

Considerações sobre a Suspensão do Processo Penal à Luz da Constituição

PAULO ASSED ESTEFAN
Juiz de Direito do TJ/RJ

Como se sabe, a Lei nº 9.271/96 alterou o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, ...” Com isso, alardeou-se que havia acabado a prescrição penal no Brasil, o que contribuiria, em larga medida, para reduzir a impunidade.

Seguiram-se as naturais discussões doutrinárias acerca do tema, mormente quanto à relevância da data do ilícito imputado ao acusado não encontrado, a fim de se estabelecer o método interpretativo mais adequado à aplicação da norma.

Ante a conveniência de se firmar o critério devido, despontaram duas correntes propondo soluções a respeito da incidência temporal da norma.

A lei nº 9.271/96 visa a não permitir o julgamento do réu sem se ter certeza de seu chamamento, mas também traz a ele o malefício do afastamento da prescrição. Sendo assim, aplicá-la a todos os casos, sob a alegação de que as normas processuais têm aplicação imediata em relação aos processos pendentes, seria fazer retroagir, também, seu efeito material (prescrição) em prejuízo do defendente. Isso encontra vedação moral e constitucional; basta que se compare ao recado do artigo 5º, XL, da Carta Magna. Segundo alguns, como a idéia de cindir o dispositivo em duas partes, a processual e a material, implica em verdadeira criação de lei nova, invadindo a competência privativa do Poder Legislativo, afigura-se inviável a possibilidade propagada por aqueles outros que defendem, justamente, a aplicação parcial da norma. Passando ao largo do entrave acima apontado, fazem sempre suspender o processo e deixam à margem a suspensão do prazo prescricional, quando se referem a fatos praticados em data anterior à edição da lei.

Parece-nos, entretanto, que não é necessário recorrer-se ao fracionamento da norma - com razão combatido - para que se chegue ao louvável propósito de seus arautos. A finalidade deste trabalho é a de mostrar que a suspensão do processo penal, em caso de citação ficta, é providência ditada pela Constituição Federal, porque esta exige observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo, não foi recepcionada, desde o advento do Pacto Fundamental em outubro de 1988, a antiga redação do artigo 366 do CPP, que previa o prosseguimento da ação penal mesmo em caso de citação editalícia. Entendemos, então, que o marco definidor da impossibilidade de prosseguimento dos processos não reside exatamente no referido artigo 366 do estatuto processual, mas, sim, na Carta Política que passou a exigir maior segurança jurídica, consubstanciada naqueles princípios.

Para melhor desenvolvimento da idéia, vamos enfocar a lei supracitada, primeiramente sobre sua razão de ser, para, a partir daí, lançarmos a idéia da preexistência da suspensão do processo nela proclamada.

De início, cumpre dizer da *citação*. Conceituada na lei processual civil, a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender¹. Escreveu Magalhães Noronha: “*citação é o ato processual que dá ao denunciado conhecimento da acusação que lhe é feita, a fim de que se possa defender*”².

Chamar alguém a se defender, assegurando-lhe os meios e recursos próprios é, no dizer de Jean-Marc Varaut³, um imperativo categórico da consciência jurídica; um princípio de ordem pública tão importante que basta a si mesmo, ferindo de nulidade qualquer ato que lhe tenha abandonado.

De sua retrospectiva histórica cuidou o Doutor Luiz Carlos de Azevedo⁴, fazendo notar “*a presença sempre constante do ato citatório como condição indisponível à legitimidade do processo*”.

¹ **Código de Processo Civil**, artigo 213.

² **In Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 1997. Atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha.

³ **In Le Droit Au Droit**. Paris, Presses Universitaires de France, 1988

⁴ Azevedo, Luiz Carlos. **O Direito de Ser Citado - perfil histórico**. Osasco, FIEO - Resenha Tributária, 1980.

O eminente Walter Piva Rodrigues, em artigo publicado na coletânea **Processo Civil - evolução - 20 anos de vigência**⁵, destaca naquele trabalho que o autor firmou sua pesquisa desde o Código de Hamurabi. Passou por civilizações diversas como a egípcia, hebraica e babilônica, avançando no direito romano, atravessando a idade média e chegando, ao final, a nossos tempos. Observou:

“Se tornou uma constante neste século a redução gradativa da liberdade individual...seja em razão dos abusos praticados pelas autoridades, as quais atuam a seu gosto e contra a lei, seja porque é a própria lei que lhes capacita tal condição, tornando legais atitudes que antes significavam usurpação ao direito do cidadão”.

Dito isto, deve-se ter em mente as espécies e formas pelas quais há de se colocar em prática, efetivamente, o direito de ser citado, sob pena da usurpação de direitos acima referida. Com efeito, não bastaria sedimentar a idéia de necessidade imperiosa do chamamento se, em contrapartida, não conseguirmos torná-lo verdadeiro. Em suma, a decantada evolução do direito não pode afastar-se do ideal de segurança. A boa justiça e a autoridade da decisão passam, primeiramente, pela observância do direito de defesa.

Atualmente, sabemos bem que há duas espécies de citação: a real e a ficta ou editalícia. Esta é a que interessa a este estudo. Não é novo o combate à citação por edital, ante a incerteza que traz. Será válido presumir-se que a publicidade dada à citação foi bastante para que chegasse ao conhecimento do réu? Noutras palavras: o acusado soube, realmente, que estava sendo chamado a se defender? A resposta, via de regra, é “talvez”.

É óbvio que para chegarmos à hipótese da citação por edital, mister se faz que sejam ultrapassadas todas as possibilidades de citação pessoal, chamada também real. É unanimidade doutrinária e jurisprudencial que a citação editalícia só é possível após esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu. Sendo impossível a citação real, parte-se para a citação editalícia que, no dizer da Professora Ada Pellegrini Grinover, é uma ficção normativa. Mesmo assim, e a despeito de encontrar no edital de citação requisitos intrínsecos e extrínsecos previstos em lei, sempre em busca de tornar

⁵. São Paulo, Saraiva, 1995., pág. 251.

mais crível a ficção legal, nunca temos a certeza do resultado pretendido. Ela não satisfaz ao ideal da justiça.

Veró é que o saudoso Magalhães Noronha prestigiou a citação editalícia considerando “*inadmissível que o Estado subordine sua ação repressiva à presença do acusado no distrito da culpa, quando seu primeiro impulso é fugir ou subtrair-se à ação da Justiça*”⁶. Todavia, não se pode olvidar que a Constituição assegurou a ampla defesa, que tem como pressuposto básico a informação ao acusado e seu chamamento para justificação. Seu artigo 5º, inciso LV⁷ veio coroando o direito de ser citado como condição indispensável à validade de qualquer processo.

Assim, pelo traço da Carta Maior, é necessário que se tenha assegurado ao réu a ciência da acusação que lhe pesa. Só a partir daí, ser-lhe-á garantido, como desdobramento, o contraditório e a ampla defesa. Para o primeiro passo, parece-nos afastada a possibilidade da citação ficta exatamente porque ela não nos dá certeza de ter cumprido sua finalidade.

Como, então, conciliar a necessidade do Estado em efetivar a proteção do direito penalmente tutelado com o intangível direito de ser citado?

Pode-se dizer que a nova lei ordinária traçou o seguinte caminho: afastando a extinção da punibilidade pela prescrição, pôde propiciar ao Estado a espera do comparecimento do réu, ou seja, o tempo não sepultará as marcas do crime, enquanto o Poder Público estiver à procura do acusado.

Vemos, com isso, que a lei processual veio em primeiro lugar aclarar os interesses do indivíduo, que não será julgado senão com a certeza de que teve conhecimento da existência do processo, mesmo que ao preço de lhe ser retirado o benefício da prescrição. Neste contexto, emerge cristalina a posição legislativa de refutar a idéia de citação editalícia (com abstração da hipótese de ocultação deliberada do acusado). O que observamos é que o legislador a reduziu a mero esforço ou tentativa de dar conhecimento da acusação ao réu, já que ele não comparecendo, nem constituindo advogado, deixou de ser tido como ciente das acusações.

O Professor Damásio de Jesus⁸ nos diz que “*o legislador brasileiro andou bem ao adotar uma regra mundialmente aceita: não corre processo*

⁶ Ob. Cit., pág.265

⁷ *In verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁸ *In Revista Literária de Direito*. São Paulo, 1996, nº 12.

contra réu revel citado por edital, com fundamento no princípio do direito à informação”.

Cuidemos, agora, de analisar a necessidade da suspensão do processo, mesmo quando se refere a fatos anteriores à edição da lei modificadora do Código de Processo Penal.

Sem dúvida, a nova redação dada ao artigo 366 do CPP destina-se a evitar o julgamento da lide sem a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais de eficácia plena, aplicabilidade direta, imediata e integral.

A justificativa à mensagem do Poder Executivo quando encaminhou o projeto que acabou por modificar o artigo 366 do CPP, proclama o móvel legislativo. Transcrevo:

“A citação por edital leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal conferem respaldo à nova previsão do artigo 366...”

A toda evidência, a Carta Magna já estava a exigir a citação real como condição de validade de qualquer processo.

Como ficam, então, as decisões prolatadas após a promulgação da atual Constituição, ou mesmo os processos em curso se versam sobre fatos anteriores à data de vigência da Lei 9.271/96, que experimentaram a *citação editalícia*? Os julgamentos proferidos após a exigência constitucional de garantia do contraditório e da ampla defesa não seriam nulos? Os processos não ficariam impedidos de prosseguir porque impossível atender-se à exigência constitucional?

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se sobre as hipóteses de incidência da lei, fazendo-a incidir somente quando o processo se refira a fatos perpetrados após sua edição. Não obstante, não seria, a par disto, de se considerar não recepcionado pelo Pacto Fundamental da República o contexto processual que determinava o julgamento mesmo na incerteza do efetivo chamamento?

Após considerar sobre o assunto, impende admitir que os procedimentos posteriores à Carta Magna só poderiam prosseguir, sob pena de nulidade, se efetivamente observados, através da citação real, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Vê-se, inclusive, que ao legislador infraconstitucional não passou despercebida a questão, tanto que editou a norma em prol da observância deles.

Assim, como proclamado pelo STF, a lei *sub exame* só tem aplicação quando se apuram fatos praticados após a sua vigência - porque impossível retroagirmos com o comando da segunda parte do artigo 366 do CPP (a que trata da prescrição). No entanto, a solução para todos os processos que tenham ultrapassado o advento da Constituição, mesmo que cuidem de fatos anteriores à lei, seria, obrigatoriamente, sua suspensão; não com espeque na lei nº 9.271/96, mas calcada na impossibilidade de prosseguimento sem ferir a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Quanto aos fatos praticados no hiato legislativo, ou seja, entre a constituição do novo Estado e a edição da lei que deu nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Penal, repita-se, não haverá suspensão do prazo prescricional. Suspender-se-á, apenas, o processo, isto porque, como se assinalou, a suspensão não veio por conta da lei discutida, mas para atender à exigência da Carta da República.

Uma vez suspenso o processo, cabe ao Estado partir em busca do acusado até realizar a sua citação. Se não puder encontrá-lo em tempo útil, verá fulminada a pretensão punitiva em razão da prescrição. É que o afastamento desta não veio previsto no texto do *códex magnum*, surgindo apenas a partir da edição do dispositivo ordinário em comento.

A rigor, se o réu, citado por edital, não compareceu, nem constituiu advogado, o juiz deverá decretar o sobrestamento do processo seja qual for a data do ilícito imputado. Se assim não agir, dando prosseguimento ao feito, a decisão final há de ser nula, por lhe faltar adequação aos mencionados princípios da Carta Maior.

Em resumo: a suspensão do processo, quando o réu não for realmente citado, decorre, antes, da Constituição Federal que está a exigir a efetiva oportunidade de defesa. A lei nº 9.271/96, por conseguinte, não inovou quanto à parte processual, apenas clarificou uma conseqüência da norma máxima que, por sua vez, está em consonância com as regras mundiais de direitos humanos.

Nesta ordem de idéias, o ineditismo da lei ordinária prende-se ao direito material, vale dizer, quando instituiu a suspensão do prazo

prescricional. E foi oportuna a inovação. Evitou-se que o réu, não sendo encontrado, obtivesse a suspensão do processo em razão da Carta Magna e, *pari passu*, gozasse dos benefícios do decurso do tempo ensejador da prescrição.

Estabelece-se, assim, um ponto de equilíbrio bastante interessante. Se de um lado garante-se ao ser humano a informação atinente às acusações que lhe são dirigidas, de outro lado assegura-se à sociedade a tutela de seus bens jurídicos. Sobre isto, assim pronunciou-se Damásio de Jesus no artigo supracitado:

“O artigo 366, caput, do Código de Processo Penal, em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo⁹. Não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, 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.”

O desequilíbrio anterior, favorável ao réu revel por conta da suspensão do processo sem a suspensão da prescrição foi, enfim, corrigido. Aí está o verdadeiro mérito da norma. A lei sob enfoque veio, de fato, enaltecer os princípios constitucionais, mas não foi ela que lhes deu eficácia. A aplicabilidade daqueles preceitos da Lei Maior desde antes já se impunha. O escopo do dispositivo infraconstitucional foi, então, o de não prejudicar o exercício da persecução criminal, impedindo a prescrição. Também, é verdade, liberou o Judiciário de trabalhos extenuantes e sem objetivo prático. ◆

⁹ Contrariamente, como visto no teor deste trabalho, infere-se que a suspensão do processo já vinha determinada pela Constituição da República.