

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, contra acórdão que negou provimento a recurso em sentido estrito, em que se manteve decisão de primeiro grau, declaratória da extinção da punibilidade do réu, por entender que a suspensão do prazo prescricional, prevista no art. 366 do CPP, para casos de citação por edital, está sujeita aos limites do art. 109 do CP, ou seja, prescrição pela pena máxima abstrata cominada ao delito.

A repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 16.6.2011.

Basicamente, discute-se eventual ofensa ao art. 5º, XLII e XLIV, da CF:

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

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

Já o artigo 366 do Código de Processo Penal assim determina:

“Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.” (Redação dada pela Lei 9.271, de 17.4.1996)

A **questão-problema** pode ser assim delimitada: a) A suspensão do prazo prescricional em razão da citação por edital, nos termos do art. 366 do CPP, por tempo ilimitado, cria nova hipótese de imprescritibilidade, não prevista pela Constituição Federal sendo, portanto, inadmissível no ordenamento brasileiro?

Em consequência, se a resposta for positiva, colocam-se duas questões complementares:

b) Se inadmissível a imprescritibilidade em tal caso, qual deve ser o limite à suspensão do prazo prescricional?;

c) Ao se retomar o transcurso do prazo prescricional, deve-se também dar prosseguimento ao processo com a possibilidade de condenação de réu ausente?

1. Premissas sobre os atos de comunicação no processo penal

O tema abordado neste recurso extraordinário relaciona-se intimamente com questões fundamentais na estruturação de um processo penal compatível com a proteção efetiva dos direitos fundamentais e, portanto, em conformidade constitucional e convencional. Trata-se de discussão relacionada com a citação por edital e, portanto, com o tratamento assegurado a réus ausentes em face da persecução penal estatal.

Nesse sentido, indispensável, em um primeiro momento, destacar a importância dos atos de comunicação no processo, como a citação, para a proteção efetiva de diversos direitos fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, *caput*, LV, CF). Especialmente em relação à citação, trata-se de instrumento para assegurar direito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos de o imputado ser comunicado prévia e pormenorizadamente da acusação contra ele formulada (art. 8.2, *b*, CADH).

O exercício do contraditório, definido contemporaneamente como informação, reação e influência, requer a devida comunicação dos atos relevantes para as partes, pois, só assim, atende-se ao pressuposto da “informação”. Sem a devida compreensão da situação, inexistente possibilidade de efetiva reação e influência no transcorrer da persecução penal.

Na doutrina, afirma-se que “ *o princípio do devido processo legal é fundamento do ato de comunicação, seja porque o ato de comunicação deva ter seu procedimento de realização previamente delimitado em lei, seja porque o ato de comunicação deva ser instrumento potencializador de uma decisão justa* ” (AZEVEDO, Bernardo M. V. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal*. Lumen Juris, 2008. p. 22).

2. O regime da citação por edital no processo penal brasileiro

Nos termos do art. 351 do CPP, por ser ato em que se informa ao imputado sobre a existência de um processo penal em seu desfavor, em regra, a citação deve ser realizada por mandado cumprido por oficial de justiça. Trata-se de espécie de citação real, visto que se confirma a ciência do réu pessoalmente.

Por outro lado, se o réu não for encontrado, deverá ser **citado por edital** (art. 361 do CPP), ocorrendo, então, modalidade de citação ficta, em que não se assegura o conhecimento do imputado sobre a existência do processo. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, tal hipótese deve ser subsidiária, visto que devem ser esgotadas as diligências possíveis para localização do investigado (STF, HC 85.473/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.9.2006; STF, HC 108.314/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.9.2011; STF, HC 106.840/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12.4.2011).

A partir da modificação aportada pela Lei 9.271/1996, a qual buscou maior conformidade constitucional e convencional ao CPP, definiu-se, no art. 366, que, “ *se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional* ”. Ou seja, tal suspensão ocorre somente se o réu não comparecer pessoalmente nem constituir advogado para apresentação da resposta à acusação.

Isso porque o imputado pode deixar de comparecer, mas nomear defensor técnico para exercer seus direitos. Vale citar que há doutrina no sentido de, inclusive, inexistirem as categorias da revelia e da contumácia no processo penal, quando pensado a partir de suas categorias próprias. Assevera-se que, diante do direito à não autoincriminação, o réu não pode ser reprovado pela sua inatividade em tal cenário (DELMANTO JR., Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. RT, 2004. p. 190-191).

Portanto, a sistemática atual, em respeito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo, não permite a continuidade do processo e eventual condenação de réu ausente, citado por edital por não ter sido encontrado. Trata-se de regime compatível e até imposto pelos termos constitucionais e convencionais que devem orientar o processo penal brasileiro (BADARÓ; VASCONCELLOS. Das citações e intimações. In: *Código de Processo Penal Comentado*. RT, 2020. p. 754-755).

3. Inadmissibilidade da suspensão ilimitada da prescrição em razão da citação por edital (art. 366 do CPP)

Determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP, surge problema relevante, amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência: até quando pode permanecer tal suspensão? Haveria alguma limitação à suspensão da prescrição?

Diante disso, se for aceita a suspensão indefinida da prescrição, aponta-se a ocorrência de uma hipótese de imprescritibilidade, a qual seria criada pela legislação ordinária, expandindo-se os casos assim determinados pela Constituição. Questiona-se, então: a) a suspensão do prazo prescricional em razão da citação por edital, nos termos do art. 366 do CPP, por tempo ilimitado, cria nova hipótese de imprescritibilidade, não prevista pela Constituição Federal e, portanto, inadmissível no ordenamento brasileiro?

Na doutrina, sustenta-se que o art. 366 do CPP não poderia criar nova hipótese de imprescritibilidade, ao passo que “ *não houve uma delegação da Constituição para que lei ordinária determinasse quais crimes seriam imprescritíveis (como ocorreu, noutra dimensão, em relação aos crimes hediondos), senão o claro estabelecimento de um rol* ” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Saraiva, 2018. p. 553).

Nesse sentido, como bem apontado pelo Min. Edson Fachin, relator, em seu voto, neste RE:

“(…) com exceção das hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição Federal, o legislador ordinário não pode criar outros tipos penais imprescritíveis. Isso porque, o Constituinte originário foi taxativo em excluir da regra de prescricionalidade penal – existente no ordenamento jurídico brasileiro pelo menos deste de 1890 – somente os crimes por ele listados.

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

Portanto, penso que **a hipótese de suspensão da prescrição** prevista na legislação ordinária (aqui em discussão o art. 366 do CPP) **não pode dar-se indefinidamente, sem qualquer limitação temporal, visto que isso caracterizaria violação ao texto constitucional**, que regulou taxativamente as hipóteses de imprescritibilidade penal. Ademais, a prescritibilidade como regra é também imposição do **direito ao julgamento em prazo razoável** (art. 5º, LXXVIII) e da **vedação às penas perpétuas** (art. 5º, inciso XLVII, “b”).

Respondida positivamente a primeira questão-problema, passamos à segunda: b) se inadmissível a imprescritibilidade em tal caso, qual deve ser o limite à suspensão do prazo prescricional? Ou seja, **qual seria o limite temporal à suspensão da prescrição?**

Tendo em vista que inexistente regulamentação legal sobre a questão, impõe-se a análise do ordenamento para fixação de eventual critério, enquanto perdurar a omissão legislativa.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, editou-se a Súmula 415, com a seguinte redação: “ *O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada* “. Assim, assentou-se que a suspensão do prazo prescricional em caso de citação por edital (art. 366 do CPP) deveria ser limitada pelo prazo da prescrição abstrata do delito imputado, voltando a correr após o seu decurso, visto que não se poderia aceitar hipótese de imprescritibilidade inexistente na Constituição Federal.

Trata-se de opção coerente e aplicada pelos Tribunais brasileiros desde a edição de tal súmula, em 2009. Como bem assentado pelo relator em seu voto neste RE, *deve “ haver proporcionalidade entre a pena e a prescrição, de modo que a pena seja a medida da prescrição ”*. Assim, o prazo de suspensão será determinado pelo prazo prescricional abstrato do delito imputado no caso concreto, conforme o art. 109 do Código Penal.

4. Inadmissibilidade da retomada do processo e da condenação de réu ausente

Fixadas as premissas de que a suspensão do prazo prescricional não pode ser indefinida e que, então, deverá ser a contagem retomada após o transcurso do período referente ao prazo prescricional abstrato do crime imputado, passa-se à **terceira questão-problema** : c) ao se retomar o

transcurso do prazo prescricional, deve-se também dar prosseguimento ao processo com a possibilidade de condenação de réu ausente?

Como já exposto, na CF e na CADH, assegura-se ao réu o direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação, o que se caracteriza como pressuposto para a efetividade do contraditório, da ampla defesa e da publicidade do processo.

Até 1997, o CPP brasileiro previa a possibilidade de condenação de réus ausentes, citados por edital, visto que, na redação original do art. 366, inexistia a previsão de suspensão do processo e da prescrição. Contudo, para buscar conformidade constitucional e convencional, a Lei 9.261/1997 determinou a disposição atual do referido artigo, de modo a impossibilitar a condenação de ausentes citados por edital, em razão da suspensão do processo.

Em 2008, a discussão sobre a legitimidade de condenação de réus ausentes retornou ao debate com a inserção no CPP da hipótese de citação por hora certa no art. 362, nos termos dados pela Lei 11.719 (MAYA, André M.; GIACOMOLLI, Nereu J. A citação por hora certa no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 9, n. 35, p. 121-140, 2009). Sobre tal instituto, este Tribunal já assentou a sua constitucionalidade:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (RE 635.145, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Red. do acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 1º.8.2016, DJe 13.9.2017) (grifei)

Destaca-se que este Plenário decidiu pela constitucionalidade e convencionalidade da citação por hora certa, em que não há suspensão do

processo e, assim, possibilita-se a condenação do réu ausente porque se parte da premissa de que, em tal hipótese, há má-fé e abuso do direito de defesa. Ou seja, o imputado foi encontrado e sabe da persecução penal, mas, dolosamente, adota meios arditos para se ocultar.

Contudo, o **cenário da citação por edital é completamente distinto em relação a tais premissas**. Nos termos do art. 363, §1º, CPP, o acusado será citado por edital se não for encontrado. Ou seja, aqui não há a localização do imputado nem má-fé em sua atuação. Portanto, partindo de bases diversas, o referido precedente não pode ser automaticamente aplicado, visto que a lógica da citação por hora certa é distinta da citação por edital e foi exatamente essa diferenciação que justificou a constitucionalidade do dispositivo (art. 362 do CPP).

No caso da citação por edital, se houver o prosseguimento do processo, autoriza-se a condenação de réu ausente, pois não encontrado, e em total desconhecimento da acusação contra ele formulada. Em tal hipótese, **ocorreria manifesta violação à ampla defesa e ao contraditório, assegurados constitucionalmente, e ao direito de ser informado da acusação, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos**.

Na doutrina, afirma-se que *“ é exigência do contraditório que ninguém possa ser condenado sem ser ouvido, ou, ao menos, sem que se lhe tenham oportunizado condições reais de ser ouvido (inatividade processual real) ”* (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Saraiva, 2018. p. 552). Além disso, *“ o direito de ser informado da acusação, de forma clara, precisa e compreensível, ademais de ser um desdobramento do princípio acusatório, integra o conteúdo da ampla defesa, na medida em que o autor do fato há de saber das razões da restrição que lhe está sendo imposta ou proposta, qual a motivação e espécie ”* (GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*. Atlas, 2014. p. 119).

Ademais, como bem destacado pelo eminente relator, *“ o art. 363, § 4º, do Código de Processo Penal é expresso em prever que, somente com o comparecimento do acusado citado por edital, o processo prosseguirá em seus devidos termos, dentre eles, a apresentação de resposta à acusação ”*. Além disso, *“ o art. 396, parágrafo único, do CPP, dispõe que, em caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir apenas a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído ”*.

Vale destacar que, em 2008, a Lei 11.719 almejou alterar a redação do art. 366, para suprimir a suspensão do processo e da prescrição no caso de citação por edital. Entretanto, tal modificação foi vetada pela Presidência da República, ao argumento de que “ *se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor* ”.

Por fim, em sede de direito comparado, vale destacar o regramento previsto no cenário europeu conforme a Diretiva (UE) 2016/343: “ *1. Os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou o arguido tem o direito de comparecer no próprio julgamento. 2. Os Estados-Membros podem prever que um julgamento passível de resultar numa decisão sobre a culpa ou inocência de um suspeito ou de um arguido pode realizar-se na sua ausência, desde que: a) o suspeito ou o arguido tenha atempadamente sido informado do julgamento e das consequências da não comparência; ou b) o suspeito ou o arguido, tendo sido informado do julgamento, se faça representar por um advogado mandatado, nomeado por si ou pelo Estado* ”.

Ou seja, como regra, proíbe-se o julgamento de réus ausentes que não tenham sido cientificados da acusação. Excepcionalmente, os Estados podem prever tal hipótese, mas então devem assegurar que “ *quando o suspeito ou o arguido forem informados da decisão, em especial aquando da detenção, também sejam informados da possibilidade de impugnar a decisão e do direito a um novo julgamento ou de usar outras vias de recurso* ”. Diante disso, o sistema não pode autorizar o trânsito em julgado da condenação, visto que deve ser cabível recurso que autorize novo julgamento, inclusive com possibilidade de produção provatória, o que a revisão criminal brasileira não cumpre suficientemente. Portanto, conforme o nosso regramento atual, não se pode admitir o prosseguimento do processo contra réu ausente citado por edital.

5. Dispositivo

Diante do exposto, **acompanho o relator** para negar provimento ao recurso extraordinário e para fixar a tese nos termos da sua proposta:

“Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/11/20 16:39