

DO JULGAMENTO DO RE 460.971/RS PELO STF E DA NOVA SITUAÇÃO DE IMPRESCRITIBILIDADE DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ADEQUAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO OU INVERSÃO DOS VALORES HERMENÊUTICOS?

THE JUDGMENT OF RE 460.971 / RS BY THE STF AND THE NEW SITUATION OF IMPRESCRITIBILITY OF ART. 366 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: ADEQUACY ACCORDING TO THE CONSTITUTION OR INVERSION OF HERMENEUTICAL VALUES?

*Alex Xavier Santiago da Silva **

Resumo: Analisa o julgamento do RE 460.971/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mais especificamente a interpretação dada pela referida Corte ao art. 366 do CPP, que criou novas situações de imprescritibilidade, além daquelas constantes do texto constitucional. É sabido que o instituto da prescrição é corolário da liberdade individual e do princípio da segurança jurídica das relações. Assim sendo, em sentido oposto, a imprescritibilidade deve estar adstrita às poucas hipóteses previstas em texto constitucional. Em mencionado julgamento, nota-se que o Supremo Tribunal Federal estabelece dicotomia entre “hipóteses de imprescritibilidade” e “situação de imprescritibilidade”. Clarividente que tal diferenciação serviu apenas para respaldar o viés argumentativo da Suprema Corte, que, nitidamente, optou por adotar um programa incompatível com o modelo de proteção aos direitos fundamentais consubstanciado na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Interpretação. Imprescritibilidade. Artigo 366 do CPP.

Abstract: It analyzes the judgment of RE 460.971 / RS by the Supreme Federal Court (STF), more specifically the interpretation given by the said Court to art. 366 of the CPP, which created new situations of imprescriptibility, in addition to those contained in the constitutional text. It is well known that the Institute of Prescription is a corollary of individual freedom and of the principle of legal certainty of relations. Thus, in the opposite sense, the imprescriptibility must be based on the few hypotheses provided in the constitutional

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Advogado. E-mail: alex_xsantiago@hotmail.com

text. In this judgment, it is noted that the Federal Supreme Court establishes a dichotomy between "imprescriptibility hypotheses" and "imprescriptibility situation". Clarifying that such differentiation served only to support the argumentative bias of the Supreme Court, which clearly chose to adopt a program incompatible with the model of protection of fundamental rights embodied in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Interpretation. Imprescriptibility. Article 366 of the Code of Criminal Procedure.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o julgamento do RE 460.971/RS, ocorrido perante o Supremo Tribunal Federal e que teve por objeto a discussão sobre a semântica do art.366 do Código de Processo Penal, que trata de nova situação de imprescritibilidade, além daquelas previstas expressamente pelo constituinte de 1988.

O debate é amplo, todavia, por meio de alguns conceitos oriundos da hermenêutica constitucional, é possível tecer uma análise crítica acerca deste julgamento e de seus fundamentos. Neste sentido, pretende-se com este artigo refletir, com auxílio de instrumentos hermenêuticos, se a solução mais harmoniosa ao sistema de normas e valores apregoados pela Constituição foi efetivamente aplicada neste caso concreto.

A fim de proporcionar a melhor compreensão deste trabalho, impende destacar a sua divisão conteudística. Assim, cumpre salientar que este artigo está subdividido em quatro tópicos. O primeiro trata da diferença doutrinária entre os institutos da prescrição e da imprescritibilidade. O segundo aborda a decisão do RE 460.971/RS pelo STF que criou uma nova situação de imprescritibilidade. Já o tópico três faz uma análise crítica da referida decisão à luz da nova hermenêutica constitucional. Por último, no quarto tópico, verifica-se a possibilidade de interpretação do art. 366 do CPP conforme à Constituição.

No que toca à metodologia empregada, importa dizer que o trabalho irá se amparar em um estudo descritivo-analítico sobre o tema em comento. Quanto ao tipo de pesquisa, esta será bibliográfica, mediante consulta a livros, a legislação, a jurisprudência e a publicações

especializadas disponibilizadas na internet. Quanto à abordagem dos resultados, diz-se que a pesquisa é qualitativa, pois buscará fundamentos na ordem jurídica constitucional para sustentar os argumentos defendidos. Por último, diz-se que a pesquisa será descritiva e exploratória, vez que buscará descrever, expor, explicar, sopesar o tema, bem como objetivará aperfeiçoar e amadurecer as ideias objeto deste trabalho.

2 PRESCRIÇÃO X IMPRESCRITIBILIDADE

A prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado derivado do transcurso do tempo, sendo matéria de ordem pública, pode ser arguida de ofício a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Em essência, o vocábulo “*prescrição*” se opõe à ideia de se eternizar algo ou alguma coisa, ou seja, tem-se como noção básica a de limitar a resposta do Estado tendo como destinatário aquele indivíduo que comete um delito. Este conceito, não apenas no direito brasileiro, tem por condão trazer liame de segurança jurídica, de modo a quebrar uma instabilidade constante do infrator para com o Estado sancionador. A prescritibilidade é regra geral, comportando algumas exceções que serão analisadas em momento oportuno deste estudo.

O conceito de prescrição penal deve ser analisado inicialmente sob a ótica do precursor da ciência criminal moderna, Cesare Beccaria¹. Segundo sua doutrina, a prescrição deve ser proporcional à gravidade do delito: “Os crimes cruéis que permanecem longo tempo na lembrança dos homens, assim que provados, não merecem prescrição alguma em favor do réu, que se livra pela fuga”

Aníbal Bruno ² assim assevera quanto ao passar do tempo e suas conseqüências:

Apagam-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens, escasseiam e se tornam incertas as provas materiais e os testemunhos, e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito.

Por fim, firma-se um conceito atual do que vem a ser a prescrição criminal. Segundo Christiano José de Andrade ³:

Do Julgamento do RE 460.971/RS pelo STF e da Nova Situação de Imprescritibilidade do art. 366 do Código de Processo Penal: Adequação Conforme a Constituição ou Inversão dos Valores Hermenêuticos?

A meu ver, a causa principal e primária da prescrição é o tempo, aliado à inércia do Estado, que, através de seus órgãos competentes, não exercitou a pretensão punitiva, ou deixou de executar a pena em tempo oportuno. Já disse escorreitamente Basileu Garcia que a prescrição é uma questão de tempo. A quantidade de tempo decorrido após o cometimento do delito, ou após a sentença condenatória não executada, é que gera a dispersão ou dificuldade das provas, a obliteração (esquecimento) dos fatos, a falta de exemplaridade da execução da pena, a perda de interesse no castigo ou a inutilidade social da pena, a desnecessidade de defesa social, o arrefecimento do clamor público contra o delito e o delinquente, os perigos de erros e injustiças, a dificuldade de defesa do réu, a consolidação dos fatos, e, às vezes, a emenda e transformação psíquica do criminoso. E tais efeitos, que derivam do tempo, atuando, por sua vez, como causas secundárias, é que levam o Estado a abdicar e renunciar ao *jus puniendi*.

Assim, adotando-se o sentido jurídico, mais especificamente no campo penal, o *passar do tempo* tem a conotação de conveniência política de não insistir a persecução penal contra o criminoso ou da não execução da sanção dantes cominada em face do intervalo temporal decorrido determinado de forma caprichosa por determinada norma jurídica.

Com o instituto da prescrição não há a eterna possibilidade de o Estado impor seu *jus puniendi* (pretensão punitiva), além do que o *jus punitiois* (pretensão executória), ou seja, direito de executar a pena pós-condenação, está limitado a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição violada pelo sujeito.

Dentre os mais variados moldes de ordenamento jurídico que tratam deste conceito, é comum perceber-se a subdivisão do conceito de prescrição em duas espécies básicas: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Tendo como base a pena "in abstrato" ou a pena "in concreto". A pena "in abstrato" é aquela prevista no preceito secundário dos tipos penais mediante determinação de marcos mínimos e máximos. Já a pena "in concreto" diz respeito àquela efetivamente aplicada a um condenado num caso específico.

Haverá "prescrição da pretensão punitiva" em se tratando de prescrição baseada na pena "in abstrato", e "prescrição da pretensão executória", quando se refere à prescrição da pena "in concreto". Portanto, há duas espécies principais de prescrição:

A Prescrição da Pretensão Punitiva, que é contada a partir do limite máximo de pena comportada pelo cometimento de determinado crime. Tem-se, no Brasil, a base para análise desta espécie de prescrição, no artigo 109 do Código Penal Brasileiro. A sua contagem prática dá-se

antes de haver trânsito em julgado da sentença condenatória, e ocorre quando se alcança o lapso de prescrição previsto no artigo supracitado, associado à pena máxima prevista no tipo criminal, em tese, atribuído ao réu. Esta espécie de prescrição pertine ao espaço de tempo que o Estado possui para proceder à apuração criminal de cada delito, reforçando, pois, a necessidade de aplicação célere e efetiva da Lei Penal, sob pena de perda do direito de punir.

Para Damásio E. de Jesus ⁴ a prescrição da pretensão punitiva é:

[...] a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo.

Há, também, a prescrição da Pretensão Executória, que tem sua contagem determinada a partir da pena cominada ao réu pelo juiz, em sentença transitada em julgado. A referência é a pena aplicada concretamente ao condenado. O marco inicial de contagem, torna-se, pois no trânsito em julgado, e à ela se aplica a mesma necessidade de cotejo entre a pena efetivamente atribuída e sua correspondência de lapso prescricional prevista, no caso brasileiro, no art. 109 do CPB. Esta espécie de prescrição, ao contrário da anteriormente delineada, não trata do lapso temporal oferecido ao Estado para que apure a responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, determina o tempo preciso que o Estado tem para dar cumprimento efetivo à pena concreta atribuída ao condenado.

Cezar Roberto Bittencourt ⁵ assim define a prescrição da pretensão executória:

[...] A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O seu prazo é determinado pela pena imposta na sentença condenatória. O reconhecimento da prescrição da pretensão executória impede que o estado execute a pena ou medida de segurança imposta, subsistindo os efeitos da condenação, como custas, reincidência etc. Sendo que a mesma pode ser executada no juízo cível com o intuito de reparar os danos causados pelo ato lesivo.

Aduz o artigo 107, IV, do Código Penal que a punibilidade será extinta pela prescrição, decadência ou perempção.

No atual Código Penal, legislação de 1940, a prescrição é tratada de duas maneiras possíveis: a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença penal (art.109) e prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória (art.110). Tem-se, neste instante, as teorias atuais quanto à prescrição do crime que seriam aferidas pela pena *in abstracto*, segundo os ditames do art. 109 e *in concreto*, em consonância com o que fora estatuído no parágrafo único do art. 110 do Código Repressivo Pátrio.

A legislação de 1940 dispunha sobre o termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final (art. 111, caput, e letras a até d); o termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível (art. 112, caput, e letras a e b); prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional (art. 113); prescrição no caso de multa (art. 114); redução dos prazos da prescrição (art. 115); causas impeditivas da prescrição (art. 116, caput, incisos I e II e, ainda, parágrafo único); causas interruptivas da prescrição (art. 117, caput, incisos I a VI e §§ 1.o e 2.o) e, finalmente, absorção das penas mais leves (art. 118).

Todavia, é importante ressaltar, sem maiores aprofundamentos, as quatro diversas maneiras em que as duas espécies de prescrição conhecidas no ordenamento jurídico brasileiro podem se manifestar: *a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita* (art. 109, CP); *a prescrição subsequente, superveniente ou intertemporal à sentença condenatória* (art. 110, §1º c/c art. 109, CP), antes do trânsito em julgado da sentença final; *a prescrição retroativa* (art. 110, §§1º e 2º c/c art. 109, CP); e *a prescrição da pretensão executória* (art. 110, caput, CP), que ocorre após o trânsito em julgado da sentença final condenatória.

2.1 A IMPRESCRITIBILIDADE

A imprescritibilidade reporta-se à ideia de indefinição, de perpetração ao longo do tempo sem uma possibilidade de chegar a termo.

Após as noções definidas quanto à prescrição e à importância deste instituto para a solidificação do ordenamento jurídico pátrio, passa-se ao estudo do fenômeno reverso à

prescrição. Marcel Figueiredo Ramos⁶ utiliza-se de conto da mitologia grega para trazer à colação a noção do que seja algo ligado ao conceito de eternidade e insegurança:

[...] tomando um exemplo da mitologia grega é possível fazermos essas comparações. Retrata-se na história mitológica da Grécia que existiu um herói chamado Prometeu, este é tão famoso e importante quanto o poderoso Aquiles, Hércules dentre outros, pois foi ele quem roubou dos deuses o conhecimento para uso do fogo e o deu de presente para os homens. Contudo, Zeus ficou transtornado com o acontecimento e como medida retributiva acorrentou Prometeu nas montanhas dos Cáucos, onde todas as noites uma Águia vinha e se alimentava do seu fígado, que era regenerado durante a madrugada para servir de alimento para a grande Águia no dia seguinte.

A ideia de não estabelecer lapso temporal no qual o Estado terá que impor sua pretensão punitiva ou então executar a pena cominada ao indivíduo traz consigo insegurança jurídica e instabilidade às relações entre estado e particular. Sendo assim, a noção de imprescritibilidade é evitada não apenas no ordenamento jurídico pátrio, como também no direito estrangeiro.

O legislador é extremamente firme ao estatuir a prescrição como a regra geral de aplicação de sanção, e, além disso, cuida de firmar cautelosamente os casos nos quais não há prescrição. Este fenômeno ocorre apenas em referência aos delitos nos quais a lei prevê um dano mais brutal através do cometimento do crime imprescritível em específico, de modo a diferenciá-lo de toda e qualquer outra espécie de infração penal, sujeitas ao lapso prescricional.

Cesare Beccaria diferencia a situação de um crime prescritível para o excepcional imprescritível, justificando-se através da especificidade do cometimento de delito que é menos comum e mais considerável, merecendo, pois, tratamento jurídico diferenciado, inclusive a respeito do prazo prescricional.

Nos grandes crimes, para o mestre supramencionado, pela razão mesma de que são mais raros, deve diminuir-se a duração da instrução e do processo, porque a inocência do acusado é mais provável do que o crime. Deveria, porém, prolongar o tempo da prescrição.

Assim, sendo acelerado o *decisum* final, estar-se-ia demovendo dos infratores a esperança de uma impunidade tanto mais perigosa quanto maiores são os crimes.

Já para os crimes de menor impacto e de maior frequência seria preciso prolongar o tempo dos processos, porque a inocência do acusado é menos provável, e diminuir o tempo fixado para a prescrição, porque a impunidade é menos perigosa.

Nos termos da Constituição Federal, como exceção, não se propõe o instituto da prescrição aos crimes de racismo (art. 5º, XLII; Lei n. 7.716, de 5-1-1989, com alterações da Lei n. 9.459, de 15-5-1997) e aos referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). De modo que o decurso do tempo não extingue a prescrição em qualquer de suas formas.

Estes crimes intentam, em tese, contra fundamentos da República Federativa do Brasil, pela inteligência do artigo primeiro e incisos da CF/88. O crime de racismo representaria um malferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e o crime de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, representa um prejuízo à noção de soberania nacional, também estatuída dentre os fundamentos constitucionais.

Fernando Capez ⁷, por seu turno, realça o caráter de excepcionalidade da imprescritibilidade, ressaltando, em seu ensinamento, a essência básica da imutabilidade daquilo que a Constituição estabelece como imprescritível:

A constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não correrá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea [...]

Por fim, para Raúl Eugênio Zaffaroni, defensor ferrenho do princípio da proporcionalidade das sanções, não existe motivo que justifique a possibilidade da imprescritibilidade. Para o penalista argentino, nem o mais hediondo crime, visto com asco pelo consenso jurídico e social, nem o mais grave merece ter a imprescritibilidade como pena.

É fato que, apesar das considerações tecidas pelo criminalista, a imprescritibilidade é concreta não só no direito pátrio, como no ordenamento jurídico supranacional.

3 O STF E O RE 460.971/RS: UMA NOVA POSSIBILIDADE DE "SITUAÇÃO DE

IMPRESCRITIBILIDADE"?

O Supremo Tribunal Federal já decidiu por uma nova “situação de imprescritibilidade”, além das “hipóteses” legais listadas em texto constitucional. Observe-se o seguinte julgado acerca do disposto no art. 366 do Código de Processo Penal da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence:

A Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do tribunal de justiça local que mantivera decisão que, ao declarar a revelia do ora recorrido (CPP, art. 366), suspendera o curso do processo, mas limitara a suspensão do prazo prescricional ao da prescrição em abstrato do fato delituoso. Inicialmente, afastou-se a alegação de ofensa ao art. 97 da CF, no sentido de que a interpretação dada pela Corte *a quo* ao citado art. 366 do CPP consubstanciava-se em uma espécie de controle de constitucionalidade. Asseverou-se, no ponto, que no controle difuso, a 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 prevista naquele dispositivo constitucional. *No tocante à suspensão da prescrição, entendeu-se que a Constituição não veda que seu prazo seja indeterminado, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu-se que a Constituição se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII e XLIV), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos.* Por fim, considerou-se inadmissível sujeitar-se o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, visto que, do contrário, o que se teria seria uma causa de interrupção e não de suspensão. RE provido para determinar a suspensão da prescrição por prazo indeterminado. Precedente citado: Ext 1042/Governo de Portugal (j. em 19.12.2006)". (STF. 1ª Turma. RE 460.971/RS. Min. Sepúlveda Pertence, sessão de 13.2.2007.) (Grifou-se)

Assim sendo, a Corte Magna Constitucionalista não vislumbra a inconstitucionalidade de um dispositivo legal que prevê uma suspensão do prazo prescricional sem uma limitação temporal.

Mesmo porque não o interpretou como caso de imprescritibilidade, mas, sim, como caso de suspensão prescricional indeterminada, condicionada a evento futuro. Segundo este *decisum*, há falta de vedação expressa constitucional para a criação de novos casos de imprescritibilidade.

Neste caso pontual, que é útil a concatenação final do raciocínio jurídico intentado, o artigo 366 do Código de Processo Penal estabelece que, se o acusado, citado por edital, não

comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, meio de implementação da imprescritibilidade, 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.

Em relação a este caso jurisprudencial pontual, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal cria, por meio de decisão própria, uma nova situação de imprescritibilidade alheia àqueles casos pontuados pela Constituição Federal (Art. 5º, XLII e XLIV).

Ainda diante deste quadro, importa ressaltar a relevância didática em diferenciar as “hipóteses de imprescritibilidade” (previstas pontualmente na Constituição Federal) da “situação de imprescritibilidade” (como a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 366 do Código de Processo Penal.)

A “hipótese de imprescritibilidade” reporta-se aos crimes pontuais e específicos estabelecidos pela carta constitucional como não sujeitos à prescrição em qualquer circunstância.

Por sua vez, a “situação de imprescritibilidade” não é aplicável a um determinado delito, como o fez o constituinte quando julgou necessário, mas, sim, reporta-se a um momento processual que faz incidir, enquanto perdure uma determinada condição imposta (*in casu*, a inércia de comparecimento do acusado em juízo, pessoalmente ou por advogado, mesmo após ter sido citado por edital).

Ocorre que é justamente a generalidade do âmbito normativo do art. 366, do Código de Processo Penal, aplicando esta “situação de imprescritibilidade” a todos os crimes de maneira indistinta, que gera nítido desconforto interpretativo, quando existe comprometimento hermenêutico com o princípio da “interpretação conforme a Constituição” ou ainda, com o princípio da proporcionalidade em matéria penal. Inclusive, de tão relevante e controverso foi o retromencionado julgamento, o STF já reconheceu repercussão geral no RE 600.851/DF, de relatoria da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, que trata da mesma questão de aplicabilidade da prescrição indeterminada do art.366/CPP.

Trata-se, mais especificamente, do Recurso Extraordinário de nº 600.851 do Distrito Federal, de julgamento datado de 14 de junho de 2011, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, insurgindo-se contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do

Distrito Federal, que reconheceu a extinção de punibilidade pelo decurso do lapso prescricional, contra acusado, porquanto tendo tomado como limitador da suspensão do prazo prescricional previsto no art.366 do Código de Processo Penal, o interregno previsto no art.109 do Código Penal (prescrição “in abstracto”). Decisão recorrida que se assemelha em fundamentos à decisão recorrida no RE 460.971/RS, anteriormente analisado.

Sob o mesmo argumento de violação à interpretação dada ao art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal, o Ministério Público interpôs o recurso extremo.

In casu, no julgamento de repercussão geral, entendeu o Supremo Tribunal Federal¹, reconhecer a repercussão geral da matéria, sob o fundamento de que, em que pese a Corte Constitucional já possuir julgados precedentes (Ext. 1.042/RP e RE 460.971/RS)², a matéria merece receber análise sob repercussão geral, porquanto a interpretação a ser dada aos dispositivos constitucionais mencionados será fundamental para saber se os processos que se encontram suspensos pelo não comparecimento do réu citado por edital, deverão permanecer com prazo prescricional indeterminadamente suspensos, ou se esta suspensão terá como lapso temporal, o determinado pelo art.109, do Código Penal, referente ao prazo prescricional em abstrato.

O acórdão assim seguiu ementado:

Constitucional. Processual penal. Réu citado por edital. Revelia. Suspensão do processo e do prazo prescricional nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal. Controvérsia sobre a existência de limitação temporal. Art. 5º XLII e XLIV da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida.

A rediscussão da matéria, no âmbito da Corte Constitucional certamente irá implicar em uma repaginação dos argumentos expendidos para fundamentar os precedentes deste mesmo Tribunal.

O fundamento jurídico dado ao RE 460.971/RS poderá ser repensado sobre a hipótese finalística e prática da aplicação da situação prevista no art.366 do Código de Processo Penal que a rigor, conforme a lavra do Min. Sepúlveda Pertence, apesar de não constituir “hipótese” estática de imprescritibilidade (Art.5º, XLII e XLIV/CF), constitui-se claramente como “situação” de imprescritibilidade, que reproduz na dimensão fática os mesmos efeitos

Do Julgamento do RE 460.971/RS pelo STF e da Nova Situação de Imprescritibilidade do art. 366 do Código de Processo Penal: Adequação Conforme a Constituição ou Inversão dos Valores Hermenêuticos?

jurídicos das restritas hipóteses constitucionais, representando, pois, limitações veementes a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Ainda sob o viés garantista, essencial de nossa carta constitucional, não é admissível que se permita que, pela mera ausência de proibição explícita, permita-se que legislação ordinária superveniente, possa alterar regras de incidência de prazos prescricionais, de modo a afetar diretamente o direito à liberdade do acusado e o direito à segurança das relações jurídicas.

Em escala interpretativa sistemática da aplicação do art.366/CPP à luz das normas constitucionais, os argumentos instruidores da decisão que julgou procedente o RE 460.971/RS merecem a devida reflexão, o que se tornará viável a partir do reconhecimento de repercussão geral do RE 600.851/DF.

4 3 O ART. 366 DO CPP - A MUDANÇA DE EIXO INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL

A emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 460.971/RS, abriu um novo precedente argumentativo que pode inverter a lógica interpretativa já previamente estabelecida pela Constituição Federal (no plano da Nova Hermenêutica Constitucional) e, ainda, inobservar o princípio da proporcionalidade, especialmente caro em se tratando de matéria penal e/ou processual penal.

A possibilidade de inversão de lógica interpretativa da norma infraconstitucional ante o Texto Magno está no fato de que, mesmo em se tratando de “situação de imprescritibilidade”, conforme anteriormente destacado, a interpretação dada ao art.366/CPP não se coaduna com o “princípio da interpretação conforme a constituição”, preceito este, várias vezes considerado, pela própria Corte Constitucional brasileira, relevante argumento em várias de suas decisões.

É que, segundo este princípio, na lição de Luis Roberto Barroso ⁸, as normas infraconstitucionais (*in casu*, o art. 366 do Código de Processo Penal) devem ter o seu conteúdo normativo e semântico analisado a partir de uma coerência de significado com os conceitos preestabelecidos na Constituição Federal.

Ocorre que, a partir deste entendimento, além de inovar em termos de possibilidade de imprescritibilidade, o que *per se*, já se torna atentatório ao direito fundamental à liberdade, insculpido no art.5º, caput, da CF/88 (tomando-se o lapso prescricional como uma garantia deste direito ao acusado), há uma aplicação irrestrita e indistinta a todos os crimes aos quais se aplicam o rito do Código de Processo Penal, uma possibilidade de imprescritibilidade, o que, conforme repisa-se, inverteria a lógica proposta pelo constituinte de 1988, em tornar da prescrição a regra, e da imprescritibilidade uma exceção (art. 5º, XLII e art. XLIV, da Constituição Federal de 1988).

Tem-se por clarividente que ao firmar entendimento naquele sentido, o Supremo Tribunal Federal, acabou por interpretar a aplicação do art.366 do Código de Processo Penal em distanciamento ao que prioriza a Constituição Cidadã de 1988: a prioridade pela preservação dos direitos e garantias fundamentais. Pela inadequação entre a semântica dada à norma e os princípios previstos na *Lex Fundamentalis*, observa-se, pois, o malferimento ao princípio da interpretação conforme a Constituição. Neste sentido, Bandeira De Mello ⁹ assevera a gravidade da violação principiológica:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Houve, nesta construção jurisprudencial, ainda, a inobservância de outro princípio basilar, tanto em matéria constitucional, como em matéria estritamente penal: o princípio da proporcionalidade interpretativa.

O princípio da proporcionalidade, cientificamente sistematizado pelo jurista alemão Robert Alexy, vislumbra a aplicação deste primado através da percepção por parte do operador do direito de três elementares básicas a este princípio: “adequação”; “necessidade” e “proporcionalidade *strito sensu*”. A lógica interpretativa do princípio da proporcionalidade se consolida pela valoração razoável de determinadas normas infraconstitucionais, diante de sua necessidade, do fim que se propõe a cumprir e de sua razoabilidade para o caso concreto.

Todavia, é nítido que o entendimento sobre a nova “situação de imprescritibilidade” aplicada a todas as espécies criminais sujeitas ao Código de Processo Penal, indistintamente, colide com o princípio da proporcionalidade interpretativa em matéria penal.

A generalidade normativa do art.366 do Código de Processo Penal, endossada pela interpretação dada no julgamento do RE nº 460.971/RS pelo STF, gera situações incongruentes, já que, ao não tecer qualquer distinção de aplicação da “situação de imprescritibilidade” entre delitos de maior ou menor potencial lesivo, um crime com pena máxima de poucos meses, poderá ter sua imprescritibilidade aferida na prática de maneira *ad eternum*, o que seria visivelmente desproporcional.

A generalidade de aplicação proposta pelo STF torna igualmente indefinido o prazo de suspensão do processo entre um crime tenha, por exemplo, pena máxima de 6 meses, como o crime de dano simples (art.163, CP) a outro de pena máxima de 30 anos, como o crime de homicídio qualificado.

Tal equiparação é desproporcional. O tratamento igual dado a crimes com potenciais lesivos tão distintos, não apenas viola o princípio da proporcionalidade interpretativa em matéria penal, como também importa em interpretação de lei infraconstitucional em divergência ao claro conteúdo e limitação proposta pelas normas constitucionais, em nome da garantia do princípio da liberdade e da segurança jurídica.

5 REFLEXÕES HERMENÊUTICAS: O EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CASO CONCRETO, COMO ALTERNATIVA À APLICAÇÃO DA MELHOR HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Diante deste quadro incongruente, ao que parece, a Corte Constitucional findou por criar, através do RE nº 460.971/RS, um perigoso precedente genérico de aplicação indeterminada de uma “situação de imprescritibilidade”, dissociada da análise sistemática de princípios, direitos e garantias fundamentais defendidas pela Constituição Federal de 1988, a saber o direito à liberdade e o princípio da segurança jurídica.

Além do que, no plano formal, ao fazer o referido juízo hermenêutico do art. 366 do Código de Processo Penal aplicável a qualquer espécie criminal independentemente de sua pena *in abstracto* ou *in concreto*, desconsiderou o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante desta análise crítica, tem-se que o julgamento, *in casu*, certamente deixou de pautar-se através de uma das diretrizes basilares do pensamento hermenêutica atual: o princípio da interpretação conforme a Constituição, cujo grande defensor e aplicador deveria ser exatamente a Corte Constitucional brasileira: o Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, Kelsen¹⁰ relembra a fundamentalidade da decisão interpretativa no Direito pelo seu aplicador, porquanto através de sua aplicação ele recria o próprio direito, ainda neste azo, este autor relembra a importância do resguardo, no exercício da interpretação, do princípio da segurança das relações jurídicas, em um Estado de Direito. Esta ressalva é lançada, partindo-se da advertência que Kelsen faz sobre a chamada “margem de escolha do intérprete”, diante do processo de interpretação e aplicação do Direito que são quase que concomitantes.

É que, sem orientar-se pelos princípios da segurança jurídica das relações no exercício da hermenêutica normativa, esta margem de escolha implica, por vezes, em um processo de *decisionismo discricionário* do aplicador de tais dispositivos, refutado pela base principiológica da hermenêutica constitucional que apoia suas possibilidades produtivas sobre critérios razoáveis e fundamentados, que emerge da própria produção interpretativa do caso *in concreto*.

É o que se vê essencialmente na presente questão: uma opção interpretativa, seguindo ou não a diretriz constitucional, a depender da escolha do intérprete pode recriar uma interpretação constitucional ou inconstitucional.

Este princípio, de acordo com Silva, tem sua raiz fundante alicerçada no princípio da Supremacia da Constituição, partindo da premissa, pois, de que todo o ordenamento jurídico de um país retirar sua validade a partir do texto constitucional.¹¹

Sua aplicação encontra guarida no instante em que se tem por objeto de interpretação, uma determinada norma, no caso, infraconstitucional (art. 366/CPP), e quando de sua leitura percebem-se variáveis interpretativas, sejam vocabulares ou sejam de conteúdo interpretativo. A problemática de fixar seu real sentido, a fim de ser aplicada no caso concreto,

torna-se equalizada, no instante em que se opta pelo retromencionado princípio e, trazendo-o à práxis, opta-se pela interpretação que seja, dentre as possíveis, a mais coerente com a expressão valorativa das normas constitucionais.¹²

Conforme bem ressaltado por Bonavides,¹³ o princípio da Interpretação Conforme a Constituição não se propõe a servir para interpretação de próprias normas constitucionais, mas, sim, para interpretar normas infraconstitucionais, conforme a intenção da Constituição.

Neste sentido, a aplicação da teoria hermenêutica acrescenta propostas conceituais importantes que explicam solução, no presente caso concreto, partindo-se, primeiramente, da ideia distintiva estabelecida por Humberto Ávila em relação à “norma” e ao “texto de norma”, em meio ao debate doutrinário quanto à diferença entre regras e princípios.¹⁴

Para este autor, esta distinção, que é intensamente aceita no meio doutrinário, parte da premissa que texto e norma não podem ser confundidos, uma vez que o “texto da norma” possui um mero enunciado linguístico, gramaticalmente esgotável, enquanto que a norma (em seu conteúdo essencial) pode ser muito mais complexa do que o “texto da norma”, uma vez que surgirá como produto da interpretação deste enunciado, o que, em se tratando do campo interpretativo, pode apresentar complexo número de variáveis.

O conceito trazido por Ávila a este estudo é corroborado pelo conceito de *programa da norma* (em alemão, *normprogramm*) nascido da teoria estruturante do direito de Friedrich Muller.¹⁵ Esta teoria propugna que a norma jurídica, bem como seu horizonte eficaz é produzido, no ato de interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

A norma jurídica e seu significado são criados em face da situação fática, diante de uma atividade interpretativa, coincidindo com o mesmo entendimento do conceito de *norma* estabelecido em Humberto Ávila.

Estas premissas conceituais hermenêuticas lançadas apresentam-se como possibilidades demonstrativas da incongruência de um exercício de interpretação e aplicação do direito de maneira generalizada, indistinta e sem a delimitação de um campo concreto de incidência coerente e determinado.

É que conforme os conceitos de *norma*, em Humberto Ávila e de *programa da norma*, em Friedrich Muller, a produção do caráter substancial e valorativo de uma estrutura normativa dá-se no instante em que, efetivamente, aplica-se a norma ao caso concreto.

Conforme a interpretação indistinta e indeterminada do art.366/CPP no bojo do julgamento do RE 460.971/RS inexistente precisão interpretativa satisfativa na ótica destes doutrinadores, porquanto inexistente campo de incidência determinado para que a norma possa, no ato interpretativo, produzir-se diante das circunstâncias e proporções concretas.

6 CONCLUSÃO

Aplicar de maneira indiscriminada o texto da norma do art.366/CPP, sem estabelecer lapso de suspensão do prazo prescricional e sem ponderar diferentes possibilidades de incidência a depender da espécie criminal e do prazo prescricional in abstracto de cada tipo, apresenta-se como meio incongruente de produzir norma e programa de norma, porquanto a generalidade de aplicação impede uma produção normativa voltada a um campo fático determinado.

Diante da aplicação imprecisa do teor do texto da norma, nasce um exercício interpretativo desproporcional que desconsidera o instituto da prescrição como corolário da liberdade individual do cidadão e do princípio da segurança jurídica das relações, e por isto restringiria a aplicação da imprescritibilidade às poucas hipóteses previstas em texto constitucional, bem como que se olvida dos limites estabelecidos pelo programa normativo do dispositivo mencionado, o que implica necessariamente em exercício hermenêutico não razoável.

Após a breve remissão conceitual acerca da Teoria Hermenêutica, a conclusão a que se chega é que a Corte Suprema, em julgamento do RE nº 460.971/RS, teve, no exercício de interpretação, que é *per se* um exercício de consolidação normativa¹⁶, a oportunidade de recriar o direito infraconstitucional, dando-lhe contornos mais próximos do que preconizam as normas e os valores constitucionais, através do princípio hermenêutico da Interpretação da Norma Conforme a Constituição.

Todavia, a decisão pela aplicação do art.366/CPP, no bojo do mesmo julgamento, que admite uma “não-prevista”; “genérica”; “indeterminada” e “indiscriminada” situação de

imprescritibilidade, não admitida expressamente pela Constituição Federal, representou a escolha interpretativa menos associada a expressão semântica das normas constitucionais, como por exemplo a norma que assegura o direito à liberdade, e que tem como corolários lógicos, a imprescritibilidade taxativa e a segurança jurídica.

Por fim, ainda que sob o viés crítico utilizado para a análise da presente decisão judicial, tem-se por relevante entender a importância que a opção pelo exercício dos princípios de hermenêutica constitucional podem possuir no instante da aplicação do direito¹⁷. A luta pela construção do direito constitucionalizado e garantista, característico do Estado Democrático, passa inevitavelmente pela conscientização do intérprete de que é de suas opções hermenêuticas que irão nascer as normas realmente consolidadas e aplicáveis. Ao legislador cabe dar à norma a forma jurídica. Ao intérprete cabe dar-lhe a vida jurídica.

Notas

- ¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ² BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo III.
- ³ ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ⁶ Do artigo “*Da imprescritibilidade dos crimes do tribunal penal internacional – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro*”. Disponível em: <www.webartigos.com.br>. Acesso em: 25 maio 2013.
- ⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ⁸ “1) Trata-se de escolha de uma interpretação de norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara legítima determinada leitura da norma legal”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- ¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 279.
- ¹¹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. São Paulo: Lumen Juris, 2001, p. 41.
- ¹² SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Interpretação conforme a Constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/133>>. Acesso em: 1 jun. 2013.
- ¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ¹⁴ Este autor cita diretamente em artigo científico: “não há identificação entre norma e texto”. ÁVILA, Humberto Bergmann, *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 171, 1999: “A distinção entre princípios e regras”.
- ¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.
- ¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vozes: Fortaleza 1999. p. 489.
- ¹⁷ Neste caso, especificamente no que tange ao princípio da Interpretação Conforme à Constituição.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 151-179, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo III.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Fortaleza: Vozes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. 13 .ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RAMOS, Marcel Figueiredo. Da imprescritibilidade dos crimes do Tribunal Penal Internacional - Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Âmbito Jurídico*, IX, n. 36, jan 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1607>. Acesso em: 25 set. 2016.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Interpretação conforme a Constituição. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/133>>. Acesso em: 1 set. 2016.

Recebido: 16-11-2016

Aprovado: 12-4-2017

Alex Xavier Santiago da Silva