graça ou indulto; a *abolitio criminis*; a prescrição, decadência ou preempção; a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito, nos crimes de ação penal privada; a retratação do agente, quando a lei admitir; e o perdão judicial, nos casos previstos em lei ¹.

A morte do agente prevista no artigo 107, inciso I, do Código Penal Brasileiro, impede todas as implicações advindas do delito penal, seja na fase da investigação preliminar, ou na fase processual, ou mesmo na fase de execução da pena. Dessa maneira, em qualquer momento da persecução penal, ocorrida a morte do indiciado, acusado ou sentenciado, extinta estará a punibilidade, a ser comprovada através da certidão de óbito original ².

¹ DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 391.

² BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 149.

É importante mencionar que, em respeito ao princípio constitucional da personalidade da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República, a responsabilização pela infração penal não passa aos sucessores do agente. Segundo o referido dispositivo constitucional, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”³. De outro modo, por ser condição particular e subjetiva, essa causa extintiva da punibilidade não atinge ou beneficia o corréu⁴.

Outra hipótese de extinção da punibilidade é a anistia (artigo 107, inciso II, do CP). A anistia pode ser entendida como um ato de competência exclusiva da União e privativa do Congresso Nacional, sancionada pelo Chefe do Poder Executivo (Presidente da República), cuja concessão somente poderá se dar por meio de lei federal, que retroativamente retira os efeitos de certos delitos penais. É um verdadeiro esquecimento jurídico, onde o Estado renuncia ao seu direito de punir. Todas as infrações penais são suscetíveis de anistia, com exceção aos crimes hediondos e seus equiparados (prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo)⁵.

No mesmo inciso da anistia encontra-se o indulto. O indulto individual (igualmente chamado de graça) ou coletivo traduz-se como o perdão total ou parcial da pena do acusado. Enquanto o indulto pleno (total) extingue totalmente a pena, o indulto parcial poderá diminuí-la ou amenizá-la (substitui-se a pena de prisão pela pena de multa, *verbi gratia*)⁶.

O indulto individual ou graça requer pedido ao Presidente da República. O indulto coletivo é concedido “*ex officio*” por meio de decreto do Presidente da República ou pessoa delegada por ele (Ministro de Estado, Procurador-Geral da República ou Advogado-Geral da União). Além disso, o indulto somente pode ser concedido, em regra, através de sentença penal condenatória transitada em julgado (irrecorrível). Diferentemente da anistia, o indulto atinge somente a execução da pena aplicada, não alcançando efeitos secundários e extrapenais da sentença como a reincidência ou os antecedentes, por exemplo. Por outro lado, do mesmo modo que a anistia, não admite-se indulto aos crimes hediondos e equiparados (prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo)⁷.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 923.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 567-568.

⁶ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 150.

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 925.

A *abolitio criminis* é mais uma causa de extinção da punibilidade que se manifesta quando uma lei penal posterior deixa de considerar ilícito penal uma conduta que antes era criminalizada, ou seja, um fato anteriormente tido como delituoso passa, através de uma lei penal nova, a ser descriminalizado⁸.

Extinta a punibilidade do agente por meio da *abolitio criminis*, desaparecerá com ela todos os efeitos penais da condenação, ou seja, o agente terá seu histórico penal completamente limpo, livre de qualquer mácula derivada do delito descriminalizado. Embora os efeitos penais cessem, os efeitos civis como uma possível obrigação de indenizar, por exemplo, subsistem⁹.

Salienta-se, nesse sentido, que dependendo de onde estiver tramitando o processo determinar-se-á a competência para o reconhecimento da *abolitio criminis*. Caso o processo estiver em trâmite e não houver chegado na fase recursal, o juiz de primeiro grau será o competente para declarar a extinção da punibilidade. De outra forma, se o processo estiver em grau recursal, o Tribunal de Justiça será o encarregado de julgar extinta a punibilidade do sujeito. Agora, se já houve o trânsito em julgado da sentença condenatória, ao juiz da execução competirá apreciar a extinção da punibilidade, conforme bem entende a Súmula 611 do STF¹⁰.

Prevista no artigo 107, inciso V, do Código Penal Brasileiro, a renúncia ao direito de queixa pressupõe que o ofendido ou seu representante legal abandone o direito de promover a ação penal privada (ou condicionada a representação) que lhe compete, podendo tal abdicação ser feita de forma expressa ou tácita. Será expressa quando o ofendido ou seu representante legal formalmente o declarar. De outro modo, será tácita quando a vítima praticar ato incompatível com o desejo ou intenção de oferecer queixa¹¹.

Nessa ótica, o perdão, embora constante no mesmo inciso da renúncia ao direito de queixa, com ela se distingue. O perdão aceito implica em ação penal privada em andamento, desistindo dela o querelante, diversamente da renúncia, onde a ação penal privada nem chega a ser ajuizada. Como visto, o perdão deve ser aceito, ou seja, o querelado deve consentir o perdão, ao contrário da renúncia que é ato unilateral, não estando condicionada a aceitação do

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 573.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 927.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 573.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 936-937.

querelado. Por sua vez, o perdão também poderá ser expresso (por meio de declaração escrita) ou tácito (através de atos incompatíveis com a vontade de continuar com o processo) ¹².

A retratação do agente (artigo 107, inciso VI, do CP) é outra forma de extinção da punibilidade que ocorre quando o sujeito volta atrás do que disse e reconhece o erro cometido. O Código Penal Brasileiro admite no artigo 143 essa hipótese de extinção da punibilidade para os crimes contra a honra (calúnia e difamação), com exceção da injúria, podendo também ser admitida em caso de falso testemunho e falsa perícia, conforme dispõe o artigo 342, §2º, do mesmo diploma legal ¹³.

O casamento do agente com a vítima e o casamento da vítima com terceiro previstos respectivamente nos incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal Brasileiro também eram admitidas como causas de extinção da punibilidade. A justificativa para essas causas se baseava na ideia de que era melhor para a honra e moral da vítima ser o dano reparado pelos laços matrimoniais (casamento) e, dessa maneira, ver sobrestada a *persecutio criminis* contra o criminoso. Com o advento da Lei nº. 11.106/2005, as causas supra, decorrentes do casamento, foram revogadas do Código Penal Brasileiro ¹⁴.

Extingue-se a punibilidade também o chamado perdão judicial. O perdão judicial consiste na possibilidade que o juiz tem de, nas hipóteses expressamente previstas em lei, deixar de aplicar a pena ao agente. O juiz vai verificar as circunstâncias do caso (se elas estão previstas na legislação) e conforme o seu arbítrio e discricionariedade vai conceder ou não o perdão judicial ¹⁵.

Como visto, somente será admitido o perdão judicial nos casos expressamente previstos na lei. O juiz deixará de aplicar a pena, por exemplo, quando em se tratando de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, as implicações do delito alcancem o autor do ato de tal forma (em tamanha gravidade) que a pena material se torne inútil (artigo 121, § 5º, do CP e artigo 129, § 8º, do CP). É o caso do indivíduo que provoca um acidente automobilístico, deixando o seu filho paraplégico. Diz-se que a sanção penal do agente é o sofrimento por sua própria conduta ¹⁶.

¹² BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 152.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 579.

¹⁴ *Ibidem*, p. 579-580.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 938.

¹⁶ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 152.

A perempção é a extinção da ação penal privada proposta (em curso) por desídia, inércia ou negligência do querelante¹⁷. O artigo 60 do Código de Processo Penal enumera as hipóteses de perempção, quais sejam:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor¹⁸.

Com a perempção, o artigo 107, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, prevê a decadência como causa de extinção da punibilidade. Revela-se a decadência como a perda do direito de promover a ação penal exclusivamente privada, ou a ação penal privada subsidiária da pública, ou mesmo de manifestar-se pela representação na ação penal pública condicionada à representação, em face da inércia da vítima ou de seu representante legal, durante certo lapso de tempo previsto em lei¹⁹.

Conforme dispõe o artigo 103 do Código Penal Brasileiro, salvo expressa disposição em contrário, o ofendido decairá no seu direito de promover queixa-crime ou manifestar pela representação se não exercê-las no prazo de seis meses, a ser contado a partir do dia que vier a saber quem é o autor da infração penal²⁰. Na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, o prazo de seis meses será contado do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público²¹.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 936.

¹⁸ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 588.

²⁰ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 151.

²¹ DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 363.

O prazo de decadência será contado conforme a regra do artigo 10 do Código Penal Brasileiro, compreendendo-se o dia do começo no cômputo do prazo, não se prorrogando em detrimento de sábados, domingos, férias ou feriados. Por ter natureza penal, o prazo, então, é fatal²².

Embora similares, a decadência não se confunde com a prescrição. Conforme ensinamentos de Luiz Flávio Gomes:

[...] (a) a prescrição pode ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado; a decadência só é possível antes da propositura da ação; (b) a prescrição pode ocorrer em relação a qualquer crime; a decadência só acontece nos crimes de ação penal privada e nos de ação pública condicionada à representação; (c) a prescrição atinge diretamente o *ius puniendi* concreto ou a pretensão executória; já a decadência atinge diretamente o direito de queixa ou de representação e só indiretamente o *ius puniendi* concreto; (d) a prescrição é improrrogável, porém, está sujeita à suspensão e se interrompe; a decadência não se suspende, não se interrompe e não se prorroga²³.

Dessa maneira, a decadência e a prescrição são institutos com implicações diferentes. Enquanto a primeira atinge o direito de jurisdição, por meio da ação, da vítima ou de seu representante e, de forma indireta e conseqüentemente, o *ius puniendi* do Estado, a prescrição, diversamente, atinge de forma direta o seu direito de punir²⁴.

1.2 Da prescrição penal

O Estado, por ser dotado de soberania, detém, exclusivamente, o *ius puniendi*. Esse direito de punir não tem prazo infinito, ao contrário, o Estado tem um prazo pré-fixado em lei para iniciar a pretensão punitiva e outro para promover a execução da punição. Superado o prazo e o Estado mantido inerte quanto ao seu direito de punir, resta configurada a prescrição penal²⁵.

²² MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. Série Descomplicada. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2012, p. 196.

²³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 928.

²⁴ DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 404.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 590-591.

Dada a natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade, a perda do direito de punir pelo Estado com base na prescrição se mostra relevante por três motivos: o Estado é obrigado a atuar dentro dos limites temporais fixados em lei, sob pena de ineficácia da sanção. Outro fundamento é a antagonismo entre a aplicação de sanção penal com a ressocialização do infrator depois de passado um enorme lapso de tempo da prática do delito penal. Finalmente, a desídia do Estado ²⁶.

Por outro lado, na legislação pátria há apenas duas situações que permitem a imprescritibilidade penal do delito: em caso de crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII, da CF), e nas ações de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV, da CF). Por se tratar de direito público subjetivo de caráter constitucional do acusado, o legislador quis, assim, estabelecer a prescrição como regra ²⁷.

Com exceção às hipóteses de imprescritibilidade citadas, nenhuma outra poderá ser dessa forma tratada, nem mesmo através de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea e direito individual do acusado. Por conseguinte, conforme restrição imposta pelo artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, não serão permitidas emendas constitucionais dispostas a limitar direitos e garantias individuais, dentro os quais se encaixa o direito a prescrição penal ²⁸.

É imprescindível salientar que, em matéria prescricional, a Lei nº. 12.234/2010 trouxe importantes modificações, sobretudo, em relação à chamada prescrição da pretensão punitiva retroativa e a prescrição virtual, que serão analisadas em momento oportuno.

Relativamente à prescrição, ressalta-se que ela pode ser dividida em duas espécies distintas. A primeira ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, enquanto que a outra se dá após o trânsito em julgado definitivo. Esta chama-se prescrição da pretensão executória (PPE) e aquela é conhecida como prescrição da pretensão punitiva (PPP) ²⁹.

A prescrição da pretensão punitiva, então, pode ser definida como a perda do *ius puniendi*, em face da negligência do Estado que deixou de agir quando deveria ³⁰. Tal modalidade da prescrição pode ser subdividida em várias outras.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 928.

²⁷ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 154.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 593-594.

²⁹ DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 404.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 593.

A primeira subespécie é a prescrição da pretensão punitiva regulada pelo máximo de pena em abstrato. O prazo prescricional da pretensão punitiva será aquele previsto no artigo 109 do Código Penal Brasileiro, calculado com base no máximo da pena privativa de liberdade cominada, não influenciando na sua contagem as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, e, em regra, as circunstâncias agravantes e atenuantes, uma vez que o artigo 115 do Código Penal Brasileiro determina que o prazo prescricional seja reduzido pela metade quando estiver presente a atenuante do agente ser menor de vinte e um anos na data do fato e a atenuante do agente ser maior de setenta anos na data da sentença ³¹. Estabelece, então, o artigo 109 do Código Penal Brasileiro, com redação dada pela Lei nº. 12.234/2010, os seguintes prazos prescitivos:

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:

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 ³².

Consoante determina o parágrafo único do artigo 109 do Código Penal Brasileiro, a prescrição para as penas restritivas de direito é regulada pelos mesmos prazos prescricionais acima previstos para as penas privativas de liberdade ³³.

Exceção a hipótese anterior, a prescrição intercorrente, prevista no artigo 110, §1º, do Código Penal Brasileiro, é outra modalidade da prescrição da pretensão punitiva e é regulada pela pena aplicada pelo juiz na sentença condenatória. Tal modalidade poderá ocorrer em

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 595-597.

³² BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

³³ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. Série Descomplicada. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2012, p. 199.

duas situações. A primeira situação advém quando a parte acusadora, satisfeita com a decisão condenatória alcançada, não apresentar recurso, transitando em julgado, assim, o processo para ela. A segunda circunstância ocorre quando, uma vez o acusado condenado em primeira instância, em grau de recurso, a acusação pleiteia causa de aumento de pena, ao ser improvido tal recurso, a prescrição permanecerá a ser regulada pela pena inicialmente fixada³⁴.

A prescrição retroativa deve ser entendida como aquela calculada com base na pena regulada pelo juiz na sentença penal condenatória, levando-se em conta os prazos consubstanciados no artigo 109 do Código Penal Brasileiro. É chamada de retroativa, pois após a publicação da sentença penal condenatória, o prazo deve ser contado em face do tempo já transcorrido (para trás)³⁵.

Em virtude das alterações advindas pela Lei nº. 12.234/2010, a doutrina divide-se acerca do real alcance da prescrição retroativa. Uma parte da doutrina sustenta que houve apenas uma redução do alcance da prescrição retroativa, visto que embora tenha vedado o reconhecimento da referida prescrição no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, ela persiste no período entre o recebimento da denúncia ou da queixa e a sentença ou o acórdão recorrível, conforme a inteligência do artigo 110, §1º, parte final, do Código Penal Brasileiro. Porém, em sentido contrário, alguns doutrinadores, como Damásio de Jesus, entendem que, com as modificações trazidas pela Lei nº. 12.234/2010, a extinção da prescrição da pretensão punitiva retroativa se operou por completo³⁶.

É indispensável mencionar que antes das mudanças expressivas consubstanciadas na Lei nº. 12.234/2010, a prescrição retroativa poderia se verificar entre o recebimento da denúncia ou da queixa e a data do fato, como também entre a publicação da sentença ou acórdão recorrível e o mencionado recebimento da denúncia ou da queixa. Com as inovações da Lei nº. 12.234/2010, a prescrição retroativa somente poderá ser aferida “entre a data da publicação da sentença ou acórdão penal condenatório recorrível e o recebimento da denúncia ou queixa”³⁷.

A doutrina prevê outra modalidade de prescrição da pretensão punitiva, qual seja, a chamada prescrição virtual. A prescrição virtual é aquela aplicada antecipadamente, tendo em

³⁴ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 157.

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 605.

³⁶ SILVA, Davi André Costa. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2013, p. 542-543.

³⁷ Ibidem, p. 544

vista a pena cabível, em tese, na futura condenação do acusado. Esta forma de prescrição não é reconhecida pela jurisprudência do STJ, tampouco pela jurisprudência do STF³⁸.

Diante da inexistência de previsão legal, o STF repeliu completamente a prescrição virtual ou também dita por alguns doutrinadores, prescrição antecipada, projetada ou retroativa em perspectiva³⁹. Já o STJ, emitiu a Súmula 438, a qual proíbe a aplicação da prescrição virtual. Segundo a mencionada Súmula: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”⁴⁰.

Igualmente a prescrição retroativa, com as alterações sucedidas pela Lei nº. 12.234/2010, quanto à prescrição virtual, “o marco de contagem do prazo também passou a ser entre a data da publicação da sentença ou acórdão penal condenatório recorrível e o recebimento da denúncia ou queixa”⁴¹.

Conforme dispõe o artigo 111 do Código Penal Brasileiro, antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória, a prescrição da pretensão punitiva começará a correr: a partir do dia em que se consumou o delito (I); no caso de tentativa, no dia em que cessou a prática delituosa (II); nos crimes permanentes, a partir do dia em que houver cessada a permanência (III); nos delitos de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade policial (delegado de polícia) ou judicial (juiz de direito ou promotor de justiça) (IV)⁴²; nos delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no Código Penal Brasileiro ou em legislação esparsa, a partir da data em que o ofendido completar dezoito anos de idade, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal (V)⁴³.

Quanto à prescrição da pena de multa, de acordo com o artigo 114 do Código Penal Brasileiro, incidirá em dois anos a prescrição quando a multa for a única cominada ou aplicada (I), e, no mesmo prazo instituído para prescrição da pena privativa de liberdade

³⁸ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. Série Descomplicada. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2012, p. 199.

³⁹ SILVA, Davi André Costa. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2013, p. 545.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

⁴¹ SILVA, Davi André Costa. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2013, p. 546.

⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 594-595.

⁴³ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

(artigo 109 do CP), quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada com aquela (II) ⁴⁴.

No ordenamento penal, outra espécie de prescrição se faz presente. É a prescrição da pretensão executória (PPE) que pode ser definida como a perda do direito de executar a sanção penal fixada na sentença condenatória transitada em julgado, em decorrência de desídia do Estado que não atuou no tempo em que deveria atuar ⁴⁵.

Em inúmeras hipóteses legais os prazos prescricionais podem ser suspensos ou interrompidos. Embora, por vezes confundidas uma com a outra, a suspensão e a interrupção são figuras absolutamente distintas. Na suspensão, superada a causa suspensiva, o prazo prescricional anteriormente suspenso continuará a ser contado de onde parou, ou seja, o tempo decorrido antes da suspensão não é desprezado. Na interrupção, ao contrário, ocorrendo quaisquer das causas interruptivas, o prazo deverá ser reiniciado do zero, ou seja, o tempo decorrido antes da causa de interrupção não é aproveitado ⁴⁶.

Para fins de prescrição, o prazo prescricional será contado consoante determina o artigo 10 do Código Penal Brasileiro, incluindo-se o dia do começo no cômputo do prazo. Prazo este fatal, ou seja, não se prorroga, mesmo que termine em sábado, domingo, férias ou feriado ⁴⁷.

Conforme ordena o artigo 116 do Código Penal Brasileiro, suspende-se o prazo prescricional, enquanto não resolvida, noutro processo, questão (prejudicial) de que dependa o conhecimento da existência do delito (I). Além disso, o prazo permanecerá suspenso enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro (II). Também, se o acusado, citado por edital, não comparecer e nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, com respaldo no artigo 366 do Código de Processo Penal, ficando o desenrolar do processo condicionado ao seu comparecimento ⁴⁸.

De acordo com o artigo 117 do Código Penal Brasileiro, interrompe-se o curso da prescrição o recebimento da denúncia ou queixa (I). Não interrompe o prazo prescricional, em contrapartida, a rejeição da denúncia ou queixa. Interrompe-se também o curso prescricional, a publicação da decisão de pronúncia (II) e o acórdão confirmatório da sentença de pronúncia (III). A desclassificação, a absolvição sumária e a impronúncia, porém, não têm a força de

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 610.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 933.

⁴⁶ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 160-161.

⁴⁷ DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 405.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 934.

interromper o lapso prescricional. A publicação da sentença ou do acórdão condenatórios passíveis de recursos (IV), também são causas de interrupção do curso prescricional. O início do cumprimento de pena ou sua continuação (V) é outra causa de interrupção da prescrição. Por fim, a reincidência (VI), igualmente, é causa interruptiva do curso prescricional ⁴⁹.

Importante mencionar que na legislação estrangeira, a questão da prescrição também se encontra presente. Assim, no direito francês, a prescrição é dividida em três espécies: uma para as contravenções, uma para os crimes e outra para os delitos. Tal divisão tem por base a gravidade da infração penal e a proporcionalidade da pena. O ordenamento francês admite a imprescritibilidade para os crimes contra a humanidade ⁵⁰.

O direito italiano conhece a imprescritibilidade nas infrações penais sancionadas com a pena de prisão perpétua, sobretudo, em se tratando de homicídio qualificado. Tal ordenamento também contém uma tabela fixando os prazos prescricionais, conforme a quantidade de pena aplicada. No Canadá bem como nos Estados Unidos (EUA) também há hipóteses de imprescritibilidade, principalmente, em caso de homicídios hediondos e qualificados ⁵¹.

1.3 Das formas de comunicação processual

A comunicação processual ao acusado poderá ocorrer por meio de três institutos distintos: citação, intimação ou notificação, cada qual com finalidades e consequências diferentes ⁵². Esses atos de comunicação processual devem ser interpretados em conformidade com a Constituição da República, uma vez que se destacam como direitos e garantias fundamentais do indivíduo em relação ao Estado, dando efetividade a outros princípios constitucionais tais como o princípio do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, consubstanciados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da respectiva Carta, garantindo um processo democrático ⁵³.

⁴⁹ BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP: Editora Manoele, 2012, p. 161-162.

⁵⁰ SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 203-204.

⁵¹ Idem.

⁵² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Editora Saraiva, 2012, p. 734.

⁵³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 693.

Assim, a intimação é o ato de comunicação processual pelo qual se dá ciência ao acusado, testemunhas e demais pessoas que participem do processo da prática de um ato processual já concretizado ⁵⁴. Em contrapartida, a notificação se revela como a comunicação de um ato processual (futuro) o qual a parte ou outra pessoa deverá comparecer ou realizar ⁵⁵.

Outra figura legal imprescindível ao estudo do problema é a citação. O artigo 213 do Código de Processo Civil define a citação como “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado a fim de se defender” ⁵⁶. Dessa forma, a citação pode ser conceituada como a comunicação ao acusado dos termos da acusação, chamando-o a se defender e a participar dos atos do processo ⁵⁷.

Esse ato é tão essencial a validade do processo que a sua falta é penalizada com a nulidade absoluta. Todavia, conforme o artigo 570 do CPP, tal irregularidade pode ser suprida pela apresentação voluntária do acusado ao processo. Muito embora a falta de citação ocasione nulidade absoluta, a citação incompleta ou deficiente causa nulidade relativa. A importância do referido ato comunicatório está que a citação válida tem o condão de completar a instância, formando a relação jurídica processual de forma eficaz. Com efeito, o artigo 363, caput, do CPP, assim prevê: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado” ⁵⁸.

Salienta-se, nesse contexto, que várias são as espécies de citação previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Entre as formas de citação está a citação real (pessoal) e a citação ficta (presumida). Esta última divide-se em citação por edital e citação com hora certa (inovação da Lei nº. 11.719/2008), e aquela ocorre por meio de oficial de justiça e trata-se da citação por mandado, precatória, rogatória, requisição ou carta de ordem. Essas espécies de citação se distinguem no sentido que, enquanto a citação real é realizada pessoalmente ao acusado, a citação ficta não o é ⁵⁹.

A citação por mandado é a forma de citação pessoal mais comum, realizada por meio de oficial de justiça, que partirá ao encalço do acusado para lhe dar ciência do conteúdo da acusação. Os requisitos intrínsecos do mandado de citação estão preconizados no artigo 352 do Código de Processo Penal Brasileiro, devendo conter: o nome do magistrado; o nome do

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 558.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 588.

⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

⁵⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 694.

⁵⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

⁵⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 695.

querelante, quando se tratar de ações iniciadas por queixa-crime; o nome do acusado, ou, se desconhecido, os sinais que o identifique; a residência do réu, se esta for conhecida; o fim da citação; o juízo e o lugar em que o acusado deve comparecer; por fim, as assinaturas do escrivão e do juiz ⁶⁰.

Além dos requisitos do artigo 352 do Código de Processo Penal Brasileiro, o artigo 357 do mesmo diploma legal exige outros requisitos (extrínsecos) do mandado de citação, quais sejam: a leitura do mandado pelo oficial de justiça ao citando, entregando-lhe a contrafé (cópia da denúncia ou queixa-crime), na qual se mencionarão dia e hora da citação; e, o oficial de justiça deverá lançar a certidão, declarando que o réu foi regularmente citado e que houve a entrega da contrafé, sua aceitação ou recusa ⁶¹.

Quanto ao horário e dia para realizar a citação, deverão ser obedecidos determinados preceitos. A citação poderá ser admitida em qualquer dia e hora, porém, não será permitida a sua realização, durante a noite, quando o réu estiver em seu domicílio, em função da inacessibilidade ao local, garantida pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Salvo essa hipótese, a realização da citação poderá ser feita tanto de dia quanto de noite ⁶².

A citação por precatória, conforme explica o artigo 353 do Código de Processo Penal, será adotada quando o acusado residir em comarca diversa daquela onde tramita o processo. Destarte, quando o acusado estiver em lugar sabido, mas em país estrangeiro, a citação por carta rogatória se fará necessária, de acordo com o artigo 368 do Código de Processo Penal ⁶³. O mesmo ocorrerá quando o réu estiver em lugar sabido e em legação estrangeira (artigo 369, do CPP) ⁶⁴.

De acordo com os admiráveis ensinamentos de Fernando Capez, a citação por carta de ordem:

São as citações determinadas pelos tribunais nos processos de sua competência originária, vale dizer, o tribunal determina ao magistrado de primeira instância que

⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 550.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 641.

⁶² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 695.

⁶³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 737.

⁶⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 697.

cite o acusado residente em sua comarca e que goze de prerrogativa de foro. São também as determinações de tribunais superiores para tribunais de segundo grau ⁶⁵.

A citação do militar será feita por intermédio do chefe do respectivo serviço (artigo 358 do CPP). Tal providência visa proteger a inviolabilidade do quartel e a hierarquia e disciplina militar ⁶⁶. Nos moldes do artigo 359 do Código de Processo Penal, a citação do servidor público (que será pessoal por mandado) deverá ser comunicada ao seu superior (chefe da repartição), para que o serviço público não seja prejudicado pela ausência daquele servidor público. Com o conhecimento da ausência, o chefe da repartição terá tempo suficiente para providenciar um profissional (servidor) substituto, correndo normalmente o serviço público ⁶⁷. Quanto ao réu preso, este deverá ser (sempre) citado pessoalmente, conforme determina o artigo 360 do Código de Processo Penal ⁶⁸.

Com redação dada pela Lei nº. 11.719/2008, o artigo 363, §1º, do Código de Processo Penal prevê que será procedida a citação por edital quando não for localizado o acusado. Desse modo, de natureza ficta, a citação por edital somente poderá ser utilizada quando todos os outros meios de localização do acusado forem exauridos ⁶⁹. Além disso, é de se destacar o chamado prazo de dilação da citação por edital. O prazo de dilação nada mais é do que o lapso temporal entre a data da publicação e o período em que se considera concretizado o ato processual ⁷⁰.

Como todo dispositivo processual, o edital deve obedecer alguns requisitos especiais, que estão consubstanciados no artigo 365 do CPP, como: o nome do juízo e do juiz que promoveu a citação; o nome do acusado, ou, se for desconhecido, informações e características que possam confirmar a sua identidade, bem como a profissão e a residência, se presentes no processo; a finalidade da citação; o juízo e o horário que o acusado deverá comparecer; e o prazo de dilação contado do dia da publicação do edital na imprensa ou de sua afixação em local adequado ⁷¹.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 580.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 642.

⁶⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 697.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 554.

⁶⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 740.

⁷⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 700.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 582.

Apesar do artigo 365 do CPP prever como um dos requisitos do edital a indicação do juízo e o horário que o acusado deverá comparecer, ressalta-se que o interrogatório não é mais o primeiro ato posterior a citação, mas sim a resposta à acusação, estando prejudicado esse requisito.

A priori, o edital deve ser o mais detalhado possível, prevendo a transcrição da narrativa da denúncia. Entretanto, de acordo com a jurisprudência do STF, consubstanciada na Súmula 366, “não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia”⁷².

O artigo 366 do Código de Processo Penal será detalhadamente estudado nos capítulos seguintes. Por enquanto, basta compreender que, se o acusado, ao ser citado por edital, não comparecer pessoalmente ao processo e nem constituir patrono, terá como resultado a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, em tese, por tempo indeterminado. Além do mais, terá o juiz de direito à possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes, bem como, se for o caso, decretar prisão preventiva, com base no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A citação por edital, dada a complexidade e a forma bastante duradoura que possa causar, não é aplicável ao rito sumaríssimo, contemplado na Lei nº. 9.099/1995. Se o sujeito não for localizado para ser pessoalmente citado, ou não havendo a possibilidade do ato ser realizado no próprio juizado, os autos serão encaminhados ao juízo comum. Tal entendimento está previsto no artigo 66, parágrafo único, da Lei nº. 9.099/1995, que, dessa forma, prescreve: “Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”⁷³. Justifica-se a mencionada medida, uma vez que os Juizados Especiais velam por, entre outros princípios, a celeridade e agilidade na prestação jurisdicional, inconciliáveis com a figura da citação por edital⁷⁴.

Inovação trazida pela Lei nº. 11.719/2008, a citação com hora certa será empregada quando for verificado pelo oficial de justiça que o réu se oculta para não ser citado (artigo 362, do CPP). Destaca o parágrafo único do mesmo dispositivo legal que, uma vez concluída a citação com hora certa, se o réu não apresentar-se ao processo, velando pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, deverá ser designado a ele defensor dativo.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 366**. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

⁷³ BRASIL. **Lei Federal nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

⁷⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 891.

O procedimento da citação com hora certa encontra-se previsto nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil, que, assim, dispõem:

Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar ⁷⁵.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.

§ 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome ⁷⁶.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência ⁷⁷.

Além da citação com hora certa, a informatização do processo judicial foi outra novidade trazida pela Lei nº. 11.419/2006. A substituição do papel pelo meio eletrônico, sob o enfoque dos princípios da celeridade e da economia processual, é admitida para a maioria dos atos processuais, como na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissões de peças processuais. Porém, por vedação expressa prevista no artigo 6º da Lei nº. 11.419/2006, não é aplicável ao processo penal a citação eletrônica ⁷⁸.

⁷⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 711.

2 ARTIGO 366 DO CPP – SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL

Neste tópico, o problema começa a ser desvendado. Assim, o estudo partir-se-á da discussão que gira em torno da omissão do artigo 366 do CPP quanto ao prazo de suspensão da prescrição e como isso afeta as garantias constitucionais do indivíduo. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais também serão apresentados e como tais fontes do direito têm lidado com esse descaso do legislador.

2.1 Garantias e limitações à direitos constitucionais

Como visto, no capítulo anterior, o acusado que após passar o prazo da citação editalícia, não comparece pessoalmente e nem nomeia advogado para ser informado e responder ao conteúdo da acusação, terá como consequência a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Em outras palavras, se o réu, ao ser citado por edital, não se fizer presente nem em virtude de advogado, estará corroborada a chamada crise de instância e o processo e o curso do prazo prescricional permanecerão suspensos. É isso que disciplina o caput do artigo 366 do CPP, que, dessa forma, dispõe:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312⁷⁹.

Verifica-se na redação da norma acima que o artigo 366 do CPP, com alterações advindas da Lei nº. 9.271/96, por necessidade constitucional, gozou de novos preceitos. Noutro tempo, o acusado que, citado por edital, não comparecesse ou não indicasse defensor, era considerado revel e o processo continuaria tramitando normalmente, chegando até a

⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

condenação do suposto ofensor, mesmo sem qualquer conhecimento da acusação que lhe fora imputada. Um absurdo, no tocante ao tamanho desrespeito aos direitos constitucionais que asseguram um processo justo e imparcial.

A Lei nº. 9.271/96, ao modificar o artigo 366 do CPP, atendeu as várias reclamações e exigências da doutrina, dentre elas, que o acusado, ao ser citado fictamente, não fosse processado, julgado e condenado, pois, desta forma sucedendo, vários equívocos judiciais eram consagrados, destaca-se aqui, a violação aos direitos da ampla defesa e do contraditório que passavam a ser cerceados definitivamente ⁸⁰.

Admitir a tramitação do processo sem qualquer conhecimento seu pelo acusado é concordar com a injustiça. Josef K. que o diga. Este famoso personagem da aclamada obra “O Processo” de Franz Kafka foi julgado, processado e executado sem jamais ter acesso ao processo judicial que contra ele fora instaurado, baseada numa acusação desconhecida e, pior, por um crime e um tribunal que jamais conheceria. “Onde estava o juiz que nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ante o qual nunca conheceria?” ⁸¹.

Sob o viés constitucional é que o artigo 366 do CPP tem a disposição que tem hoje, suspendendo o curso do processo e do prazo prescricional. Todavia, tal alteração se mostrou um tanto imprecisa, no sentido de não fixar quanto tempo o lapso prescricional ficaria suspenso, sendo alvo de esmagadoras críticas da doutrina.

A estrutura atual do artigo 366 do CPP é fruto do projeto de lei elaborado pelo jurista Laurea Tucci. A Lei nº. 9.271/96 deu nova roupagem ao artigo 366 do CPP em virtude da vinculação do Brasil à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o reconhecido Pacto de São José da Costa Rica. O mencionado tratado garante em seu artigo 8º, número 2, alínea b, a “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada” ⁸². Diante disso, o que se quer evitar é uma acusação sem a sua ciência pelo acusado ⁸³.

Ao suspender o processo e o curso do prazo prescricional, o legislador instituiu o caráter dúplice do preceito normativo. Quis o legislador conciliar aparentes interesses opostos, assim, ao suspender o processo almeja garantir o princípio da ampla defesa e a paridade de

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 647.

⁸¹ KAFKA, Franz. **O Processo**. 3. ed. Editora Martin Claret, p. 256.

⁸² HUMANOS, **Convenção Americana de Direitos: Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 29 set. 2013.

⁸³ SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 196.

armas, impedindo que o acusado seja julgado a revelia, e, ao mesmo tempo, procura com a suspensão do prazo prescricional, desempenhar a função de punir do Estado ⁸⁴.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal é bem claro em estabelecer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” ⁸⁵. Desse modo, não basta apenas uma mera defesa ao acusado, mas lhe é garantido pela Constituição Federal a ampla defesa.

A ampla defesa significa, então, que cabe ao Estado assegurar ao acusado a mais completa defesa possível, frente à imputação a ele atribuída. A ampla defesa divide-se em autodefesa e defesa técnica. A primeira se manifesta através do interrogatório do imputado, e a segunda se consubstancia com a representação do acusado por um defensor ⁸⁶.

Corolário do contraditório, a paridade de armas é o princípio segundo o qual deve ser assegurada à ambas as partes iguais oportunidades de prova e argumentação, ou seja, as partes devem vir ao processo com iguais chances procedimentais de apresentar seus argumentos e buscar fazer valer seus interesses.

Percebe-se, então, que o referido dispositivo legal, com a Lei nº. 9.271/96, quis ampliar a fase citatória, almejando uma incidência legítima e total do princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Visando a busca eficaz da igualdade processual, também trouxe em seu texto a regra da paridade de armas ⁸⁷.

Com o princípio constitucional do contraditório é garantido à parte o direito de participação, de contrapor a acusação e de ser informado de todos os atos desenvolvidos no caminho procedimental do processo. Dessa forma, o contraditório busca, sobretudo, o direito de participar e ser informado dos atos processuais. Se traduz como “o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais” ⁸⁸.

⁸⁴ SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 197.

⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

⁸⁶ BAYER, Diego. **Princípios fundamentais do direito processual penal – Parte 2. Princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88)**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/diegobayer/2013/05/09/principios-parte-02/>> Acesso em 29 set. 2013.

⁸⁷ CARUNCHO, Alexey Chol. **A Lei n. 11.719/08 e a releitura necessária do artigo 366 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 15-16, dez. 2008, p. 15.

⁸⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 241-242.

Com a incidência efetiva do princípio do contraditório garantir-se-ia às partes não apenas o direito a informação e, por consequência, o direito a reação, mas também oportunizaria às mesmas que o direito de resposta pudesse se concretizar na mesma amplitude e extensão.

Nota-se, por conseguinte, que a alteração trazida pela Lei nº. 9.271/96, apenas reconheceu que o acusado que estivesse nas condições do artigo 366 do CPP não era informado, de forma concreta, das imputações a ele impostas. A informação a ele ofertada era fictícia, e fictícia, conseqüentemente, era a sua reação. Fictamente informado do processo era o mesmo que não ser informado, por isso, para garantir a igualdade processual exigida pela paridade de armas e o direito a reação, necessário se faria a suspensão do processo ⁸⁹.

O artigo 366 do CPP garante também o princípio da isonomia entre as partes, visto que a acusação e a defesa devem vir munidas no processo em igualdade de condições. Além disso, velando pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, almejou o legislador dar proteção jurídica aos acusados que desconhecem das imputações que a eles recaem ⁹⁰. Outro não é o entendimento de Alexey Chol Caruncho, segundo ele:

Com efeito, tal qual referido, a suspensão do processo tem uma *ratio* bastante clara: preservar o princípio do contraditório, isto é, impedir que uma ação penal tenha início sem que o acusado saiba que a mesma existe, quiçá, sendo condenado sem seu conhecimento, o que por vezes ocorria sob a vigência da previsão original do art. 366 ⁹¹.

Por outro lado, ao prever a suspensão do prazo prescricional pretende o legislador impedir a impunidade, ou seja, visa impedir que o sujeito ao fugir, venha se beneficiar com a extinção do processo, fundada na perda do dever do Estado de puni-lo. Também, pretende

⁸⁹ CARUNCHO, Alexey Chol. **A Lei n. 11.719/08 e a releitura necessária do artigo 366 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 15-16, dez. 2008, p. 15-16.

⁹⁰ SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 197.

⁹¹ CARUNCHO, Alexey Chol. **A Lei n. 11.719/08 e a releitura necessária do artigo 366 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 15-16, dez. 2008, p. 16.

evitar que a fuga do réu provoque danos a sociedade, no sentido de não alcançar a resposta jurisdicional manifestada na sanção penal ⁹².

Assim, nota-se que diante do teor do artigo 366 do CPP, o legislador teve dois objetivos: o primeiro foi de garantir o direito de defesa do acusado e o segundo foi de proteger o direito de punir do Estado. Além do mais, ao suspender o processo, quis o legislador garantir o direito de ser ouvida a parte contrária, visto que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido (princípio do *nemo inauditus dammari potest*) ⁹³.

Em contrapartida, em face da suspensão eterna do curso prescricional encontramos violações aos ditames constitucionais da proporcionalidade e do direito que o indivíduo tem de ser julgado em um prazo razoável.

Corolário do princípio da dignidade humana, o princípio da proporcionalidade prevê, entre outros sentidos, que a pena, como punição do Estado, deve guardar proporção com o delito ou o mal provocado à sociedade. Não serão admitidas sanções semelhantes para delitos de lesividades distintas, ou para crimes dolosos e culposos. A pena deve ser proporcional à extensão do dano ⁹⁴.

Garantidor dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade confere ao cidadão uma especial proteção frente a onipotente intervenção do Estado que, por vezes, pode se revelar como excessiva, restritiva e desnecessária, causadora de danos irreparáveis à preservação dos interesses da sociedade ⁹⁵.

Deste modo, a proporcionalidade deve ser entendida como o sopesamento de bens jurídicos, devendo o magistrado utilizar-se da técnica da ponderação para resolver eventuais conflitos entre bens jurídicos que venham a surgir ⁹⁶. Destarte, “um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga maior temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade” ⁹⁷.

É importante salientar que o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios que quando reunidos permitirão uma maior eficiência na proteção dos direitos

⁹² SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 197.

⁹³ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Doutrina Comparada. 3. ed. Barueri, SP: Editora Manole, 2013, p. 832.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 21.

⁹⁵ RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. 1. O princípio da proporcionalidade. 1.2 O princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990> Acesso em 09 out. 2013.

⁹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 795.

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 21.

fundamentais do indivíduo. Destaca-se aqui a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto ao tema, indispensáveis são os comentários de Humberto Ávila que, de forma compreensível, explica as três parcelas da proporcionalidade. Segundo ele:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca⁹⁸.

O direito que o indivíduo tem de ser julgado em um prazo razoável está previsto expressamente na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXVIII, que, assim, prevê: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁹⁹. Aqui, o processo não pode ser tão longo ou tão ínfimo que destrua ou viole ditames constitucionais que asseguram a eficácia do procedimento processual. Deve-se buscar o meio-termo, a razoável duração do processo.

Com efeito, a perpetuidade do processo penal além de violar a própria garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, também atropela outros direitos fundamentais imprescindíveis ao bom funcionamento da máquina processual.

A primeira delas é a Jurisdicionalidade, uma vez que o próprio processo se transforma numa sanção prévia à decisão judicial. Outro ditame fundamental que é afetado é a Presunção de Inocência, pois a demora excessiva do processo penal vai, aos poucos, enfraquecendo a credibilidade da versão do imputado. Também, há transgressão em torno dos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que o alargamento excessivo do processo acarreta graves dificuldades para o exercício eficaz da defesa processual, além de ocasionar altos

⁹⁸ RABELO apud ÁVILA, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. 2. A tríplex dimensão do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990> Acesso em 09 out. 2013.

⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

custos financeiros ao acusado. Com efeito, “a lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente”¹⁰⁰.

Diante do exposto, o princípio da proporcionalidade resta por violado, uma vez que o artigo 366 do CPP autoriza que qualquer delito, até os mais brandos, sejam considerados imprescritíveis¹⁰¹. Do mesmo modo, infringe o direito fundamental que o indivíduo tem de ser julgado em um prazo razoável, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, pois as pessoas tem o direito que suas demandas judiciais sejam solucionadas em um prazo razoável, sem dilações impróprias¹⁰².

2.2 O artigo 366 do CPP e a Lei nº. 11.719/2008

O Projeto de Lei nº. 4.207/2001, responsável pela reforma do Código de Processo Penal, previa em seu artigo 363, §2º, inciso I, que “não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor”, ficaria “suspensa o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao curso da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (artigo 109 do Código Penal); após recomençar a fluir aquele”. Entretanto, quando da promulgação da Lei nº. 11.719/2008, tal dispositivo foi vetado¹⁰³.

Muito embora o artigo 363, §2º, inciso I, do CPP tenha sido vetado e o caput do artigo 366 do CPP não tenha sofrido qualquer alteração textual pela Lei nº. 11.719/2008, imprescindível se faz interpretá-lo a luz desta Lei, uma vez que a referida Lei trouxe consigo alterações importantes no ordenamento jurídico penal, dentre elas, acerca do interrogatório, que deixou de ser o primeiro ato seguinte à citação, passando conforme artigos 394 e seguintes do CPP a ser o último ato da audiência de instrução e julgamento¹⁰⁴.

Sob pena de infringir institutos e princípios constitucionais, sobretudo o do contraditório, é que o artigo 366 do CPP deve ser interpretado de forma sistemática. Vale dizer, com tamanha alteração advinda pela Lei nº. 11.719/2008, para que incida a suspensão

¹⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 200-202.

¹⁰¹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 195.

¹⁰² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 750.

¹⁰³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 699.

¹⁰⁴ FERREIRA JUNIOR, Spencer dos Santos. **A Insubstância do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/08. 2. O art. 366 do Código de Processo Penal antes da reforma**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_112.pdf> Acesso em 09 out. 2013, p. 114.

do processo, não há que se esperar o não comparecimento do réu citado por edital ao interrogatório, pois o mesmo, como visto, não é mais o primeiro ato posterior a citação ¹⁰⁵.

Desse modo, para que o dispositivo em apreço continue íntegro, o ato processual que deve servir de referência para a real aplicação do artigo 366 do CPP e, por conseguinte, a suspensão do processo, deve ser não mais o interrogatório, como antes trazia a Lei nº. 9.271/1996, mas a resposta à acusação (agora o primeiro ato posterior a citação), prevista no artigo 396 do CPP, *in verbis*: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias” ¹⁰⁶.

O artigo 396-A, §2º, do CPP, ao prever que “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 dias” ¹⁰⁷ parece, equivocadamente, solucionar o caso concreto. Porém, tal norma legal, em obediência ao princípio do contraditório, somente deverá ser aplicada aos acusados citados de formal pessoal (realmente citados) ou, no máximo, os acusados citados por hora certa ¹⁰⁸. Interessantes são as palavras de Alexey Chol Caruncho sobre o problema, conforme seu entendimento:

[...] por força de uma interpretação sistemática, ao invés do interrogatório ser tido como o marco processual definidor da aplicação do art. 366, por força das modificações trazidas pela Lei 11.719, deve-se levar em conta para a aplicação do instituto da suspensão do processo o *1º ato posterior a citação, que, agora, é a resposta à acusação*, conforme a nova redação do art. 396. Só assim, acredita-se, estará sendo respeitada a *ratio* do instituto em questão e toda sua base principiológica constitucional ¹⁰⁹.

Logo, a Lei nº. 11.719/2008, importante marco no direito processual penal, conquanto não tenha modificado textualmente o artigo 366 do CPP, deve estar presente quando da interpretação do artigo 366 do CPP, visto que a resposta à acusação e não mais o

¹⁰⁵ CARUNCHO, Alexey Chol. **A Lei n. 11.719/08 e a releitura necessária do artigo 366 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 15-16, dez. 2008, p. 16.

¹⁰⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ CARUNCHO, Alexey Chol. **A Lei n. 11.719/08 e a releitura necessária do artigo 366 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 15-16, dez. 2008, p. 16.

¹⁰⁹ Idem.

interrogatório, é o primeiro ato seguinte a citação. Nos ensinamentos de Cesare Beccaria reconhece-se que “apenas com boas leis se podem impedir esses abusos”¹¹⁰.

É imperioso mencionar também que contra a decisão que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional, cabe, com base no artigo 581, inciso XVI, do CPP, recurso em sentido estrito, aplicado analogicamente a espécie¹¹¹.

2.3 A discussão temporal em torno do artigo 366 do CPP

Uma discussão temporal gira em torno da atual redação do artigo 366 do CPP. Tal controvérsia se baseia no sentido de saber se a regra do artigo 366 do CPP, introduzida pela Lei nº. 9.271/1996, aplicar-se-ia aos delitos e processos ocorridos antes da vigência da mencionada Lei¹¹².

Alguns doutrinadores sustentam que a atual redação do artigo 366 do CPP deveria ser aplicada, indistintamente, para todos os processos, porquanto o artigo 2º do CPP prevê expressamente que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”¹¹³. Outros doutrinadores, em sentido contrário, entendem que o dispositivo em sua nova roupagem não pode ser aplicado aos processos anteriores a Lei nº. 9.271/1996, pois a suspensão do prazo prescricional é fator que prejudica o acusado¹¹⁴. Outros, ainda, sugerem a aplicação parcial do dispositivo, mas somente no ponto que beneficiar o acusado.

Para tentar solucionar essa problemática, três teorias são apresentadas. A primeira sustenta que a suspensão do processo (parte processual) deveria ser aplicada imediatamente, enquanto que a suspensão da prescrição (parte penal) somente sobreviria aos delitos praticados após a entrada em vigor da Lei nº. 9.271/1996. Assim, o artigo 366 do CPP seria dividido em dois momentos, devendo o magistrado suspender o processo, mas não a prescrição (esta última fluiria normalmente). A segunda teoria não tolera a divisão do artigo 366 do CPP, cabendo ao magistrado aplicar de imediato a suspensão do processo e do prazo prescricional aos crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº. 9.271/1996, uma vez

¹¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011, p. 15.

¹¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 588.

¹¹² PEREIRA, José Ruy Borges. **A polêmica criada pela alteração da redação do art. 366 do CPP - lei n. 9.271/96**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 119-121, set/out. 2000, p. 120.

¹¹³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 650.

que é mais favorável ao acusado suspender o processo e a prescrição do que prosseguir com o processo à revelia. A terceira corrente também não admite a divisão do artigo 366 do CPP, porém, afirma que “na hipótese de normas híbridas, é a parte penal que determinará a retroaplicação ou não, conforme seja mais ou menos benéfica, prevalecendo, destarte, sobre a parte processual”. Neste último caso, aos delitos cometidos antes da entrada em vigor da atual redação do artigo 366 do CPP, o juiz não poderá decretar a suspensão do processo, tampouco a suspensão do prazo prescricional, prosseguindo o processo a revelia do réu ¹¹⁵.

A Lei nº. 9.271/1996 trouxe ao acusado disposição favorável no que toca a suspensão do processo, norma esta de caráter processual, e, ao mesmo tempo desfavorável, em relação a suspensão do prazo prescricional, norma esta de caráter material. Dessa forma, sabido que as normas processuais tem aplicação imediata aos casos em andamento, conforme estabelece o artigo 2º do CPP, e sendo a prescrição um direito adquirido do acusado, alguns doutrinadores admitem a retroatividade parcial, claro, no que beneficia o réu. Em outros termos, a suspensão do processo persistiria, porém, a suspensão do curso do prazo prescricional não. Neste último, o lapso prescricional continuaria a correr normalmente ¹¹⁶.

Em outros termos, tratando-se de norma de natureza heterotópica, de cunho processual quanto a suspensão do processo, e de cunho material quanto a suspensão do prazo prescricional, a solução, então, estaria em aplicar a regra do artigo 366 do CPP somente naquilo que beneficiaria o réu ¹¹⁷.

Entretanto, essa não é a posição do STF. Entende a referida Corte Suprema que aos delitos praticados antes de 17 de junho de 1996, o magistrado não poderá suspender o processo, muito menos o prazo prescricional, cabendo-o apenas declarar o acusado revel ¹¹⁸.

Contrariamente a essa posição, sábias são as palavras de Décio Luiz José Rodrigues, o qual afirma que:

[...] não se trata de cisão da norma e sim aplicação de princípios Constitucionais e Legais existentes na área penal e processual penal. Com efeito, tendo, a nova lei, matéria processual penal e material-penal, a primeira deve ser aplicada

¹¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 585.

¹¹⁶ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **O artigo 366 do CPP e a revolta da doutrina**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 50, p. 07-08, jan. 1997, p. 07.

¹¹⁷ PEREIRA, José Ruy Borges. **A polêmica criada pela alteração da redação do art. 366 do CPP - lei n. 9.271/96**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 119-121, set/out. 2000, p. 120.

¹¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 585-586.

imediatamente, “ex vi” do artigo 2º do Código de Processo Penal, e a segunda matéria não pode retroagir, contra o réu, “in mallan partem”, pois encontraria óbice em norma constitucional inclusive (art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal) ¹¹⁹.

Por outro lado, aplicar partes de um diploma legal (suspensão do processo), desconsiderando a parte que lhe é decorrente (suspensão da prescrição), além de causar demasiada insegurança jurídica, desequilibra a relação jurídica processual de forma abrupta, assumindo o aplicador do direito o papel de criador do texto legal, função exclusiva do Poder Legislativo. Enquanto o Estado é “trapaceado”, o curso do prazo prescricional flui a vontade do acusado ¹²⁰.

É importante destacar que, a suspensão do processo encarada até agora como um benefício ao acusado pode se revelar como uma verdadeira e perigosa desvantagem. Tal “benefício” pode se revelar útil para o criminoso habitual, mas para o pai de família que praticou uma pequena infração, a rápida consumação do processo é o melhor caminho. Em casos como esse, o caos de sofrer com o procedimento penal e conviver (eternamente) com uma situação instável se mostra mais gravoso que a própria pena do delito imputado ¹²¹.

Nesta ótica, um processo penal interminável na vida do cidadão, consequência da suspensão do processo, poderá se revelar como uma medida muito mais gravosa que a própria sanção a qual o imputado está sujeito. Carnelutti repudia a ideia de um processo eterno, conforme seu entendimento, “todavia, a certo ponto, precisa acabar. O processo não pode durar eternamente” ¹²².

Ora, existindo imprecisão quanto a vantagem na aplicação do dispositivo ao caso concreto e não sendo possível saber a real vontade do acusado, entende-se, com efeito, que o princípio da irretroatividade das leis deve prevalecer de forma absoluta, não impondo a aplicação do dispositivo legal sobre os eventos já iniciados e nos delitos já cometidos ¹²³.

¹¹⁹ PEREIRA apud RODRIGUES, José Ruy Borges. **A polêmica criada pela alteração da redação do art. 366 do CPP - lei n. 9.271/96**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 119-121, set/out. 2000, p. 121.

¹²⁰ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **O artigo 366 do CPP e a revolta da doutrina**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 50, p. 07-08, jan. 1997, p. 07.

¹²¹ Idem.

¹²² CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Editora: Sarvanda Disponível em <<http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/asmiseriasdoprocessopenal.pdf>> Acesso em: 15 set. 2013, p. 31.

¹²³ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **O artigo 366 do CPP e a revolta da doutrina**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 50, p. 07-08, jan. 1997, p. 07.

2.4 Das divergências doutrinárias quanto ao limite temporal do curso do prazo prescricional do artigo 366 do CPP

No ordenamento jurídico, paira a dúvida sobre qual seria o limite temporal da suspensão prescricional do artigo 366 do CPP, uma vez que no texto legal, nenhum prazo estabeleceu o legislador. Cogita-se, em sendo omissivo, se o legislador não teria criado outras hipóteses de imprescritibilidade, além daquelas expressamente previstas na Constituição Federal.

Assim, ao contrário do dispositivo vetado, o artigo 366 do CPP não determinou em seu texto legal qual o limite da suspensão da prescrição a ser aplicada. Esta difícil tarefa ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência pátria. Porém, a discussão que gira em torno da aludida suspensão prescricional está longe de se tornar pacífica e, por isso, vários são os entendimentos acerca do assunto.

A primeira corrente, sustenta que como a lei não estabeleceu um limite temporal, o termo final do prazo suspensivo acontece na data em que o agente apresenta-se ao processo, seja qual for o tempo transcorrido. A segunda corrente, preceitua que para estabelecer o prazo de suspensão deve ser levado em conta o mínimo abstrato da pena privativa de liberdade cominada. A terceira corrente, se apoia na ideia de que deve ser levado em consideração o limite máximo da prescrição previsto no Código Penal, o qual estabelece o prazo de 20 anos. A quarta corrente, por sua vez, assevera que deve ser levado em conta o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, que é de 30 anos. E, a quinta corrente, preleciona que o prazo de suspensão deve ser o tempo de prescrição do delito regulado pelo máximo de pena privativa de liberdade, com fundamentos no artigo 109 do Código Penal ¹²⁴.

Mirabete sustenta que o período da suspensão do prazo prescricional deveria ser fixado pelo magistrado ¹²⁵. Já Fernando Capez afirma que o prazo máximo da suspensão do curso prescricional deveria ser calculado com base no máximo da pena privativa de liberdade atribuída abstratamente para o tipo penal, levando-se em consideração os prazos do artigo 109 do Código Penal ¹²⁶. Desta forma também entende Rangel. Segundo ele, o período máximo da

¹²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 884.

¹²⁵ SANTOS apud MIRABETE, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 198.

¹²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 586

suspensão do processo e do lapso prescricional deveria ser o prazo fixado pelo legislador para que haja a perda do *ius puniendi* pela prescrição¹²⁷.

De acordo com Heráclito Antônio Mossin, o legislador deveria restringir a suspensão do curso do prazo prescricional ao período máximo de vinte anos (o maior prazo prescricional), conforme prevê o artigo 109, inciso I, do Código Penal, independentemente do máximo da pena cominada para o tipo penal¹²⁸.

Guilherme de Souza Nucci preza que a prescrição não deve ser suspensa indefinidamente, visto que tal circunstância tornar-se-ia o crime imprescritível, o que somente deve acontecer em virtude de previsão constitucional, como ocorre com o terrorismo e o racismo. Dessa maneira, em razão da ausência de previsão legal quanto à suspensão da prescrição, tem entendido o mencionado doutrinador que suspensa estará à prescrição pelo período máximo em abstrato previsto para a infração penal. Após esse período, o prazo prescricional começa a correr normalmente¹²⁹.

Conforme entendimento de Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, o legislador não criou novos casos de imprescritibilidade, pois constata-se que o termo final da suspensão está condicionado ao comparecimento do acusado ao processo ou na nomeação de um advogado. Dito de outra forma, o termo final da suspensão fica a cargo do arbítrio do acusado, bastando que se apresente ao processo, permita-se citar ou que nomeie um patrono¹³⁰.

Sob a influência da legislação espanhola, Aury Lopes Jr. vai mais longe. Para ele, a solução estaria numa reforma legislativa. Sua proposta é a seguinte:

[...] uma vez declarada a ausência, opera-se uma interrupção do prazo prescricional, ou seja, zera e começa a correr de novo. Nada de suspensão da prescrição, apenas do processo. A prescrição é interrompida quando recebida a denúncia (art. 117, I, do CP) e novamente interrompida com a decisão de ausência (após a citação editalícia ineficaz). Após, o processo fica suspenso e a prescrição flui. Trata-se da prescrição pela pena em abstrato, regida pela pena máxima definida no tipo penal, que se implementará no prazo fixado no art. 109 do CP¹³¹.

¹²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 885.

¹²⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Doutrina Comparada. 3. ed. Barueri, SP: Editora Manole, 2013, p. 832.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 647-648.

¹³⁰ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **O artigo 366 do CPP e a revolta da doutrina**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 50, p. 07-08, jan. 1997, p. 07-08.

¹³¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 755-756.

Diante de todo esse conglomerado de opiniões é que se encontra a suspensão do prazo prescricional. Embora haja diversidade de julgamentos, a doutrina esmagadora não admite uma suspensão “*ad eternum*” do prazo prescricional, não só porque permitiria que todo e qualquer delito fosse imprescritível, o que não seria tolerado pela Constituição Federal, mas também perante a atrocidade gerada por um processo interminável na vida do cidadão.

2.5 O polêmico posicionamento do STF quanto a suspensão do curso do prazo prescricional

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal de 1988, demonstrou um juízo confuso e impreciso a respeito da suspensão do curso do prazo prescricional, visto que o aludido Tribunal não elegeu um prazo preciso através do qual a prescrição permaneceria suspensa, admitindo, possivelmente, a imprescritibilidade de qualquer delito, e, por consequência, a ocorrência de inúmeros prejuízos de índole constitucional aos direitos do indivíduo.

Assim, o STF, ao se pronunciar em relação a suspensão do prazo prescricional prevista no artigo 366 do CPP interpretou o dispositivo de modo a permitir, indiretamente, a suspensão eterna do prazo prescricional. O Tribunal Supremo em destaque se manifestou pelo seguinte entendimento:

EMENTA: I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição." (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de

suspensão." 5. RE provida, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição¹³².

Com base nesse posicionamento, a Corte Suprema manifestou a ideia de que a suspensão do lapso prescricional não se mostra como inconstitucional, visto que a Constituição Federal apenas limitou-se a afastar os delitos que “enumera da incidência material das regras da prescrição”¹³³.

Ainda, diante da postura do STF, pode-se concluir que a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição por prazo indeterminado, visto que, segundo o referido Tribunal, não constitui hipótese de imprescritibilidade, pois a retomada do curso prescricional apenas fica condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, a Constituição não impede que a legislação ordinária crie outras hipóteses de imprescritibilidade, além das previstas no artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da CF. Ademais, não cabe sujeitar o período de suspensão de que trata o artigo 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato¹³⁴.

Taxativamente elencadas, as hipóteses de imprescritibilidade não podem, de forma alguma, serem estendidas pelo legislador infraconstitucional. É imprescindível buscar um “período máximo, após o qual o processo continuaria suspenso, mas a prescrição voltaria a correr pelo tempo restante (estava apenas suspensa)”¹³⁵. Contudo, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade, o período máximo almejado não pode ser o mesmo para todos os delitos¹³⁶.

O entendimento do STF ofende diretamente o princípio da proporcionalidade. Não é admissível a imprescritibilidade da lei. O evento futuro e incerto coopera para a insegurança jurídica, pois permite um constrangimento interminável àquele que responde um processo e está ameaçado por uma sanção, provocando sofrimentos desnecessários. O objetivo do Direito é a pacificação social, mas agindo assim, admitindo a imprescritibilidade, passa a atuar em sentido oposto¹³⁷.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 460.971 - RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹³³ LOPES, Anderson Bezerra. **O art. 366 do CPP e o STF**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 15, n. 182, p. 18-19, jan. 2008, p. 18.

¹³⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 748.

¹³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 586.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008, p. 202.

Acolher o posicionamento do STF é admitir a criação de uma nova classe de crimes imprescritíveis, pois há a probabilidade de jamais ocorrer à prescrição. A inocorrência do evento futuro e incerto não é improvável, podendo ocasionar, por vezes, a imprescritibilidade. No entanto, não é aceitável que o legislador ordinário crie hipóteses outras de imprescritibilidade além daquelas previstas taxativamente na Constituição Federal.

Aceito por grande parte da doutrina, o período máximo da suspensão da prescrição deve ser o decurso do tempo correspondente ao prazo prescricional previsto para o crime, de acordo com o artigo 109 do Código Penal. Deste modo, ao terminar o prazo previsto para a suspensão da prescrição, início terá o prazo prescricional propriamente dito, impedindo-se, assim, que a ação jamais se extinga¹³⁸.

O limite da suspensão da prescrição não pode ser “*ad eternum*”, sob pena de se estabelecer outras causas de imprescritibilidade além das previstas na Constituição Federal, o que não é permitido pela lei ordinária. Autorizando-se a suspensão do prazo prescricional sem a fixação de qualquer limite temporal, salvo o comparecimento do acusado em juízo, o processo somente estaria encerrado com a sua morte. Ora, “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”¹³⁹.

Diante de tudo isso, constata-se que o juízo em evidência não convence. A maioria da doutrina entende que a Corte Suprema, ao não fixar um limite temporal quanto à suspensão da prescrição está sim, de forma indireta, criando uma nova classe de crimes imprescritíveis, uma vez que há a possibilidade da condição (evento futuro e incerto) nunca ocorrer, extinguindo, assim, o processo somente com a morte do acusado.

Ora, a suspensão do prazo prescricional, como faz entender o STF, traduz a imprescritibilidade. Além do mais, provoca uma condição de insegurança e indeterminação, afrontando, gravemente, o princípio chave do Direito Penal, qual seja, a legalidade e o princípio da segurança jurídica, não havendo qualquer obstáculo à tormentosa persecução penal do Estado. Por isso, um Estado que anseia o respeito aos direitos e garantias constitucionais-fundamentais não deve permiti-la¹⁴⁰.

¹³⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 708.

¹³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 586.

¹⁴⁰ LOPES, Anderson Bezerra. **O art. 366 do CPP e o STF**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 15, n. 182, p. 18-19, jan. 2008, p. 18.

Além disso, como já mencionado, as hipóteses de imprescritibilidade estão taxativamente previstas na Constituição Federal, nos casos de crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII, da CF), e nas ações de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV, da CF), não podendo tais hipóteses serem ampliadas ou alargadas pela legislação infraconstitucional.

2.6 A Súmula 415 do STJ

Com toda razão, o Superior Tribunal de Justiça não concordou com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em permitir uma suspensão indeterminada do curso prescricional, muito pelo contrário, a referida Corte estabeleceu um prazo por meio do qual a prescrição deveria permanecer suspensa.

Desse modo, o STJ, ao contrário do STF, fixou um limite temporal à suspensão da prescrição. Tal Tribunal se posicionou no sentido de que o prazo prescricional deve ficar suspenso pelo período de tempo correspondente ao da prescrição da pena em abstrato, conforme os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal. Esse entendimento pode ser identificado nos seguintes julgados:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. REVELIA. ART. 366 DO CPP COM A ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI NUM. 9271/96. APLICAÇÃO IMEDIATA. PERÍODO MÁXIMO DE DURAÇÃO DA SUSPENSÃO DA FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL.

I - A suspensão do processo, prevista atualmente no art. 366 do CPP, só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional.

II - É inadmissível a cisão de texto legal que evidencia, claramente, sob pena de restar sem conteúdo e finalidade, a necessidade de sua obrigatória incidência unificada.

III - Incabível sustentar conflito de leis no tempo entre texto revogado e texto posterior que já se encontrava em vigor quando da ocorrência do evento delituoso.

IV - O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no "art. 109 do CP", observada a "pena máxima" cominada para a infração penal. (grifei)

Recurso conhecido e parcialmente provido ¹⁴¹.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 7.052 - RJ**. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, DF, 07 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. NÃO-ATENDIMENTO À CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. EXISTÊNCIA DE LIMITE PARA DURAÇÃO DO SOBRESTAMENTO. PRAZO REGULADO PELO PREVISTO NO ART. 109 DO CP, CONSIDERADA A PENA MÁXIMA APLICADA AO DELITO DENUNCIADO. PRESCRIÇÃO EVIDENCIADA. PROVIMENTO.

1. Consoante orientação pacificada nesta Corte, o prazo máximo de suspensão do lapso prescricional, na hipótese do art. 366 do CPP, não pode ultrapassar aquele previsto no art. 109 do Código Penal, considerada a pena máxima cominada ao delito denunciado, sob pena de ter-se como permanente o sobrestamento, tornando imprescritível a infração penal apurada. (grifei)

2. Lapso prescricional referente ao delito denunciado preenchido.

3. Recurso provido para restabelecer a sentença de Primeiro Grau que declarou extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva¹⁴².

Atualmente, foi editada a Súmula 415 do STJ, que assim preleciona: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”¹⁴³. Após esse prazo, a prescrição voltaria a correr normalmente.

Inclusive, a Súmula 415 do STJ tem servido de parâmetro para as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. PROCESSO SUSPENSO COM FULCRO NA NORMA CONTIDA NO ART. 366 DO CPP. CONSEQÜÊNCIAS LEGAIS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. PERÍODO DE SUSPENSÃO. SÚMULA 415 DO STJ. A suspensão do prazo prescricional pela ocorrência da hipótese fática da norma contida no artigo 366 do CPP (citação por edital seguida do não comparecimento do réu ao processo pelo não oferecimento de resposta escrita e não constituição de defensor nos autos) é consequência natural da suspensão do processo. E de acordo com a Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça, "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada", sob pena de eternizar o sobrestamento, tornando imprescritível o crime. Na hipótese, em se tratando de imputação de prática do delito do art. 171, caput, do Código Penal, o prazo máximo de suspensão é de 12 (doze) anos, consoante o art. 109, inc. III, do Código Penal. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO RECORRIDA¹⁴⁴.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.113.583 - MG**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 415**. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº. 70054791322**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 03 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

A aplicação de tal posicionamento pode ser demonstrada na seguinte situação hipotética: em um processo pelo crime de furto simples, onde a pena máxima é de 4 anos, a prescrição, segundo o artigo 109, inciso IV, do Código Penal, se operaria em 8 anos. Desse modo, se o agente não for localizado ou não indicou advogado, o prazo prescricional permanecerá suspenso durante 8 anos, voltando a ser contado após o cumprimento desse prazo. A concreta extinção da punibilidade, finalmente, ocorrerá apenas após 16 anos.

Apesar de contrariar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a Súmula 415 do STJ, tem sido aceita pela maioria da doutrina. Entretanto, embora grande parte da doutrina se atenha a posição do STJ, há quem critique tal posicionamento jurisprudencial. Esta crítica está fundada no sentido de que este entendimento autoriza a possibilidade de prazos excessivos para a extinção da demanda, em outras palavras, uma prescrição em dobro, estando de encontro ao princípio constitucional ao processo em um prazo razoável ¹⁴⁵.

Além disso, outro problema se instala. Embora a Súmula 415 do STJ estabeleça um prazo sobre o qual a prescrição encontra-se suspensa, por outro lado, não resolve a questão a respeito dos delitos imprescritíveis (racismo e terrorismo), ou seja, não institui quanto tempo o curso do prazo prescricional prosseguirá suspenso quando se estiver diante de um crime imprescritível.

¹⁴⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 754-755.

3 ARTIGO 366 DO CPP – PRODUÇÃO PROBATÓRIA, PRISÃO PREVENTIVA E A LEI Nº. 9.613/98

Neste último momento, o estudo partirá da discussão a respeito da produção antecipada das provas consideradas urgentes, visto que a expressão “urgente”, prevista no artigo 366 do CPP, tem gerado muitas dúvidas nos operadores do direito, sobretudo, na questão da prova oral. Outro ponto extraído do artigo 366 do CPP que merece atenção é a decretação da prisão preventiva. A decretação da prisão preventiva, textualmente referida no artigo 366 do CPP, se mostra um tanto confusa, uma vez que uma prisão cautelar fundamentada apenas na revelia não pode ser tida como legal. Por fim, a Lei nº. 9.613/1998 também será parte do estudo, porquanto a exclusão da incidência do artigo 366 do CPP na referida Lei é outro inconveniente traçado pelo legislador.

3.1 A produção antecipada das provas consideradas urgentes

No capítulo anterior, foi discutido a respeito da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. Verificou-se o tamanho prejuízo que a suspensão (principalmente do prazo prescricional) acarreta ao acusado, figurando este em um processo onde garantias constitucionais são atropeladas pelo Judiciário.

Neste tópico, será discutida a possibilidade do magistrado determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes. Um grande poder discricionário que encontra-se nas mãos dos juízes de direito, que, por vezes, pode se revelar como um tanto autoritário.

Embora a Lei nº. 11.719/2008 tenha revogado os §§1º e 2º do artigo 366 do CPP, com redação dada pela Lei nº. 9.271/1996, onde previa no §1º que as provas antecipadas devem ser colhidas na presença do representante do Ministério Público e do defensor dativo, e no §2º que ao comparecer o acusado ao processo, ter-se-á por citado pessoalmente, continuando o processo nos seus ulteriores termos, a atual sistemática do artigo 366 do CPP, com a revogação, em nada foi afetada ¹⁴⁶.

Nos moldes do artigo 366 do CPP, se o acusado, ao ser citado por edital, não comparecer ao processo, nem constituir advogado, suspensos estarão o processo e o curso do

¹⁴⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 757.

prazo prescricional, facultando-se ao magistrado determinar antecipadamente, a produção das provas consideradas urgentes.

Num determinado ocorrido, poderá existir a necessidade de produzir provas urgentes, uma vez que o atraso na produção de tais provas poderá ocasionar as suas perdas. Assim, permite-se aos juízes de direito, excepcionalmente, determinar a colheita de provas, de forma antecipada, provas estas indispensáveis e imprescindíveis ao feito, mesmo sem a certeza de que o imputado tenha conhecimento do processo-crime a ele imposto ¹⁴⁷.

Então, a faculdade que tem o magistrado de determinar a produção probatória antecipada visa impedir o perecimento de certas provas no tempo, visto que ao não ser colhidas imediatamente poderão perder a razão de ser. Cita-se como exemplo dessa situação o artigo 225 do Código de Processo Penal, que permite a oitiva antecipada de testemunha por motivo de enfermidade ou velhice, ou quando a mesma tenha que se ausentar-se, já que há o receio de que no momento da instrução penal, esta prova desapareça ¹⁴⁸. Destarte, conforme o artigo 225 do referido diploma legal:

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento ¹⁴⁹.

Diante do exposto, sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa e de privilegiar demasiadamente a parte acusatória, quanto à produção antecipada da prova oral, o magistrado deve observar o disposto no artigo 225 do Código de Processo Penal ¹⁵⁰.

Dessa forma, com o objetivo de não prejudicar a instrução processual, admitiu-se a produção antecipada de provas tidas como urgentes, uma vez que ao não ser coletadas de

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 648.

¹⁴⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. **A produção probatória antecipada: art. 366 do CPP em face do devido processo legal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.º. 58, p.8, set 1997, p. 8.

¹⁴⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁵⁰ PEREIRA, José Ruy Borges. **A polêmica criada pela alteração da redação do art. 366 do CPP - lei n. 9.271/96**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 119-121, set/out. 2000, p. 120.

imediatamente, não poderão mais sê-las apreciadas em outro momento, visto que poderão desaparecer¹⁵¹.

A determinação da produção cautelar da prova dependerá da sua apreciação caso a caso, perante elementos que comprovem a necessidade e o risco de não ser possível produzir essa prova futuramente, ou seja, o chamado *periculum in mora*¹⁵². Exige-se, assim, que a produção antecipada de provas seja utilizada somente em situações extraordinárias, onde o risco de perecimento da prova seja concreto. Com acerto, o STJ, em seus julgados, tem decidido a esse respeito:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. JUSTIFICAÇÃO EM TORNO DO ASPECTO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. CONSTRANGIMENTO.

Causa constrangimento a decisão que aceita a produção antecipada de provas, consoante previsão do art. 366 do CPP, e se limita tão-somente a justificá-la em torno da temporalidade da memória.

No caso, é indispensável que o juiz aponte concretamente as razões do deferimento da medida, sobretudo no que diz respeito à sua necessidade e urgência, não cabendo mera presunção de perecimento das informações sobre o crime.

Recurso provido e ordem concedida para impedir a realização da prova antecipada, sem prejuízo de nova determinação fundamentada em dados concretos¹⁵³.

O STJ compreende, então, que a colheita antecipada de provas é medida excepcionalíssima, devendo apenas ser utilizada quando tal prova não puder ser produzida mais tarde. A prova a ser colhida antecipadamente é aquela que se mostrar como relevante e imprescindível ao processo, não podendo o magistrado se basear em afirmações vagas acerca do risco de perda, tampouco, em razão da suspensão do processo, no decurso de tempo¹⁵⁴.

Com base no artigo 366 do CPP, a determinação de produção antecipada de provas compete ao livre arbítrio e discricionariedade do magistrado, não provocando qualquer tipo de

¹⁵¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Doutrina Comparada. 3. ed. Barueri, SP: Editora Manole, 2013, p. 833.

¹⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 587.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 21.519 - DF**. Relator: Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁵⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 758-759.

constrangimento, desde que tal medida seja devidamente motivada ¹⁵⁵. É imprescindível quanto à colheita antecipada de provas, “a existência de risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal” ¹⁵⁶, não servindo como justificativa para a adoção de tal hipótese, o simples decurso do tempo.

Igualmente, a decisão que determina a coleta antecipada de provas possui caráter acautelatório e tem por objetivo resguardar de forma eficaz a prestação jurisdicional. Além disso, as provas aqui consideradas devem ser apenas aquelas urgentes, devidamente e concretamente fundamentadas pelo magistrado, não se permitindo a simples referência ao decurso de tempo ¹⁵⁷.

Entre as diversas espécies de provas previstas no ordenamento jurídico, a prova testemunhal, em especial, tem gerado inúmeras discussões no ambiente jurídico. Alguns doutrinadores sustentam que a prova testemunhal é sempre urgente, pois a testemunha, com o passar do tempo, pode esquecer o que presenciou ou sabe. Outros afirmam que a definição de prova testemunhal imprescindível e urgente ao processo cabe única e exclusivamente ao arbítrio do magistrado ¹⁵⁸. Neste último caso, o caráter de urgência da prova não define-se por sua natureza, mas por situações peculiares avaliadas a cada caso ¹⁵⁹. O STJ, na maioria de seus julgados, tem decidido com base na segunda corrente.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER DE URGÊNCIA INDEMONSTRADO. SÚMULA 415 DO STJ.

1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto, nos termos do enunciado da Súmula 415 desta corte.

2. Não justifica a medida a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem vir a falecer, mudar-se ou se esquecer dos fatos durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora seja assertiva passível de concretização, não passa, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculada de elementos objetivamente deduzidos.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 8.590 - SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 27 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 187.271 - PE. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, DF, 16 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus* n. 25.256 - DF. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 648.

¹⁵⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 587.

3. A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, se considerada como verdade absoluta, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto.

4. Ordem concedida para cassar a decisão, mantida pelo acórdão impugnado, que determinou a produção antecipada de prova, determinado o desentranhamento das provas produzidas antecipadamente ¹⁶⁰.

No caso concreto, cabe ao magistrado avaliar, segundo o seu critério, quais são as provas consideradas urgentes e que poderão ser antecipadas. A mera alusão ao decurso do tempo, bem como a gravidade do crime, não são hipóteses concretas que ensejam a antecipação da prova, mesmo a testemunhal, pois, como visto, a prova oral não é requisito essencial na consideração da urgência, uma vez que esta decorre de circunstâncias características avaliadas caso a caso ¹⁶¹.

Inclusive, outro não é o entendimento da Súmula 455 do STJ, que, dessa forma, declara: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo” ¹⁶².

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diversamente, já decidiu no sentido de que a prova testemunhal deve ser tratada como prova urgente, porquanto é normal que as testemunhas, com o passar do tempo, se esqueçam dos fatos, o que justificaria a antecipação da produção probatória, ademais, o seu atraso poderia prejudicar a busca da verdade real ¹⁶³.

Contudo, taxar como urgente toda e qualquer prova oral acarreta um enorme prejuízo ao acusado, pois ao apresentar-se ao processo, o réu terá grandes problemas em localizar as testemunhas já ouvidas sem a sua presença. Para evitar desequilíbrio processual, o melhor caminho seria que a prova oral somente fosse produzida no momento em que o acusado

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 191.942 - ES. Relator: Ministro Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 67.672 - SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 25 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* 455. Brasília, DF, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 70046331807, da 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gaspar Marques Batista. Porto Alegre, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

comparecesse ao processo. A colheita antecipada de provas ao passo que favorece a parte acusatória, impede que o réu acompanhe pessoalmente a sua produção ¹⁶⁴.

Além do mais, o artigo 366 do CPP, ao silenciar quanto à necessidade de manifestação do Ministério Público e da defesa e permitir de imediato a produção antecipada de provas pelo magistrado viola diretamente o princípio do devido processo legal, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da CF, o qual garante ao acusado o exercício eficaz da função acusatória e a ampla defesa. Não bastasse tamanha afronta, ofende também o direito à prova e de contradizer as do autor ¹⁶⁵.

Deve-se, pois, o artigo 366 do CPP ser interpretado à luz dos princípios e garantias constitucionais, cabendo ao magistrado antes de determinar a produção probatória antecipada, nomear ao acusado citado por edital um defensor dativo, para que, após a manifestação da acusação, manifeste-se a respeito da questão e da pretensão acusatória. Em suma, apenas depois de tomadas todas essas providências e observada a cláusula do *due processo of law*, é que o magistrado poderá decidir sobre a antecipação da prova, não havendo qualquer óbice de decisão de ofício sobre a matéria, claro, desde que sua produção ocorra na presença do Ministério Público e do defensor dativo. Inclusive, esse é o entendimento de Eduardo Araujo da Silva, que, assim, declara:

[...] antes de decidir sobre a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, em obediência ao devido processo legal, deve o juiz patrocinar a prévia manifestação do representante do Ministério Público ou do querelante, bem como do defensor dativo, sob pena de nulidade absoluta, malgrado o silêncio da lei, em razão do manifesto cerceamento das funções acusatórias e defensórias asseguradas na Constituição da República ¹⁶⁶.

Portanto, deve o magistrado ter muito cuidado ao utilizar este poder, pois, por vezes, a colheita de provas antecipadamente, sem a presença do acusado ou de seu patrono poderá se

¹⁶⁴ PEREIRA, José Ruy Borges. **A polêmica criada pela alteração da redação do art. 366 do CPP - lei n. 9.271/96.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 119-121, set/out. 2000, p. 120.

¹⁶⁵ SILVA, Eduardo Araujo da. **A produção probatória antecipada: art. 366 do CPP em face do devido processo legal.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.º. 58, p.8, set 1997, p. 8.

¹⁶⁶ Idem.

mostrar como um desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal ¹⁶⁷.

3.2 A decretação da prisão preventiva

O instituto da prisão preventiva está previsto expressamente no Código de Processo Penal, no Capítulo III, do artigo 311 até o artigo 316. Atualmente, a prisão preventiva sofreu profundas mudanças com a Lei nº. 12.403, de 4 de maio de 2011. A prisão que antes era regra, agora é medida de exceção.

A prisão preventiva pode ser entendida como uma forma de prisão cautelar e provisória que tem por objeto resguardar a prestação jurisdicional. De caráter excepcional, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando for necessária, ou seja, estiver presente o *periculum libertatis* ¹⁶⁸.

Então, diante da Lei nº. 12.403/2011, a decretação da prisão preventiva está condicionada a dois indispensáveis requisitos, quais sejam, a necessidade e a adequação da medida. Estes requisitos visam evitar uma prisão cautelar sem necessidade ¹⁶⁹.

O artigo 311 do CPP traz os momentos da prisão preventiva e quem é competente para decretá-la. Assim, nos moldes do artigo 311 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação preliminar ou do processo, pelo juiz ou tribunal competente, desde que motivada a sua decisão, mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou do querelante, neste último caso, desde que estiver diante de uma ação penal privada subsidiária da pública, por representação da autoridade policial, e, infelizmente, de ofício pelo magistrado ¹⁷⁰.

Os pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão previstos expressamente no artigo 312 do CPP. O artigo 312 prevê como pressupostos para a decretação da prisão cautelar o *periculum libertatis* representado pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, pela conveniência da instrução criminal e pelo resguardo da aplicação da lei penal, e o *fumus comissi delicti* representado pela prova da existência do crime e pelos

¹⁶⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 758.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Habeas Corpus n. 0035053-91.2011.4.01.0000 - MG**. Relator: Des. Carlos Olavo. Julgamento: 09/08/2011. Publicação: DJe 31/08/2011 – Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 760.

¹⁷⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 823.

indícios suficientes de autoria ¹⁷¹. O parágrafo único do citado dispositivo prevê, ainda, outra situação capaz de gerar a decretação da prisão preventiva, demonstrado pelo descumprimento de quaisquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

A garantia da ordem pública pode ser entendida como o sossego e tranquilidade na sociedade. Em outras palavras, se o sujeito estiver praticando novos delitos, estimulando a prática do crime, ou reunindo-se em quadrilha ou bando, estará materializada a perturbação da ordem pública. Contudo, a garantia da ordem pública não é geralmente invocável como fundamento para a decretação da prisão cautelar, visto que a expressão “ordem pública” pode significar absolutamente tudo ¹⁷².

Além disso, o clamor público e a gravidade do delito não são fundamentos idôneos para a decretação da prisão preventiva. A jurisprudência brasileira também conserva esse entendimento:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. CLAMOR PÚBLICO E GRAVIDADE DO DELITO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

A decretação da prisão preventiva deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado está obrigado a apontar os elementos concretos ensejadores da medida.

No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar, em relação ao indiciado ou réu, a existência de periculum libertatis.

Não atenta contra a instrução criminal nem procura elidir a eventual aplicação da lei penal quem comparece espontaneamente à Delegacia de Polícia, para prestar esclarecimentos sobre o crime.

A gravidade do crime não pode servir como motivo extra legem para decretação da prisão provisória. Suposto clamor público, considerando que o fato ocorreu em pequena localidade, não é suficiente para a segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva de Ildemar Fonseca, se por outro motivo não estiver presa, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecer a todos os atos processuais ¹⁷³.

¹⁷¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 765-767.

¹⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 681-682.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 34.673 - RS**. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 24 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

A garantia da ordem econômica aplica-se àqueles casos de perturbação no exercício de alguma atividade econômica, onde haja “abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”¹⁷⁴. Destarte, uma prisão cautelar com esse fundamento somente poderá ser decretada quando se estiver diante de crimes que comprometam a ordem econômica¹⁷⁵.

Outro fundamento ensejador da prisão preventiva é a conveniência da instrução criminal. Justifica-se tal medida quando o sujeito dificulta as investigações, pondo em risco a produção de provas e impedindo o regular desenvolvimento processual, através da destruição de documentos ou na alteração do local dos fatos, intimidando, ameaçando e amedrontando, testemunhas, vítimas, peritos, o juiz ou o promotor da causa¹⁷⁶.

A prisão preventiva poderá ser decretada também para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse caso, a segregação cautelar será legítima quando evidente e concreto o risco de fuga do autor do fato, ou seja, há fortes suspeitas que o réu tenha a intenção de se evadir do distrito da culpa, evitando-se contra ele, pois, a aplicação da lei penal. Igualmente, se há provas robustas de que o réu está se desfazendo de seu patrimônio com a finalidade de evitar o ressarcimento dos danos gerados por seu ato ilegal, a aplicação da lei penal estará maculada e, por conseguinte, a prisão preventiva poderá ser decretada¹⁷⁷.

A expressão “prova da existência do crime” alude à materialidade do crime, isto é, ao corpo de delito, que deverá ser verificado por meio de perícia, prova documental e prova testemunhal idôneas. Quanto aos indícios suficientes de autoria, são nada menos que apontamentos que fazem crer que o indivíduo é o autor do crime. Não são exigidas provas contundentes e robustas que levam a certeza da autoria do fato, mas apenas indicações e elementos que sugerem ser do imputado a autoria do delito¹⁷⁸.

Se o acusado descumprir quaisquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares poderá o magistrado, em último plano, decretar a prisão cautelar, conforme dispõe o artigo 282, §4º, do CPP. Destarte, deve o magistrado se ater aos critérios da proporcionalidade e ponderação para verificar se o descumprimento de alguma das condições da medida cautelar imposta deve levar a revogação direta desta e, por conseguinte,

¹⁷⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 767.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 830.

¹⁷⁷ PÂNGARO, Emerson Luís de Araújo. **A Prisão Preventiva. Pressupostos e diferenças das demais prisões cautelares. 2. Prisão Preventiva. 2.1. Pressupostos essenciais da prisão preventiva. 2.1.4. Aplicação da lei penal**. Publicado em 04/2010. Elaborado em 03/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14723/a-prisao-preventiva>> Acesso em 09 out. 2013.

¹⁷⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 768.

a prisão preventiva, ou se a medida cautelar estabelecida ao acusado pode ser substituída por outra medida cautelar diversa da de prisão ¹⁷⁹.

A prisão preventiva não é aplicável para toda e qualquer situação. O artigo 313 do CPP, com redação da Lei nº. 12.403/2011, traz as hipóteses que admitem a sua incidência. Essas hipóteses devem ser analisadas em conjunto com o artigo 312 do CPP. Dispõe, em suma, o artigo 313 do CPP:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida ¹⁸⁰.

Com fundamento no artigo 314 do CPP, se o juiz verificar, com base nas provas dos autos, que o agente praticou o fato amparado por uma excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito), não tocará a ele decretar a prisão preventiva, pois ausente está a fumaça de ilicitude do ato ¹⁸¹.

Velando pelo princípio constitucional da motivação das decisões, previsto no artigo 93, inciso IX, da CF, a decisão judicial que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, deverá sempre ser regularmente fundamentada (artigo 315 do CPP), sob pena de nulidade ¹⁸².

¹⁷⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 831.

¹⁸⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁸¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 837.

¹⁸² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 786.

Conforme demonstra o artigo 316 do CPP, constatado pelo magistrado que as razões que possibilitaram a prisão preventiva desapareceram, caberá a este revogar a prisão cautelar. Contudo, se, por ventura, após a revogação sobrevierem os motivos que expliquem a prisão, poderá novamente ser decretada ¹⁸³.

Após uma rápida explanação a respeito da prisão preventiva, será analisado o referido instituto cautelar à luz do artigo 366 do CPP, pois muitas dúvidas ainda pairam sobre a possibilidade de prisão preventiva prevista no dispositivo legal supra, objeto deste estudo.

De acordo com o artigo 366 do CPP, se o acusado, ao ser citado por edital, não apresentar-se ao processo e nem constituir advogado para tanto, suspensos estarão o processo e curso do prazo prescricional, podendo o magistrado determinar a produção de provas consideradas ao seu arbítrio urgentes e indispensáveis ao feito, e, caso for preciso, decretar a prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do CPP.

Deste modo, embora suspenso o processo, o juiz tem a faculdade de decretar a prisão preventiva, nos traços do artigo 312 do CPP. É importante salientar que a medida aqui imposta não é obrigatória, cabendo ao magistrado decretar a prisão preventiva quando presentes algum de seus motivos autorizadores ¹⁸⁴.

Assim, ao prever a possibilidade de decretação de prisão preventiva no artigo 366 do CPP, não quis o legislador ampliar as hipóteses que autorizam essa medida cautelar ou mesmo facilitar a sua adoção. A expressão “se for o caso”, prevista no dispositivo, não visa estender ou provocar a adoção da prisão preventiva, mas remeter para os pressupostos do artigo 312 do CPP. Além do mais, como visto, não há prisão preventiva obrigatória e muito menos “qualquer tipo de presunção de fuga que conduza, automaticamente, à legitimidade de uma medida cautelar pessoal” ¹⁸⁵. Ora, a suspensão do processo e do prazo prescricional não pode, por si só, dar origem a prisão preventiva ¹⁸⁶.

Também, na hipótese de suspensão do curso do prazo prescricional de acusado, citado por edital, que não comparece nem nomeia advogado, a decretação da prisão preventiva não pode acontecer automaticamente. A prisão cautelar precisa estar muito bem fundamentada,

¹⁸³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 788.

¹⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 587-588.

¹⁸⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 757.

¹⁸⁶ Idem.

em consonância com os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal ¹⁸⁷.
Inclusive, esse tem sido o entendimento da jurisprudência pátria:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ROUBO MAJORADO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO. A circunstância do acusado, citado por edital, não ter comparecido ao interrogatório, o que ensejou a suspensão do processo nos termos do art. 366 do CPP, bem como a gravidade do delito que lhe é imputado, por si só, não autorizam a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a aplicação da lei penal. Medida cuja viabilidade poderá ser reavaliada na eventual retomada do curso do processo. RECURSO DESPROVIDO ¹⁸⁸.

Tratando-se de prisão preventiva, a garantia da motivação das decisões implica no dever de demonstrar concretamente que a segregação cautelar atende, ao menos, algum dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal ¹⁸⁹. A revelia do acusado citado por edital, por si só, não é suficiente para a decretação da prisão preventiva, muito menos, com fundamento no princípio da presunção da inocência previsto, expressamente, no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o fato do acusado já ter sido condenado pela prática do mesmo crime ¹⁹⁰.

Vale a pena frisar que a prisão cautelar não pode ocorrer de forma automática, não a justificando, inclusive, a circunstância do acusado não ser encontrado, uma vez que o artigo 366 do CPP exige, necessariamente, para a decretação do aprisionamento preventivo, algum dos pressupostos previstos no artigo 312 do CPP ¹⁹¹. Igualmente, o mero fato de o réu ser revel, diante da suspensão do processo, não permite a decretação da prisão cautelar, visto que

¹⁸⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012, p. 709.

¹⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 70042501312**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Danúbio Edon Franco. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 106.209 - SC**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 01 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86.140 - SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86.599 - PE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

a necessidade, para ela exigida, deve estar em compasso com o artigo 312 do Código de Processo Penal ¹⁹². Outro não é o entendimento da jurisprudência:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO COMPARECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA DECRETADA COM BASE APENAS NA ALUSÃO À REVELIA DO ACUSADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRIBUNAL DE ORIGEM. JULGAMENTO DO WRIT ORIGINÁRIO. INOVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, as quais somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação, que demonstre, principalmente, a necessidade de restrição ao sagrado direito à liberdade.
2. É assente nesta Casa de Justiça a orientação segundo a qual a decretação da revelia – art. 366 do CPP –, por si só, não constitui justificativa idônea para a imposição da segregação cautelar.
3. Tendo em vista que o habeas corpus constitui meio exclusivo de defesa do cidadão, não é lícito ao Tribunal de origem inovar na fundamentação para manter a prisão de natureza provisória.
4. Recurso a que se dá provimento, com a revogação da prisão preventiva, mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo, a ser firmado perante o Juiz da causa ¹⁹³.

A custódia cautelar somente se justifica se presentes as hipóteses e pressupostos autorizadores da prisão. A citação por edital seguida do não comparecimento do acusado em juízo não pode servir de fundamento para a decretação da medida excepcional ¹⁹⁴. Em outras palavras, a ausência do acusado, citado por edital, não é motivo indispensável para a decretação da custódia cautelar, se não há indícios de escapada, como também o mero desaparecimento do imputado do distrito da culpa não induz à presunção absoluta de que o agente pretende desviar-se da aplicação da lei ¹⁹⁵.

¹⁹² SERGIPE. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 2005306872. Relator: Des. Cezário Siqueira Neto. Aracaju, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.tj.se.gov.br> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus* n. 20.023 - PR. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, DF, 11 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *Recurso Criminal* n. 2000.60.04.000549-4 - MS. Relator: Des. Peixoto Júnior. Julgamento: 26/03/2002. Publicação: DJe 26/03/2002 – Segunda Turma. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 156.922/MG. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 12 out. 2013.

Por outro lado, verificando o magistrado que o acusado, citado por edital, se oculta intencionalmente ou fugiu para evitar o distrito da culpa, não há óbice ou impedimento para que aquele decrete a prisão preventiva ¹⁹⁶. A jurisprudência pátria, em seus julgados, já decidiu a esse respeito:

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EVASÃO DA RÉ DO DISTRITO DA CULPA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. IDADE AVANÇADA DA PACIENTE. IRRELEVÂNCIA.

1. É fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva a necessidade de garantia da aplicação da lei penal, máxime quando certo que a paciente, acusada de ser mandante de crime de homicídio triplamente qualificado, se evadiu do distrito da culpa há mais de 08 (oito) anos, permanecendo alheia aos chamados do Poder Judiciário e ensejando a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, em demonstração evidente do intuito pessoal de se furtar à escorreita aplicação da lei.

2. As condições pessoais supostamente favoráveis da paciente e o fato de estar a mesma, atualmente, em idade avançada, não se revelam fundamentos suficientes para infirmar a imprescindibilidade de sua custódia cautelar, mesmo porque o transcurso do tempo sem solução definitiva ao processo penal objeto do presente remédio heroico resulta de sua própria insistência em esquivar-se da aplicação da lei.

3. Ordem denegada ¹⁹⁷.

Assim, para ser decretada, a prisão preventiva deve ser concretamente fundamentada e demonstrada, por meio de argumentos e provas robustas, observando os requisitos da necessidade e adequação da medida, os pressupostos do artigo 312 do CPP e os limites impostos pelo artigo 313, caso contrário, existirão somente a suspensão do processo e do prazo prescricional, revelando-se como ilegal o aprisionamento cautelar ¹⁹⁸.

3.3 A exclusão do artigo 366 do CPP na Lei nº. 9.613/98

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 650.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 111.493 - MG**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DF, 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 757-758.

A Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998, dispõe, dentre outras matérias, sobre os crimes que envolvem lavagem e ocultação de bens, direitos e valores. O artigo 2º, §2º da mencionada lei preleciona que não incide o disposto no artigo 366 do CPP nos delitos de lavagem de dinheiro. Disciplina, assim, o artigo 2º, §2º, da Lei nº. 9.613/1998, com redação dada pela Lei nº. 12.683/2012:

Art. 2º. [...]

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo

Também dita lavagem de capitais, a lavagem de bens pode ser entendida como a prática delituosa de ocultar ou disfarçar a origem, propriedade, movimentação, localização, natureza de bens, direitos ou valores derivados, de forma direta ou indireta, de crime de tráfico de drogas, de terrorismo, tráfico de armas, entre outros delitos²⁰⁰.

Justifica-se tal medida em virtude da necessidade de se confiscar bens provenientes de práticas ilegais, adquiridos por meio de lavagem de dinheiro e em face da gravidade dos delitos na Lei previstos²⁰¹. Também, sob o pretexto que a incidência do artigo 366 do CPP se revela como uma recompensa ao acusado que praticou um delito grave. Ainda, permite-se essa exclusão para impedir a impunidade e evitar que o acusado se furte do processo²⁰².

Entretanto, admitir que o processo continue tramitando sem qualquer conhecimento seu pelo acusado é um verdadeiro retrocesso, violando, inclusive, a garantia constitucional do devido processo legal. O correto seria, mesmo nesse caso, suspender o processo e o curso do prazo prescricional²⁰³.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei Federal nº. 9.613, de 03 de março de 1998**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

²⁰⁰ MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe; MAGALHÃES, Esther C. Piragibe. **Dicionário Jurídico Piragibe**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 699-700.

²⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 651.

²⁰² TAVARES, Paulo Sérgio Araújo. **Aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal aos crimes de lavagem de dinheiro. 4.3. Da Inconstitucionalidade do Artigo 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8367> Acesso em 09 out. 2013.

²⁰³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 756.

Quanto a este ponto, deve-se observar também a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual tem força constitucional, conforme prevê o artigo 5º, §2º, da CF, que, como visto, no capítulo anterior, garante ao acusado o direito de ser informado da acusação a ele imputada²⁰⁴.

Apenas para exemplificar, garante o artigo 8º, número 2, alínea b, da Convenção Americana de Direitos Humanos a “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”²⁰⁵, também a alínea c, a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”²⁰⁶, ainda, a alínea d, o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”²⁰⁷. O que se quer aqui é robustecer o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, direitos estes garantidos a todos os cidadãos.

De estatura igualmente constitucional encontra-se o Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos, o qual prevê no seu artigo 14, número 3, alíneas “a”, “b” e “d”, o seguinte:

Art. 14. [...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

[...]

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um

²⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Art. 366 do CPP e a Lei de lavagem de capitais**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 70, set. 1998, Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2339-Art.-366-do-CPP-e-Lei-de-lavagem-de-capitais> Acesso em 09 out. 2013.

²⁰⁵ HUMANOS, **Convenção Americana de Direitos: Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 29 set. 2013.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem.

defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo²⁰⁸.

Enaltecendo a importância de um Estado Constitucional de Direito, imprescindíveis são as palavras de Luiz Flávio Gomes:

O Estado Constitucional de Direito não é apenas um ‘Estado de Direito’. Vejamos: no Estado de Direito clássico é a ‘lei’ que condiciona a forma e o conteúdo do ordenamento jurídico; no Estado Constitucional, é a ‘Constituição’ que estabelece a forma e que dá os limites substanciais do ordenamento jurídico; no primeiro, toda lei tem ‘validade’ e é presumida de interesse geral; no segundo, a validade da lei depende de sua coerência com a Constituição; qualquer lei, inclusive as autoritárias e abusivas, deve ser observada (dentro do positivismo clássico); as leis que violam a Constituição, para o sistema garantista atual, são inválidas e não podem ser aplicadas²⁰⁹.

Diante de toda essa explanação constitucional, nota-se que os preceitos da Constituição Federal não devem ficar apenas no papel, pelo contrário, devem ser utilizados sempre que necessário, uma vez que não vivemos apenas em um Estado de Direito, mas em um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Não é à toa que a nossa nação é a República Federativa do Brasil.

Assim sendo, categoricamente inconstitucional, a supressão do artigo 366 do CPP nos delitos de lavagem de dinheiro é um contrassenso, infringindo de forma direta os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, previstos na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV. Além disso, para aqueles que afirmam que o artigo 366 do CPP é um prêmio para o acusado, esquecem-se que esse dispositivo legal tem caráter misto, de natureza material e processual e, dessa forma, embora comporte a suspensão do processo e da prescrição,

²⁰⁸ BRASIL, Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 29 set. 2013.

²⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. Art. 366 do CPP e a Lei de lavagem de capitais. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 70, set. 1998, Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2339-Art.-366-do-CPP-e-Lei-de-lavagem-de-capitais> Acesso em 09 out. 2013.

também permite a produção antecipada de provas consideradas urgentes e a decretação da prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos ²¹⁰.

Com base nesta gama de violações, originárias do elevadíssimo despreparo técnico e jurídico do “senhor das leis”, causador de uma deplorável qualidade legislativa, justificativas razoáveis não existem para a não aplicação do artigo 366 do CPP a um processo penal cuja imputação seja algum delito da lavagem de capitais, exceto se o “criador das leis” conhecedor como deve ser “das críticas dirigidas ao inaplicável art. 2º, §2º, da Lei 9.613/98, com seu texto atualmente em vigência estiver acometido de um incompreensível e inadmissível ataque de teimosia inconstitucional [...]” ²¹¹.

Mesmo diante de toda essa inconstitucionalidade, os tribunais brasileiros continuam aplicando o artigo 2º, §2º, da Lei nº. 9.613/98 na íntegra, sem perceber os prejuízos acarretados com um processo incógnito ao acusado ²¹².

Logo, com base nessa discussão, percebe-se que o teor do artigo 366 do CPP é defeituoso e está repleto de imperfeições. O legislador não foi feliz quando da construção do dispositivo em comento, uma vez que este preceito é marcado por incertezas, principalmente, no que tange a suspensão do curso do prazo prescricional, pois, como visto, o legislador se omitiu sobre quanto tempo a prescrição permaneceria suspensa.

Além disso, o artigo 366 do CPP concede ao magistrado a prerrogativa de determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Não há óbice para isso, desde que o faça de forma motivada.

A possibilidade de decretação da prisão preventiva também encontra-se consubstanciada no artigo 366 do CPP. Novamente, exige-se a motivação da decisão, por meio dos requisitos e pressupostos autorizadores da prisão preventiva, previstos expressamente no Código de Processo Penal, visto que uma prisão baseada apenas na revelia do acusado não pode ser considerada legal.

Em sentido contrário, a incidência do artigo 366 do CPP é expressamente vedada para os delitos da Lei nº. 9.613/98. Aqui há outro problema. Ao proibir o artigo 366 do CPP, a Lei

²¹⁰ TAVARES, Paulo Sérgio Araújo. **Aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal aos crimes de lavagem de dinheiro. 4.3. Da Inconstitucionalidade do Artigo 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8367> Acesso em 09 out. 2013.

²¹¹ KEHDI, Andre Pires de Andrade. **O projeto de alteração à lei de lavagem (PLS 209/2003) e o art. 366, do CPP.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 186, maio 2008, Disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3645-O-projeto-de-alteracao-a-lei-de-lavagem-\(PLS-209-2003\)-e-o-art.-366,-do-CPP](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3645-O-projeto-de-alteracao-a-lei-de-lavagem-(PLS-209-2003)-e-o-art.-366,-do-CPP)> Acesso em 09 out. 2013.

²¹² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 756.

nº. 9.613/98 permite que o processo siga tramitando sem o conhecimento do acusado, acarretando inúmeros prejuízos aos direitos constitucionais deste.

CONCLUSÃO

Com redação da Lei nº. 9.271/1996, o artigo 366 do CPP se mostra um tanto confuso e impreciso em seu contexto, porquanto permite a suspensão do curso do prazo prescricional indefinidamente, visto que o artigo mencionado não estabeleceu um prazo sobre o qual a prescrição estaria suspensa.

Além disso, ofereceu ao magistrado o poder de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes, poder este que se não utilizado com cuidado e for concretamente fundamentado poderá dar ares a muitas injustiças.

O artigo 366 do CPP também proporcionou ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão preventiva do acusado. Porém, já foi decidido que, para que esta prisão seja legal, o juiz deverá observar a necessidade e urgência da medida, os pressupostos do artigo 312, alguma das hipóteses do artigo 313, e a fundamentação do artigo 315, todos do Código de Processo Penal.

E, ainda, o artigo 2º, §2º, da Lei nº. 9.613/1998 suprimiu a incidência do artigo 366 do CPP de sua dogmática. Ora, embora a norma em comento não seja um dispositivo heroico, a suspensão do processo nela prevista pode ser de grande valia.

Ao não estabelecer um prazo para a suspensão da prescrição permitiu o artigo 366 do CPP que qualquer crime se tornasse imprescritível, o que é proibido pela Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal ao se posicionar quanto à matéria no Recurso Extraordinário nº. 460.971/RS, julgado em 13/02/2007, em nada ajudou, pelo contrário, só piorou, pois o seu entendimento guiou-se no sentido de admitir, indiretamente, a imprescritibilidade. O STF, guardião da Constituição Federal, neste caso, agiu de modo inverso, pois ao tolerar tamanha atrocidade, corroborou para a violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e do direito que o indivíduo tem de ser julgado em um prazo razoável.

Apesar desse posicionamento ser muito prejudicial ao acusado, sobretudo por violar garantias fundamentais, tem-se que esse entendimento serve de parâmetro para muitas decisões. Ora, acatar como válido esse juízo é premiar o Estado pela ineficiência no seu poder-dever de punir.

A doutrina não é pacífica sobre o *quantum* deveria permanecer suspensa a prescrição, mas grande parte dela sustenta que o tempo de suspensão da prescrição deveria ser regulado pelo máximo da pena cominada no tipo penal, segundo os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal. Outro não foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que emitiu essa opinião na Súmula 415. Embora, como dito, grande parte da doutrina aceite o juízo do Tribunal Superior, há quem entenda que esses prazos ainda são muito gravosos ao indivíduo, diz-se, uma prescrição em dobro.

Outro mecanismo presente no artigo 366 do CPP é a possibilidade do magistrado determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes. Não é vedado ao magistrado colher provas de forma antecipada, mas recomenda-se que o faça, desde que haja risco concreto de perecimento da prova. Além disso, para evitar que mais direitos constitucionais sejam destruídos, especialmente, o contraditório e a ampla defesa, a produção probatória antecipada deve ser muito bem fundamentada, não bastando para motivar a decisão, o mero decurso do tempo. Inclusive, esse é o entendimento da Súmula 455 do STJ.

A cautela deve ser ainda maior quando se tratar de prova oral, pois entendem alguns doutrinadores que a prova oral deve ser considerada sempre urgente, visto que as testemunhas, com o passar do tempo, podem esquecer dos acontecimentos presenciados, o que motivaria a produção antecipada. Outros aplicadores do direito, ao contrário, sustentam que cabe única e exclusivamente ao magistrado decidir a respeito das provas consideradas realmente urgentes e que, por conseguinte, serão antecipadas. Malgrado opiniões em contrário, prova testemunhal ou não, compete ao magistrado avaliar a situação e decidir, segundo o seu prudente arbítrio, se a prova em questão deve ser antecipada.

Outra prerrogativa prevista no artigo 366 do CPP concedida pelo legislador aos magistrados é a possibilidade de decretação da prisão preventiva. A prisão cautelar, tida como exceção, não pode ser decretada de forma automática, tampouco a revelia ou a ausência do acusado, citado por edital, por si só, podem servir de fundamento para estabelecer a segregação cautelar do acusado. Mister estar presentes a necessidade e a adequação da medida, corroborada com o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* do artigo 312, ajustada em algum dos limites impostos pelo artigo 313 e, principalmente, como almeja o artigo 315, estar devidamente fundamentada.

Por fim, a Lei nº. 9.613/1998, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre os delitos que envolvem lavagem e ocultação de bens, direitos e valores previu no seu artigo 2º, §2º, a exclusão da incidência do artigo 366 do CPP de sua estrutura, com o objetivo de,

principalmente, impedir a impunidade, evitar que o acusado escape da persecução penal e também em virtude da gravidade dos crimes previstos na Lei. Porém, essas justificativas não convencem. Ora, embora o artigo 366 do CPP comporte ao acusado a suspensão do processo, também traz consigo a possibilidade do magistrado determinar a produção de provas consideradas urgentes e, se presentes os requisitos e motivos, a decretação da prisão preventiva.

Além disso, a exclusão do artigo 366 do CPP prevista no artigo 2º, §2º, da Lei nº. 9.613/1998 é tida como inconstitucional pela doutrina dominante, não só porque fere as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como também porque é um verdadeiro atraso um processo seguir tramitando sem qualquer conhecimento deste pelo acusado.

Portanto, com base em toda essa explanação, nota-se que a inconstitucionalidade do artigo 366 do CPP é nítida, uma vez que importantes preceitos constitucionais-fundamentais são gravemente violados diante de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Tiragem. 7. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora JusPodvim, 2012.

BAYER, Diego. **Princípios fundamentais do direito processual penal – Parte 2. Princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88)**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/diegobayer/2013/05/09/principios-parte-02/>> Acesso em 29 set. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 29 set. 2013.

_____. **Lei Federal nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. **Lei Federal nº. 9.613, de 03 de março de 1998**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 366**. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86.599 - PE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 460.971 - RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86.140 - SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 106.209 - SC**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 01 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 7.052 - RJ**. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, DF, 07 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 8.590 - SP**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 27 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 34.673 - RS**. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 24 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 21.519 - DF**. Relator: Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 67.672 - SP**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 25 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.113.583 - MG**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 415**. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 455**. Brasília, DF, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 20.023 - PR**. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, DF, 11 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 191.942 - ES**. Relator: Ministro Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 156.922/MG**. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 25.256 - DF**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 111.493 - MG**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DF, 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 187.271 - PE**. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, DF, 16 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Habeas Corpus n. 0035053-91.2011.4.01.0000 - MG**. Relator: Des. Carlos Olavo. Julgamento: 09/08/2011. Publicação: DJe 31/08/2011 – Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Recurso Criminal n. 2000.60.04.000549-4 - MS**. Relator: Des. Peixoto Júnior. Julgamento: 26/03/2002. Publicação: DJe 26/03/2002 – Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção sucesso concursos públicos e OAB. Coordenador: José Roberto Neves Amorim. Barueri-SP. Editora Manoele, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Editora: Sarvanda Disponível em <<http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/asmiseriasdoprocessopenal.pdf>> Acesso em: 15 set. 2013.

CARUNCHO, Alexey Chol. **A Lei n. 11.719/08 e a releitura necessária do artigo 366 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 15-16, dez. 2008.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 404.

FERREIRA JUNIOR, Spencer dos Santos. **A Insubsistência do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/08.2. O art. 366 do Código de Processo Penal antes da reforma**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_112.pdf> Acesso em 09 out. 2013.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **O artigo 366 do CPP e a revolta da doutrina**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 50, p. 07-08, jan. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Luiz Flávio. **Art. 366 do CPP e a Lei de lavagem de capitais**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 70, set. 1998, Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2339-Art.-366-do-CPP-e-Lei-de-lavagem-de-capitais> Acesso em 09 out. 2013.

HUMANOS, **Convenção Americana de Direitos: Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 29 set. 2013.

KAFKA, Franz. **O Processo.** 3. ed. Editora Martin Claret.

KEHDI, Andre Pires de Andrade. **O projeto de alteração à lei de lavagem (PLS 209/2003) e o art. 366, do CPP.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 186, maio 2008, Disponível em [http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3645-O-projeto-de-alteracao-a-lei-de-lavagem-\(PLS-209-2003\)-e-o-art.-366,-do-CPP](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3645-O-projeto-de-alteracao-a-lei-de-lavagem-(PLS-209-2003)-e-o-art.-366,-do-CPP) Acesso em 09 out. 2013.

LOPES, Anderson Bezerra. **O art. 366 do CPP e o STF.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 15, n. 182, p. 18-19, jan. 2008.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe; MAGALHÃES, Esther C. Piragibe. **Dicionário Jurídico Piragibe.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado.** Série Descomplicada. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2012, p. 196.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência.** Doutrina Comparada. 3. ed. Barueri, SP: Editora Manole, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 7. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PÂNGARO, Emerson Luís de Araújo. **A Prisão Preventiva. Pressupostos e diferenças das demais prisões cautelares. 2. Prisão Preventiva. 2.1. Pressupostos essenciais da prisão preventiva. 2.1.4. Aplicação da lei penal.** Publicado em 04/2010. Elaborado em 03/2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14723/a-prisao-preventiva> Acesso em 09 out. 2013.

PEREIRA, José Ruy Borges. **A polêmica criada pela alteração da redação do art. 366 do CPP - lei n. 9.271/96.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 119-121, set/out. 2000.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. 1. O princípio da proporcionalidade. 1.2 O princípio da proporcionalidade. 2. A tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990 Acesso em 09 out. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 70042501312,** da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Danúbio Edon Franco. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. **70046331807**, da 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gaspar Marques Batista. Porto Alegre, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº. 70054791322**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 03 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2013

SANTOS, César Augusto dos. **Limites da prescrição à luz do art. 366 do CPP**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.11, p.195-206, jul./dez., 2008.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. **2005306872**. Relator: Des. Cezário Siqueira Neto. Aracaju, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.tj.se.gov.br> Acesso em: 12 out. 2013.

SILVA, Davi André Costa. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2013.

_____, Eduardo Araujo da. **A produção probatória antecipada: art. 366 do CPP em face do devido processo legal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº. 58, p.8, set 1997.

TAVARES, Paulo Sérgio Araújo. **Aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal aos crimes de lavagem de dinheiro. 4.3. Da Inconstitucionalidade do Artigo 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8367> Acesso em 09 out. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.