

4.5 COMENTÁRIO A LEI OU JURISPRUDÊNCIA

4.5.1 A insubsistência do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008

Spencer dos Santos Ferreira Junior

Promotor de Justiça em Minas Gerais

1 - INTRODUÇÃO

Recentemente, a resistente legislação processual penal brasileira, vigente desde os idos da ditadura (03 de outubro de 1941), quando ainda era concebível autorizar ao chefe do Poder Executivo decretar lei¹, foi objeto de reforma.

A tônica principal das alterações foi impingir à legislação tessitura constitucional, harmonizando-a com as diretrizes da Magna Carta, sobretudo com as vertentes do devido processo legal, cujas principais perspectivas são a da ampla defesa e a do contraditório.

Obviamente, tratando-se o direito de ciência eminentemente subjetiva, todo reclame de imunidade à crítica no que tange à pretendida reforma ressaí indesejado. Aliás, é exatamente no campo caloroso da dogmática que se extrai as melhores exegeses, aperfeiçoam-se as interpretações, tudo calibrado a partir da imprescindível análise crítica.

Nesse despretenso trabalho, apenas desejamos estimular diminuta discussão que inexoravelmente emergirá da leitura acurada do que até agora ficou consolidado no Código de Processo Penal: a ab-rogação implícita do seu art. 366, com alteração levada a efeito pela Lei n.º 9.271/1996.

¹ Art. 12 – o presidente da república pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

2 - DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANTES DA REFORMA

Assim dispõe o mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

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.

Pretendia-se com a previsão de suspensão do processo e do prazo prescricional oferecer ao acusado e à sociedade tratamento igualitário. *“O acusado tem certeza de que, não tendo tomado conhecimento de uma acusação contra si, não haverá o curso do processo com eventual condenação sem a sua presença para poder se defender. Ao mesmo tempo, a sociedade sabe que, enquanto o processo estiver suspenso (medida vantajosa ao réu), o curso do prazo prescricional também estará, impossibilitando, assim, a impunidade com a prescrição da pretensão punitiva estatal (medida de proteção à sociedade)”*²

Cotejando o mencionado artigo com sua matriz legal anterior, verifica-se que a *mens legis* daquele não fora outra senão redimensionar *“o princípio da ampla defesa, de pouquíssima valia (quando de nenhuma) nos processos de réus citados por edital. Na sua maioria, a defesa dativa exercida em tais processos quase nunca passou do simples comparecimento aos atos instrutórios, sem uma contribuição efetiva à causa defensiva.”*³

Ocorre, todavia, que, diante da superveniência da novel legislação reformadora, o art. 366 subsiste apenas como letra morta, vagando moribundo dentro do sistema do CPP.

É que a menção que se fazia ao comparecimento do acusado, citado por edital, focalizava o seu interrogatório. Nesses casos, não comparecendo o imputado no momento desse ato processual, suspendia-se o processo e o prazo prescricional, assegurando-se apenas a produção antecipada daquelas provas reputadas urgentes.

A lógica que respaldava essa previsão rolou como se em ladeira abaixo. O acusado já não mais é citado para conhecimento das imputações e da data designada para o seu interrogatório. Hodiernamente, essa importante oportunidade de auto-defesa foi transplantada para a audiência de instrução e julgamento, sendo o denunciado citado apenas para apresentar sua defesa prévia (art. 396, *caput*, do CPP).

3 - DA NOVA SISTEMÁTICA IMPLEMENTADA PELA REFORMA

A sistemática vigente no atual contexto processual penal é outra: oferecimento da denúncia ou queixa, decisão de recebimento, citação, defesa prévia, possibilidade de absolvição sumária e AIJ. O interrogatório, que no passado era realizado antes da defesa prévia, agora foi içado para a audiência de instrução e julgamento, sendo o último ato a ser realizado antes dos debates

orais pelas partes.

Sendo assim, não há mais falar-se em não comparecimento do acusado citado por edital, pelo simples fato de que ele não mais comparecerá, mas apenas apresentará sua defesa prévia, ou melhor, como prefere o legislador, responder à acusação.

Mas o projeto que culminou na Lei n.º 11.719/2008, a despeito das inúmeras críticas de que vem sendo alvo, previa solução para tanto, dispondo o art. 363, em seu §2º, inciso I, que o não comparecimento do acusado ensejaria a suspensão do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação. Em outras palavras, a ausência de defesa prévia determinaria a suspensão do prazo prescricional.

Contudo, sua Excelência, o Presidente da República, acolhendo parecer do Ministério da Justiça, vetou o aludido parágrafo, justificando que, *in verbis*⁴:

“A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório (...)”.

Lamentavelmente, equivocou-se. A imprescindível leitura sistemática da reforma foi olvidada.

Diz-se isso porque, conforme dispõe o art. 396, parágrafo único, do CPP, também alterado pela Lei n.º 11.719/2008, no *“caso de citação por edital, o prazo para a defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”*, inviabilizando-se, por óbvio, seja-lhe nomeado defensor dativo.

Na verdade, pretendia-se, com a costumeira falta de lógica legislativa, congregar dois dispositivos legais (art. 363, § 2º, I, e art. 396, parágrafo único, ambos do CPP) dispostos desconexamente, em substituição ao art. 366 do CPP, que não mais soaria harmonioso com a nova sistemática instituída.

Agora, no atual passo do processo penal, subsiste apenas o art. 396, parágrafo único, do CPP, já que o art. 363, §2º, inciso I, foi vetado e o art. 366, *caput*, perdeu sua *ratio essendi* – o comparecimento para o interrogatório como o primeiro ato do processo após a citação.

Noutras palavras, o denunciado ou querelado que, citado por edital, não apresentar defesa prévia⁵ – comparecendo ou constituindo advogado – terá seu processo suspenso, prosseguindo, todavia, o prazo prescricional, já que equivocadamente vetada a previsão da sua suspensão em casos tais.

² RANGEL, Paulo – Direito Processual Penal – página 594, Lumen Juris, 6ª edição, 2002.

³ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli - Curso de Processo Penal – página 488, Lumen Juris, 10ª edição, 2008.

⁴ Razões de veto, mensagem n.º 421, de 20 de junho de 2008, encaminhada ao Presidente do Senado Federal.

⁵ Fixe-se: hoje não se cita para interrogar, mas para apresentar defesa prévia.

Ex: Aquele Fulano, denunciado por ter matado Ciclano, que fugiu para não ser responsabilizado, será citado por edital (afastada a hipótese do art. 362, *caput*, também alterado pela Lei n.º 11.719/2008), mas, como não apresentará defesa prévia, seu processo ficará suspenso, por força do art. 396, parágrafo único, do CPP, enquanto que o prazo prescricional continuará seu curso, até que, seu crime prescreverá, ele retornará, matará novamente e fugirá...

Interessante porque, no passado, existiam, pelo menos, duas exegeses muito bem definidas sobre o art. 366, *caput*, do CPP, no que tange ao lapso temporal máximo em que o processo poderia ficar suspenso. A primeira, sufragada no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o processo ficaria suspenso pelo prazo da prescrição da pena em abstrato⁶. A segunda, oriunda do Supremo Tribunal Federal, para a qual o processo poderia ficar suspenso indefinidamente, sem que isso importasse em tornar o crime imprescritível⁷.

4 – DO ASPECTO INTERTEMPORAL DA REFORMA

Pois bem, além dessa controvérsia sucumbir, exsurge inelutável a necessidade em se retroagir os efeitos do que ficou assentado. E por uma razão simples: tratando-se a prescrição de questão afeta ao direito penal, de repercussão no *status libertatis*, em se tratando de lei *in melius*, impõe-se sua retroação, à luz do que dispõem o art. 3º do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição Federal, *a contrario sensu*.

Aliás, logo quando o art. 366, *caput*, do CPP foi alterado pela Lei n.º 9.271/1996, intenso debate doutrinário e jurisprudencial foi travado acerca do seu aspecto intertemporal, logrando-se exitosa a linha de entendimento que preconizava a sua incidência

aos fatos posteriores à sua vigência.

Nesse sentido era a posição tranqüila do STF, *in verbis*⁸:

“O art. 366, com redação dada pela Lei 9.271/96, é uma disposição complexa, ou de natureza mista, porque traz norma de natureza processual, a suspensão do processo, que seria, em princípio, de aplicação imediata, e também norma de direito material, e a suspensão da prescrição, que só pode ser aplicada aos atos praticados após a sua vigência, formando, assim, um todo indecomponível, sendo impossível criar um terceiro sistema, em que se suspende o processo sem se suspender o prazo prescricional”.

É inegável, diante do que antes se assentara, que, na medida em que se afastou a possibilidade de se suspender o curso do prazo prescricional, por tudo que acima se disse, imperiosa será a retroatividade da lei.

5 – CONCLUSÃO

Salvo melhor juízo, com a entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, o *caput* do art. 366 do CPP perdeu sua razão de ser: a uma, porque o acusado não é mais citado para o interrogatório; a duas, porque a previsão de suspensão do processo nos casos em que o citado por edital não apresenta defesa prévia, hoje, encontra-se inserta no art. 396, parágrafo único, do CPP; a três, porque a previsão de suspensão do prazo prescricional nos casos de citação por edital foi vetada pelo Presidente da República.

Esperamos que, com esse singelo trabalho, descomprometido em apresentar verdade absoluta, tenhamos contribuído para ampliar novos debates sobre o assunto, evocando a comunidade jurídica à reflexão sobre um, dos muitos, aspectos trazidos pela reforma.

⁶ HC 24.986/RJ, julgado em 09.02.2006; HC 39.125/SP, julgado em 17.05.2005.

⁷ RE 460971 / RS, Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma.

⁸ RT 762/493