

2 – DOCTRINA NACIONAL

LEI 9.271/96

VITOR LUIZ DE OLIVEIRA GUIBO

Recentemente, foi publicada a Lei 9.271, de 17.04.1996 que alterou a redação dos arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 (Código Penal).

Como toda alteração legislativa, um dos enfoques de maior discussão foi, e ainda é, a questão da sua aplicabilidade aos processos já em andamento.

Alguns autores de renome passaram a defender, no que pertine à novel redação do art. 366 do CPP, a aplicação retroativa de apenas parte da alteração legislativa.

Vejamos, então, como crítica construtiva, um breve pensar acerca do assunto.

A hipótese em exame é a do réu, que embora citado regularmente por edital, não comparece, nem constitui advogado. Nomeia-se-lhe, então, defensor dativo e o processo tem seguido à sua revelia quando, no curso do mesmo advém a alteração legislativa citada.

É de se ver que com o advento da Lei 9.271/96, foram ab-rogados os arts. 366 a 370 do CPP, à partir de 17.06.1996 (a lei foi pub. em 18.04.1996 vigorando 60 dias após sua publicação).

Dispõe a atual redação do art. 366 que "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 § 1.º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo, § 2.º Comparecendo o acusado, ter-se-á

por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos."

A dúvida que se coloca é se estes dispositivos se aplicam, ou não, aos processos já em andamento.

Trata-se, como se vê à amplas luzes, de norma cogente e que tem aplicação imediata à partir de sua vigência 17.06.1996 isto não se discute. Assim, à partir de tal data, se o acusado cometer um crime e, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, o processo fica, automaticamente, suspenso, bem como a fluência do prazo prescricional e, ao juiz, incumbe apenas declarar tais consequências.

Com efeito, estabelece o art. 2.º do CPP que: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". É corporificação do princípio do *tempus regit actum*, vigente no processo penal. Portanto, caso a lei fosse estritamente processual, os feitos já em andamento estariam suspensos.

Ocorre que a lei novel não trata apenas de matéria processual (estancamento do processo, ou dos atos procedimentais), mas, também, e *concomitantemente*, da suspensão da fluência do prazo prescricional. E, a prescrição, como se sabe, é matéria eminentemente de direito substantivo penal (art. 107, IV e 109 a 118, todos do CP).

É indubitoso, de outro tanto, que a suspensão do prazo prescricional é prejudicial ao réu, portanto, deve ser aplicada a regra do art. 5.º, XXXIX e XL da CF, ou seja, da irretroatividade de lei mais danosa.

Doutro lado, o dispositivo também contempla situação mais benéfica ao réu, ou seja, a suspensão dos atos do processo.

Surgem, então, quatro possibilidades quanto à aplicação da lei nova aos feitos já em andamento quando de sua vigência:

primeiro poder-se-ia dizer que em face da regra do art. 2.º do CPP, e, como a reforma foi neste código a lei nova deve ser aplicada, imediatamente, em toda sua inteireza, vale dizer, suspende-se tanto o processo como o prazo prescricional;

segundo, poder-se-ia dizer que como a lei contempla dispositivos processuais e materiais, aplica-se imediatamente aquele (art. 2.º do CPP) e suspende-se apenas o processo, mas, em virtude da irretroatividade de lei *in pejus* não se suspende o prazo prescricional;

terceiro, pode-se advogar a tese de que o dispositivo é claro ao determinar a suspensão tanto da prescrição, como do processo, concomitantemente e, por isso, não deve haver aplicação de um sem o outro e, como a aplicação aos feitos já em andamento não pode ser, por prejudicar o réu, não se aplica a Lei 9.271/96 aos processos que já haviam ultrapassado a face da citação e a revelia já havia sido declarada quando entrou em vigência.

Uma quarta hipótese, seria a suspensão do prazo prescricional, sem a suspensão do processo.

Esta última solução é deveras absurda e não deve ser aceita pois vulneraria tanto a redação do art. 5.º, XXXIX e XL da CF, repetido no art. 2.º do CP, como também não atenderia ao ditame do art. 2.º do CPP (*tempus regit actum*).

A aplicação imediata da lei, em toda sua extensão, aos feitos já em andamento também não se pode admitir, porquanto ao se estancar o feito e o prazo prescricional o prejuízo do direito material (prescrição) é evidentemente maior ao benefício processual (vedação ao prosseguimento do processo sem a autodefesa).

Além do mais, a vulneração aos dispositivos da vedação da irretroatividade para

prejudicar o réu (CF, art. 5.º, XL e art. 2.º do CP) restaria evidente.

As duas soluções mais plausíveis seriam a não-aplicação da lei aos feitos cuja decretação da revelia já tivesse ocorrido quando da entrada em vigência da Lei 9.271/96 e a aplicação imediata da suspensão do processo, sem a suspensão da prescrição.

Desde já, adianto que a primeira é a que dá correta interpretação à lei novel, à Constituição e aos princípios gerais de direito.

Leciona Mirabete que:

“Tem-se afirmado, por vezes, que a lei nova processual não pode ser aplicada se for prejudicial ao réu em confronto com a lei anterior face ao princípio da irretroatividade da lei mais severa. A doutrina tem rechaçado tal entendimento porque, na hipótese, não há irretroatividade já que a lei vai ser aplicada aos atos processuais que ocorrem a partir do início de sua vigência. A lei processual não está regulando o fato criminoso, ... mas o processo a partir do momento em que ela passa a vigor.

Não se pode negar, porém, que existem normas mistas, ou seja, que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual. São normas penais as que versam sobre o crime, a pena, a medida de segurança, os efeitos da condenação e, de um modo geral, ao *jus puniendi* (por exemplo, extinção da punibilidade). São normas processuais, as que regulam o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Ora, se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra penal, de direito material, aplica-se a ela os princípios que regem a lei penal, de irretroatividade e irretroatividade da lei mais benigna. Assim, embora as regras sobre ação penal e representação sejam leis processuais, como a falta de iniciativa da parte na ação privada e na ação pública dependente da representação pode acarretar a decadência, que é matéria penal ligada ao *jus puniendi*, não

pode ser aplicada a lei nova que impede a extinção da punibilidade, por ser mais severa.” (sublinhei, *Processo Penal*, 3.^a ed., Atlas, p. 57-8).

Também Tourinho, citando a Asúa, no mesmo norte adverte: “se se tratar de normas processual penal propriamente dita, isto é, que verse exclusivamente sobre matéria processual que não obstaculize a ampla defesa a que se refere a Magna Carta, terá aplicação imediata, pouco importando se mais severa ou não, aplicando-se, como é óbvio, também aos processos em curso (...) Porém, conforme ensinamento de Asúa, se a norma processual penal contiver predominante caráter de Direito Penal, se mais benigna, retroagirá e, se mais severa, aplicar-se-á a lei mais velha” (Curso, v. 1, p. 93). Deste posicionamento não discrepa José Frededico Marques.

No caso concreto, ademais, o novo art. 366 do CPP é claro em afirmar que: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional”.

Nítida a intenção legislativa de que uma providência: “ficarão suspensos o processo” não pode ser tomada sem a outra “o curso do prazo prescricional”, indicado pela conjunção coordenativa aditiva E.

Anoto que ao juiz é vedado aplicar parte de um dispositivo e não aplicar outra parte, porquanto, assim agindo, estaria, em verdade, legislando, o que traduz em ato inconstitucional, porquanto caracteriza a invasão da competência e vulneração à independência dos Poderes da União, regra insculpida, entre outros, no art. 2.^o da CF.

Alberto Silva Franco e outros, no seu Código Penal e sua Interpretação jurisprudencial enumera que:

“Quanto ao critério da apuração da maior benignidade, o Código de 1940 foi omissivo, o que ensejou controvérsia doutrinária. Nélson Hungria (*Comentários do Código Penal*, 5.^a ed., vol. I, t. I/5, p. 120).

Aníbal Bruno (*Direito Penal – Parte Geral*, 4.^a ed., t. I/270, 1984), Roque Brito Alves (*Direito Penal – Parte Geral*, p. 213 e 214) e Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal – Parte Geral*, p. 106-107, 1987) não admitem a combinação de lei anterior e de lei posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque o juiz estaria, nesta situação, criando uma terceira lei, o que seria de todo inadmissível”.

Citam os mesmos autores, como adeptos da possibilidade: Basileu Garcia, José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus (este último, entretanto, não serve para ancorar aos que possam defender a retroatividade parcial do dispositivo, por razões que posteriormente esclareceremos).

Também a jurisprudência do STF em caso muito semelhante ao de agora já decidiu:

“Se a lei nova se limitasse agravar a pena, seria de admitir-se o deslocamento da competência sem possibilidade de aplicação da pena agravada. Embora, quanto à pena, a nova lei seja mais benigna, a aplicação dela pioraria, em pontos outros, de direito material, a situação do réu (prescrição e sursis). Inadmissibilidade de serem combinadas regras da lei antiga com as da nova, de modo a formar-se uma terceira. Prevalência da lei vigente ao tempo do crime” (STF – CJ – Rel. Luiz Galloti – DJU 25.09.1970, p. 4.411).

Lembro, ainda, em uma alusão analógica, mas pertinente, que também o chefe supremo do Poder Executivo não pode, ao lhe ser posta para sanção, um projeto de lei, vetar parte de um dispositivo.

Aliás, acerca do assunto, ensina José Afonso da Silva:

“Veto é o modo de o Chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado, por entendê-lo inconstitucional ou contrário a interesse público. Será *total* se recair sobre todo o projeto, e *parcial* se atingir parte do projeto, mas

este somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, § 2.º). Com isso se corta o mau vazo de veto sobre palavra ou grupo de palavras que não raro importava em mudar o sentido do texto. Por exemplo: 'esta lei entrará em vigor 60 dias após sua publicação'; vetando-se '60 dias', ela entrará em vigor com sua publicação. Já houve veto desse tipo; agora, não mais" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10.ª ed., Malheiros, p. 499).

Verdade que quando entrou em vigor a lei de crimes hediondos, que também trata de matéria processual e material, o STJ decidiu que: "A Lei 8.072/90 tem em seu bojo matéria substantiva e adjetiva, logo, esta tem aplicação a todos os casos — passados, presentes e futuros, e aquela somente aos novos casos, por ser mais gravosa que a precedente" (JSTJ 50/292).

Mas, veja-se que no caso da lei de crimes hediondos haviam dispositivos *inteiros* que tratavam de pena (como no caso tratado no HC 1.638-4-MG, que deu origem a ementa acima transcrita, e tratava do aumento da pena previsto no art. 6.º da Lei 8.072/90) e outros dispositivos, *inteiros*, de processo penal (inc. II do art. 2.º da mesma lei, como, também era o caso citado).

Ademais disso, devo remorar que a prescrição é um direito que adquire o réu em face de um dever, ou um ônus que o Estado tem de processá-lo, em determinado espaço de tempo, não se pode aceitar o direito do réu, sem o ônus do Estado.

Ora, ao se admitir que o processo fique estagnado e prossiga fluindo o prazo prescricional, estar-se-ia tornando impossível ao Estado desincumbir-se de seu ônus e, mantendo, incoerentemente, o direito do réu de ser processado em determinado tempo. Lembro que *ad impossibilia nemo teneur*. Ou, em bom português, ninguém (nem o Estado) pode ser compelido ao impossível. Não houve desinteresse do Estado em punir o infrator da lei e, assim, não há se falar em prescrição.

Além disso, esta não é *mens legis* porque a Lei 9.271/96, veio justamente forçar ou impelir o acusado que se ponha diante da justiça e seja julgado, absolvido, ou condenado e não ao contrário, incentivando a evasão. Como se vê, tal tipo de interpretação é *contra legem* e não se baseia no método teleológico de interpretação de leis.

Ademais, estando o réu foragido, estancando o processo, mas, não barrando a fluência do prazo prescricional estar-se-ia premiando ao fugitivo que se furtou, furta e, por certo, continuará se furtando à ação da justiça, vulnerando, destarte, o princípio de que a ninguém é lícito locupletar-se de sua própria torpeza.

Por final, a se adotar ainda, tal idéia, estaríamos, por via indireta, extinguindo a punibilidade pela fuga do agente, caso, evidentemente não previsto na Lei penal e nem na novel Lei 9.271/96.

A não-aplicação da Lei 9.271/96, por derradeiro, é a atitude correta não só porque não prejudica ao réu e nem ao estado, mantendo a paridade de tratamento dado às partes, mas, também, por preservar o ônus do Estado de Processar, em nome da sociedade, aos que vulneram tipos legais, garantindo a inafastabilidade da apreciação pelo judiciário de lesão a qualquer direito, ao mesmo tempo que não prejudica o réu com a retroatividade de lei substantiva mais gravosa ou, como querem alguns lei processual penal material.

Ressalto que em toda exegese se deve atentar também para uma análise sistemática.

Não se olvide que, como bem lembra Hernando Londoño Jiménez, citado por Mirabete, se presume que a nova lei é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico.

Esta, em comento, veio, inequivocamente para reforçar o preceito da ampla defesa, que deve ser entendida não só em

termos de defesa técnica, mas, também da autodefesa (cf. Ada Pellegrini Grinover e outros em *As nulidades no Processo Penal*, 3.^a ed., p. 68), que estava sendo castigada pela forma procedimental anterior com trâmite dos autos com o perigoso conhecimento ficto por parte do réu.

Mas, só não permitir que seguisse o processo, sem estagnar a fluência do prazo prescricional ocasionaria a vulneração de um direito público de primeira grandeza que é a de o Estado manter a paz social. Ora, entre o bem juridicamente tutelado da paz social e o direito do réu de ser processado em determinado tempo, o que não vulnera sequer seu *status libertatis* e, portanto, não atinge nem o princípio do *favor rei*, é de se dar prevalência ao primeiro.

Outro não é o posicionamento de Damásio Evangelista de Jesus que já se pronunciou da seguinte forma:

“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*, I:68 e 69). Quando, entretanto, prevê a suspensão do prazo prescricional, é de Direito Penal material. Temos, então, 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. Não se pode, pois, dissociar as duas formas de suspensão, a do processo e da prescrição, para se conferir à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal (CPP, art. 2.^o e efeito irretroativo na parte em que impõe a suspensão da prescrição (CP, art. 2.^o, parágrafo único). A suspensão do prazo prescricional em face

do sobrestamento da ação penal era desconhecida em nossa legislação. Logo, o art. 366, nesse ponto, é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (*novatio legis in pejus*). Deve ser, por isso, irretroativo por inteiro, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da Lei (CF, art. 5.^o, XL; CP, art. 2.^o, parágrafo único). De modo que, praticada infração penal a partir da vigência da Lei 9.271/96, se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ficarão suspensos o processo e a prescrição a pretensão *punitiva*. As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas pela lei nova” (*Boletim IBCCrim* n. 42, ed. junho/96, p. 3).

Bem lembrado, pelo Dr. André Vinícios de Almeida, que a mensagem do projeto de lei que deu origem a lei em comento estabeleceu: “a proposta integra um elenco de medidas destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, proporcionando-lhe maior celeridade, racionalidade e eficácia, o que também trará reflexos na redução da impunidade” (*Boletim* citado, p. 6). Ora, se a *mens legislatoris* foi reduzir a impunidade, é contrária à lógica do razoável admitir-se que se deve aplicar parte da lei (interrompendo o processo) e não brecar a prescrição, pois, é evidente que extinguir-se-ia a punibilidade do agente, aumentando, justamente, a impunidade.

Mesmo o eminente Juiz Luiz Flávio Gomes, que defende a retroatividade da nova redação do artigo no que beneficia ao réu, e sua irretroatividade, na parte do dispositivo que prejudica a este, ao referir-se a posição de Damásio não deixa de consignar que “A doutrina da irretroatividade total da nova lei, respaldada embora em maior segurança jurídica ...”, vale dizer, em que pese seja a posição de Damásio de maior “segurança jurídica” não a aplica, o que, constitui um evidente equívoco. Além disso, cita, para aplicar apenas parte da lei, ao doutrinador Américo Taipas de Carvalho (que, como se sabe, é

Português e não visualizou, portanto, a questão, sob a óptica aqui enfocada).

Nem se diga que a não aplicação da *novatio legis* na parte referente a suspensão do processo aos processos já em curso vulnera o art. 2.º do CPP porquanto tal proceder, vai, justamente, ao encontro do princípio do *favor libertatis* pois, como se viu, não é possível aplicar parte do artigo e não aplicar outra.

Não é demais a lição história de Beccaria de que:

“Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante em segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação... Não bastava, porém, formar este repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas da cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários *motivos sensíveis* suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contra os infratores das leis” (*Dos delitos e das Penas*, RT, p. 27).

Ora, estes motivos sensíveis devem ser preservados. Tal incumbência é, antes de tudo um dever do Estado, através de aplicação de penas e, para aplicá-las, deve ser efetuado um “devido processo legal”, que, em hipótese alguma, sem que haja culpa

deste mesmo Estado, deve lhe ser subtraído, sob pena de se vulnerar, como se viu, a soberania e volver-se a nação ao caos.

Notício, apenas para ilustração que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, apreciando a questão em dois *habeas corpus* impetrados contra ato deste subscritor, onde coloquei exatamente as mesmas ponderações optou, em ambos, por denegar a ordem à unanimidade (HC 48.533-8 e HC 48.665-5).

No aresto da segunda turma, que já foi publicado no DJ 4.372 de 20.09.1996, constou:

“Habeas Corpus – Processo-crime – Citação por edital – Não-comparecimento – Aplicação parcial aos processos em andamento da Lei 9.271, de 18.04.1996, que deu nova redação ao art. 366 do CPP – Impossibilidade – Ordem denegada.

Diante da disposição mista da nova redação dada ao art. 366-386 do CPP, impondo princípios de direito substantivo e processual, não se pode admitir que o juiz a aplique de modo parcial para suspender só o processo não o curso da prescrição, porque estaria criando uma nova lei, o que é inconstitucional. Deve, pois, prevalecer em sua inteireza a lei vigente ao tempo do crime, dando-se andamento normal ao processo sem suspender o curso da prescrição, por ser, nesta parte, mais benéfica ao réu.”

Conclusão:

Ante o exposto, deve admitir que os feitos cujos crimes foram praticados antes da entrada em vigor da Lei 9.271/96, não são atingidos por tal lei, o que ocorrerá, em sua inteireza, na hipótese contrária.