

## Revelia e prescrição penal

DAMÁSIO E. DE JESUS\*

A Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, deu nova redação ao art. 366 do CPP, determinando o *caput*: “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” (do CPP).

O tema da revelia e prescrição vem despertando grande interesse, havendo controvérsia a respeito da retroatividade ou aplicação imediata da lei nova no tocante aos processos em curso por crimes cometidos antes de 17 de junho de 1996, data em que entrou em vigor.

A norma do art. 366, *caput*, do CPP, na parte em que determina a suspensão do processo, tem natureza processual penal, uma vez que disciplina o “desenvolvimento do processo” (Manzini, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, I:68 e 69). Quando, entretanto, prevê a suspensão do prazo prescricional, é de Direito Penal material. Daí derivam indagações sobre a sua incidência sobre as ações penais em andamento com réus revéis citados por edital que cometeram infrações penais na vigência da legislação anterior.

Há três orientações:

1<sup>a</sup> - a lei nova retroage por inteiro, nas partes penal e processual penal. De modo que, nas ações em curso com réu revel citado por edital, deve o Juiz sobrestar o andamento do processo, ficando também suspenso o prazo prescricional;

2<sup>a</sup> - a lei nova, na parte processual penal, é de aplicação imediata (art. 2º do CPP); o preceito penal, entretanto, não tem efeito retroativo (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único). Para essa corrente, o Juiz deve declarar suspenso o processo; o prazo da prescrição punitiva, contudo, tem curso normal. Suspende-se o processo, mas não a prescrição;

3<sup>a</sup> - a Lei nº 9.271/96 é irretroativa por inteiro, não tendo aplicação aos processos em curso de réus revéis citados por edital que praticaram infrações penais antes de 17 de junho de 1996.

Nossa posição: a terceira.

A primeira orientação, que entende retroativa a lei nova nas partes de natureza penal e processual penal, não pode ser aceita, uma vez que não observa o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa. A suspensão do prazo prescricional em face do sobrestamento da ação penal, que prejudica o réu e favorece a acusação, era desconhecida em nossa legislação. Logo, o atual art. 366, *caput*, nesse ponto é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (*novatio legis in pejus*). Deve ser, por isso, irretroativo, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da lei nova, nos termos do arts. 5º, XL da CF e 2º, parágrafo único do Código Penal (no mesmo sentido: **Alberto Silva Franco**, “Suspensão do processo e suspensão da prescrição”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, junho de 1996, 42:2). Não se pode, diante disso, conferir às duas formas de suspensão, a do processo e a da prescrição, praticamente o mesmo efeito, imprimindo à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal e efeito retroativo na parte em que impõe a suspensão da prescrição.

A segunda posição não nos parece correta. Ela cinde o dispositivo: a parte processual penal tem efeito aplicativo imediato; a penal, por ser mais severa que a anterior, é irretroativa. O processo em curso fica suspenso; a prescrição da punição punitiva, porém, segue seu curso normal. Paralisa-se a ação penal, mas não o prazo prescricional.

Creemos que a lei nova não tem aplicação imediata e nem é retroativa. Praticada infração penal a partir da vigência da Lei nº 9.271/96 (17 de junho de 1996), se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ser-lhe-á decretada a revelia, ficando suspensos o processo e a prescrição da pretensão punitiva. As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas (no mesmo sentido: **André Vinícius de Almeida**, “Questões polêmicas da Lei nº 9.271/96”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., 42:6).

Constitui princípio hoje mundialmente reconhecido que o réu tem direito à informação a respeito da acusação, seus motivos e conteúdo. Atualmente, países como a Alemanha, Noruega, Suíça, Inglaterra, Áustria, Holanda, Canadá, Uruguai, Argentina e Chile, dentre outros, não admitem o prosseguimento da ação penal contra o réu revel citado por edital. Se, conhecendo a acusação, o infrator não se defende, deixando o processo correr à revelia, a ação penal pode ter prosseguimento até final condenação. Se, entretanto, não é encontrado, não podendo, por isso, tomar ciência da acusação, o processo não tem curso, aguardando-se o seu comparecimento (**Ada Pellegrini Grinover**, “A reforma do Código de Processo Penal”, “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, nº 10, p. 61, nº 14).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU e em vigor desde 23 de março de 1976, em seu art. 14, nº 3, alínea “a”, prevê que qualquer pessoa acusada de uma infração penal tem direito a ser prontamente informada, em língua conhecida e de maneira detalhada, dos moti-

vos e natureza da imputação (Compilação das normas e princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e da justiça penal, Procuradoria-Geral da República, Lisboa, 1995, p. 436). Respeita-se o “devido processo legal”, em que se inserem os princípios do contraditório e da amplitude da defesa.

É necessário tocar o sino dos dois lados para se saber onde está desafinado, se na parte da acusação ou da defesa. Não é possível ter continuidade uma ação penal, culminando com a condenação sem ser ouvido o réu, levando-se em conta exclusivamente os elementos de prova produzidos pela acusação. Muitas vezes, e nós que militamos diuturnamente na justiça penal sabemos disso, os elementos desfavoráveis ao indiciado coletados na fase do inquérito policial são, em juízo, completamente infirmados pela prova de defesa, orientada pela palavra do réu.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), em seu art. 8º, nº 2, determina que o suspeito deve ser comunicado da acusação (alínea “b”), tempo e meios de que dispõe para sua defesa (“c”), tendo direito de entrar em contato com seu defensor (“d”) (“Revista Brasileira de Ciências Criminais” cit., 1993, nº 1, p. 256). E a nossa Constituição Federal, no art. 5º, § 2º, determina que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, “ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, aqueles mandamentos, ratificada a Convenção pelo Brasil (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), fazem parte do nosso Direito interno, completando o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º LIV). Hoje, o direito do réu à informação sobre a acusação integra o princípio do devido processo legal.

O reconhecimento de que o processo não pode prosseguir contra réu que não tomou conhecimento da acusação não é novidade entre nós. Nas ações penais por crimes inafiançáveis da competência do Júri, os arts. 413 e 414 do Código de Processo Penal determinam a suspensão da ação penal até que o réu seja intimado pessoalmente da pronúncia. E a jurisprudência, há muitos anos, vinha anunciando “o direito fundamental da pessoa humana de saber-se processada criminalmente.” (RTJ, 103:445; RT, 512:377, 525:393, 542:419, 572:395, 573:489, 575:471, 586:403, etc.)

Na extradição, lembra **Ada Pellegrini Grinover**, a maioria dos países, hoje, não a admite na hipótese de condenação à revelia (“Os fundamentos políticos do novo tratamento da revelia”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., p. 1; “Processo Penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais”, “Revista Brasileira de Ciências Criminais” cit., 1995, nº 9, pp. 59 e 78). Com efeito, o Tratado Tipo de Extradição das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990, em seu art. 3º, que trata dos “motivos obrigatórios de recusa”, prevê na alínea “g”: a extradição não deve ser concedida “se a sentença do Estado requerente foi proferida na ausência do interessado” (Compilação das normas e princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e da justiça penal cit., p. 86). A adoção dessa norma internacional, fundada no princípio do *fair trial* (**Otto Logodny** e **Sigrun Reisner**, “*Extradition treaties, human rights and emergency-brake - judgements - a comparative european survey*” in “*International Review of Penal Law*”, Editions

Erés, Toulouse, França, vol. 665, p. 559, nº 9), é adotado pela Argentina, Chile, Uruguai, Áustria, Alemanha, Suíça, Suécia, Holanda, Inglaterra, Finlândia, Salvador, Espanha, Venezuela, Malta, Itália e Noruega, dentre outros países (**Otto Logodny** e **Sigrun Reisner**, *op. e locs. cit.*, p. 559 e nota 102).

Vê-se que andou bem o legislador brasileiro ao adotar uma regra mundialmente aceita: não corre processo contra réu revel citado por edital, com fundamento no princípio do direito à informação. Esse princípio é aplicável a toda a legislação, como a militar e a eleitoral. Observe-se que, no Juizado Especial Criminal, a citação deve ser sempre pessoal (art. 66, *caput*, da Lei. nº 9.099/95). Não encontrado o infrator, os autos são remetidos ao Juízo Comum (art. 66, parágrafo único), onde o processo poderá ser suspenso.

A instituição da regra do direito à informação não deve, entretanto, desprezar o “princípio da isonomia das partes”, com fundamento no espírito do *fair trial* (processo justo), vigente no moderno Processo Penal latino-americano. O confronto entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade do cidadão, observa **Ada Pellegrini Grinover**, deve ser “feito em termos de equilíbrio, assegurada a efetiva *paridade de armas*” (“Lineamentos gerais do novo Processo Penal na América Latina: Argentina, Brasil e o código modelo para Ibero-América”, in *Ciência e Política Criminal em homenagem a Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 43, nº 4.2). Realmente, é preciso que o sino, para que produza bom som, não penda para um só lado. Na administração da justiça criminal, é necessário que a balança da deusa não se incline favoravelmente só na direção de uma das partes em litígio. O equilíbrio entre acusação e defesa é indispensável. Ambas devem ter as mesmas armas. Como dizia **Radbruch**, o processo criminal é um duelo em que se defrontam partes com armas iguais, não se cogitando de privilégio em favor de uma delas (*Lo spirito del Diritto inglese*, Milão, Giuffrè, 1962, p. 14). Nesse sentido, a Convenção Européia sobre Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos presumem que as partes do processo apresentem “igualdade de armas”, *equality of arms* (**P. O. Traskman**, “*Reform movements in criminal procedure and the protection of human rights in Finland*”, in “*International Review of Penal Law*” cit., vol. 64, p. 1.081, nº 3). É sob esse fundamento que o art. 366, *caput*, do Código de Processo Penal, em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo. Não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, no tema em foco, enquanto a defesa do réu revel citado por edital tem a seu favor a suspensão do processo, a acusação tem a arma da suspensão do prazo prescricional. Como diz **Ada Pellegrini Grinover**, a nova redação “equilibra o benefício para o acusado, da suspensão do processo com a correspondente suspensão do prazo da prescrição, visando a não incentivar a impunidade” (“Fundamentos políticos ...” cit.). Realmente, na palavra de **André Vinícius de Almeida**, o legislador “não se propôs a prestigiar o contraditório e a ampla defesa em detrimento da lei penal, tanto que decretou a suspensão obrigatória do curso da prescrição” (artigo cit.). Por isso, a corrente que se orienta no sentido da suspensão dos processos em

andamento, permitindo porém o curso do prazo prescricional, desequilibra a balança, dando à defesa, como arma, uma metralhadora e, à acusação, um revólver calibre 32 sem balas. É como colocar os autos do processo no armário, aguardando-se a prescrição.

O Ministério da Justiça, bem antes de a lei nova entrar em vigor, noticiando a reforma “pontual” da legislação criminal brasileira, na Mensagem nº 785, de 19 de julho de 1995, encaminhando Projeto de Lei ao Congresso Nacional, revelava seu interesse “na punição de fatos que comprometem bens e valores individuais e sociais, sem prejuízo da garantia constitucional de todos os recursos essenciais à plenitude da defesa”. E a Mensagem nº 1.269 do Ministério da Justiça, de 29 de dezembro de 1994, que encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de que se originou a Lei nº 9.271/96, informou que o novo texto visava a dois pontos: o aperfeiçoamento da administração da justiça criminal e a redução da impunidade. Daí porque, concedendo à defesa o sobrestamento da ação penal, com isso aperfeiçoando a justiça, ao mesmo tempo criou uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, com intenção de reduzir a criminalidade. A tese mista, como se vê, não atende ao espírito da inovação. Frustrada restaria a *mens legis*, observa **André Vinícius de Almeida**, “se a extinção da punibilidade resultasse inexorável de seu emprego” (art. cit.).

A nova redação do tipo processual apresenta uma disposição mista, impondo princípios de direito substantivo e processual. Quando isso ocorre, prevalece a natureza penal. E assim convém, uma vez que a suspensão do processo gera, fatalmente, o impedimento do decurso prescricional. O Juiz, nos termos da nova legislação, sobrestando o processo, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, proibindo que o feito se dirija à extinção da punibilidade. Enquanto a suspensão do processo decorre de pronunciamento judicial normativo, exigindo apreciação rigorosa da legalidade formal da citação por edital, a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva opera *ex vi legis*, independentemente de declaração do Juiz. Difícil aceitar que o magistrado, nos processos em curso, determine o seu sobrestamento, favorecendo a defesa, e declare que o curso da prescrição segue seu rumo, prejudicando a acusação. Esse entendimento, afirma **André Vinícius de Almeida**, fere a intenção da norma, “que em hipótese alguma valida o abandono do esforço estatal de responder, mediante a aplicação de sanção de natureza penal, ao ato criminoso perpetrado pelo réu” (artigo cit.).

Hipótese que merece atenção é a do réu que se oculta para não ser citado (CPP, arts. 355, § 2º e 362). Haverá duas correntes:

1ª - a *interpretação literal* do art. 366, *caput*, do CPP, conduz à tese de que nas duas hipóteses de que deriva a citação por edital, seja quando o réu não é encontrado (art. 361) ou se oculta para não ser cientificado da acusação (art. 362), suspende-se o processo;

2ª - da *interpretação teleológica* do texto resulta que não se suspende a ação penal no caso de o réu, conhecendo a acusação, ocultar-se para não ser citado, ainda que se expeça o edital citatório.

Nossa posição: a segunda (não se suspende o processo na hipótese do art. 362 do CPP). O novo princípio legal, com fundamento na regra de que o réu tem direito de ser informado da imputação, pressupõe, para ensejar a suspensão do processo, que não tenha tido ciência da acusação. Dessa forma, se o infrator, tendo conhecimento da persecução penal, oculta-se para não ser citado pessoalmente, não há o suporte teleológico necessário à incidência da medida, ainda que venha a ser expedido o edital. Seria como premiar um artifício malicioso. Como diz **Rogério Schietti Machado Cruz**, não deve ser aplicada a solução do art. 366, *caput*, “àquelas situações ... em que o réu evita a sua citação pessoal, pois a suspensão do processo, até que seja pessoalmente citado, premiará a sua astúcia, em prejuízo do interesse estatal e societário de que a conduta ilícita seja devidamente apurada. O Estado terá o exercício de sua jurisdição penal sobrestado simplesmente porque o réu, deliberadamente, ‘driblou’ a lei penal, valendo-se de uma alternativa criada pela lei instrumental” (“A citação editalícia e a eficácia do processo”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., julho de 1996, nº 43, p. 2).

Terminado o prazo da suspensão da prescrição, o processo não retoma o seu curso, ainda que haja conexão de crimes com prazos prescricionais diversos: a ação penal só prossegue com o comparecimento do réu, pessoalmente ou por intermédio de advogado, atendido o princípio do direito à informação sobre a pretensão acusatória. De modo que, encerrado o prazo de suspensão da prescrição: **1.** o prazo prescricional recomeça a correr, levando-se em conta o período anteriormente decorrido; **2.** o processo continua paralisado, aguardando-se o comparecimento do acusado ou sua ciência da imputação. Não se pode dizer que a acusação fica prejudicada porque a ação penal continua paralisada e a prescrição segue seu curso. De ver-se que, praticamente, a prescrição tem dobrado o seu prazo. Assim, num caso de furto simples (CP, art. 155, *caput*), em que a prescrição da pretensão punitiva ocorre em oito anos (CP, art. 109, IV), a extinção da punibilidade somente se daria após 16 anos a partir da suspensão do processo, descontado eventual período anterior. Além disso, permitindo-se que, encerrado o prazo da suspensão da prescrição, tivesse prosseguimento o processo sem a presença do réu, restaria prejudicado o princípio do direito à informação.

Por fim, o conteúdo processual penal da lei nova impede que seja aplicada aos processos findos. Nesse sentido, analisando os arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95: **Ada Pellegrini Grinover**, “Direito intertemporal e âmbito de eficácia da Lei dos Juizados Especiais Criminais”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cit., nov. de 1995, 35:4 e 5.