

DA RETROATIVIDADE DA LEI N. 9.271/96 (CITAÇÃO POR EDITAL)

Luiz Flávio Gomes^(*)

A Lei n. 9.271/96: suspensão do processo e da prescrição. Celeumas em torno da retroatividade. Sucessão de leis. Aplicabilidade legal. A orientação constitucional. A doutrina do "substantial right". Posição intermediária. O conflito de leis penais. A combinação das leis. Conclusões.

a) Por força da Lei n. 9.271/96, que entrou em vigor no último dia 17 de junho, "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". Cuida-se de lei que vem gerando muitas controvérsias, o que não é nada inusitado, visto que atrás de cada literalidade, muitas vezes nem sequer o legislador consegue imaginar o que está escondido. Valendo-nos de Nilton Bonder (*O Segredo Judaico de Resolução de Problemas*, Imago, 1995, pp. 17 e ss.), o "oculto do aparente" revela surpresas não facilmente constatáveis no plano "aparente do aparente".

b) Uma das celeumas mais candentes provocadas pela mencionada lei vincula-se ao tema da sua (ir)retroatividade. Impõe-se desde logo observar que a *lex nova* possui várias disposições. É predominantemente processual (suspensão do processo, antecipação de provas, prisão preventiva), mas também possui regra de Direito material (suspensão do curso da prescrição). No que concerne ao aspecto processual, a lei é claramente mais benéfica ao acusado, pois visa a assegurar em sua inteireza a faculdade da autodefesa (note-se: a lei não obriga a autodefesa, apenas se preocupou, na esteira do que já dispunha entre nós (v. CF, art. 5º, § 2º) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14) e a Convenção Americana

(*) Juiz de Direito em São Paulo e Mestre em Direito Penal pela USP.

NE: Vide texto do Prof. Damásio de Jesus, sobre o mesmo tema, nesta Revista.

de Direitos Humanos (art. 8º), com a imperiosa necessidade de o acusado ser informado pessoalmente da acusação. Depois que ele toma ciência da acusação, o processo pode correr à revelia. Não havendo tal cientificação pessoal, o processo deve ficar suspenso, até que seja alcançado esse escopo). De outro lado, no que se relaciona com o conteúdo penal (suspensão do curso da prescrição), a lei é prejudicial.

c) Está estabelecida uma sucessão de leis (em sentido estrito), porque presentes todos os seus requisitos: pluralidade de leis, aplicabilidade (em tese) delas, a situação jurídico-penal não se esgotou plenamente, e a lei nova altera os termos da responsabilidade penal (v. *Américo A. Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Ed., 1990, p. 81). Nossa legislação processual em vigor, diferentemente do primeiro comando normativo da lei nova, não determina a suspensão do processo no caso de o acusado ser citado por edital (aqui reside o primeiro conflito de leis). De outra parte, nossa legislação penal atual, ao contrário do que dispõe a Lei n. 9.271/96, não prevê a imprescritibilidade dos delitos (ressalvadas as duas hipóteses constitucionais do crime de racismo e ação de grupos armados contra o Estado Democrático — CF, art. 5º, incisos XLII e XLIV). Nesse âmbito da prescrição, está o segundo conflito de leis.

d) Qual delas devemos aplicar: a nova ou a anterior? O eminente Prof. Damásio de Jesus, pioneiramente, posicionou-se no sentido de irretroatividade (total) da lei; em sua opinião, só será aplicada para fatos que venham a ocorrer de 17 de junho para frente. Alguns magistrados, em reunião recente promovida no Fórum Criminal Central de São Paulo, manifestaram a intenção de aplicar a lei (inteira) retroativamente, sob o argumento de que, suspendendo-se o processo em curso, não haverá condenação, logo, nem rol dos culpados, nem pressuposto da reincidência etc. Desse modo, mesmo retroagindo-se a suspensão da prescrição, ainda assim, a lei nova seria mais benéfica, porque muitos outros benefícios penais traria para o acusado. No encontro promovido no IBCCrim, no último dia 21 de maio, o não menos preclaro Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho colocou, com o claro intuito de apenas aprofundar a discussão do assunto, a posição intermediária: retroatividade da parte benéfica; irretroatividade da parte prejudicial.

e) A regra jurídica fundamental que deve nos orientar para a solução da questão está, como sabemos, no art. 5º, inciso XL, da CF, que diz: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também podem ser lembrados os arts. 15 e 9º do PIDCP e CADH, respectivamente. Sem nenhuma discrepância doutrinária, entende-se que dos dispositivos garantistas citados, emanam dois comandos jurídicos: 1º) irretroatividade da lei penal nova prejudicial; 2º) retroatividade da lei penal posterior benéfica.

f) A referência feita pela Constituição brasileira à lei “penal”, consoante a melhor e mais atualizada doutrina, alcança inclusive as leis processuais penais materiais (v. *Américo A. Taipa de Carvalho*, ob. cit., pp. 207 e ss.). O que importa

é a afetação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa. Todas as leis que modificam esse eixo central estabelecido pela Constituição devem contar com as mesmas conseqüências jurídicas. É a doutrina do *substantial right* do Direito norte-americano. Diante do fenômeno do *ex post facto laws*, sua resolução deve passar pelo critério do *substantial disadvantage* (v. Marco Siniscalco, *Irretroattività delle Leggi in Materia Penale*, Giuffrè, Milão, 1987, p. 167). Logo: não importa se a lei é penal propriamente dita ou processual, porque está ultrapassada a "errada e deturpada metodologia formal e conceitualista" (cf. Américo A. Taipa de Carvalho, ob. cit., p. 224). O que interessa é saber se um substancial direito do acusado, na sucessão de leis, foi ou não atingido. Daí conclui-se: é irretroativa a lei nova que afeta um direito substancial, é retroativa a lei nova que beneficia o autor da infração de qualquer modo.

g) Voltando à Lei n. 9.271/96, urge recordar: numa parte ela é benéfica, noutra, segundo nosso modesto ponto de vista, é prejudicial. A doutrina da *irretroatividade total* da nova lei, respaldada embora em maior segurança jurídica, no que se refere à sua parte benéfica, deixa de atender ao preceito constitucional da retroatividade da lei nova benéfica (ferindo, com isso, o que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF). A posição da *retroatividade total* da lei nova, incluindo o que se relaciona com a suspensão do curso prescricional, viola também a CF, visto que admite a retroatividade de uma lei prejudicial. A única postura que, em princípio, parece não fazer *tabula rasa* da Constituição é a intermediária, segundo a qual: deve retroagir a parte benéfica (processual garantista) e não retroagir a parte prejudicial (suspensão do curso da prescrição). Faz-se oportuno acrescentar: no caso da Lei n. 9.271/96, por coincidência, a parte benéfica é a processual. Com isso tem incidência inclusive a norma do art. 2º do CPP, que manda aplicar as leis processuais *imediatamente*. Esse critério puramente formal da lei, como vimos, não é acolhido nos dias atuais. Mas aqui coincide com o mandamento constitucional.

h) Resta saber, agora, o seguinte: diante de um conflito de leis penais (ou materiais processuais), devemos considerar a lei nova em sua integralidade ou podemos considerar cada uma das suas partes? Para utilizar as expressões da doutrina portuguesa: a *ponderação* deve ser *unitária* ou *diferenciada*. A primeira significa, consoante o magistério de Américo A. Taipa de Carvalho (ob. cit., p. 154), "que é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada; a ponderação diferenciada, considerada a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia de cada uma das disposições, defende que deve proceder-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, podendo, portanto, acabar por se aplicar ao caso *sub judice*, disposições de ambas as leis".

i) Caímos, como se percebe, na clássica questão da "combinação das leis penais sucessivas", isto é, pode o juiz combinar parte da lei anterior com parte da lei posterior? Nosso ordenamento jurídico nada diz sobre essa simbiose. Na doutrina a controvérsia é antiga. Como bem salientou o preclaro penalista Alberto Silva Franco (em *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. RT, SP,

5ª ed., p. 51), respondem negativamente Hungria, Anfbal Bruno, Roque Brito Alves e Heleno Fragoso. São pela possibilidade de combinação das leis: Basileu Garcia, Frederico Marques e Damásio de Jesus. No mesmo sentido, Júlio F. Mirabete, que ainda invoca a doutrina de Magalhães Noronha (*Manual de Direito Penal*, Atlas, SP, 8ª ed., 1994, p. 66). A combinação de leis penais sucessivas, como vimos, encontra assento constitucional. De outro lado, é da tradição da jurisprudência brasileira que, diante da nova Lei de Tóxicos (n. 6.368/76), admitiu a combinação das partes benéficas desta lei com a anterior (n. 5.726/71) (v. Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, Saraiva, SP, 3ª ed., 1993, p. 8). Pelo que está exposto, não pode ser eficaz no Estado de Direito o que dispõe o art. 2º, § 2º, do Código Penal Militar.

j) Em conclusão: no que se refere à parte processual a lei nova é retroativa (aplica-se a todos os processos em curso, é dizer, sem trânsito em julgado); quanto à parte penal (prescrição) a lei nova é irretroativa (só aplicável, portanto, a fatos que venham a ocorrer de 17 de junho em diante). Em termos práticos: nos processos que estão em andamento, desde que o acusado tenha sido citado por edital e não tenha comparecido nem tenha constituído defensor, urge sua imediata suspensão, no estado em que se encontra, podendo o juiz, *se o caso*: 1º) determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes; 2º) decretar a prisão preventiva. E se as provas já tinham sido colhidas? Nenhum problema. Permanecem no processo normalmente (*tempus regit actum*). E como fica a prescrição nesses casos *transitórios* (isto é, processo ainda em andamento por crime ocorrido antes da nova lei, mas suspenso por força dela)? Continua sua contagem normalmente, desde a última causa interruptiva, sem nenhuma suspensão do prazo, tal como já ocorre no Direito vigente em relação ao art. 152 do CPP, *ad exemplum*.

l) Nos casos *transitórios* (repita-se: crimes ocorridos antes da nova lei, mas com processo em curso) o acusado, na data do crime (e esse é o momento-critério para definir direitos — v. *Américo A. Taipa de Carvalho*, ob. cit., p. 233), contava com o direito à prescrição. Cuida-se de direito adquirido (enaltecido pela Profa. Ada P. Grinover, na sua exposição feita no IBCCrim, dia 21 de maio), que não pode ser afetado por lei nova. De outro lado, por força da *lex nova* (aplicável imediatamente), o processo, preenchidos os requisitos do art. 366, deve ser suspenso. Logo: o processo se suspende, e o prazo prescricional conta-se normalmente, sem nenhuma interrupção ou suspensão. Impõe-se ao juiz o exame da necessidade de se decretar a prisão preventiva (nos termos do art. 312 do CPP), visando a possibilitar o comparecimento do acusado em juízo antes do transcurso de todo o lapso prescricional.

m) E o que dizer dos crimes novos, ocorridos depois da vigência da Lei n. 9.271/96? Quanto a esses incide indiscutivelmente tanto a suspensão do processo quanto a suspensão do prazo prescricional.

n) A Lei n. 9.271/96, por último, conquanto considera fundamental a informação (comunicação) *peçoal* da peça acusatória ao agente, para lhe possibilitar

a autodefesa (que é facultativa), deixando claro que depois disso o processo pode correr à revelia, vem reforçar o entendimento já proclamado no RHC n. 2.967, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro (v. RT 710/344, citada por Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, SP, 12ª ed., 1995, p. 315), no sentido de que, diante do art. 5º, LXIII, da CF de 1988, o acusado, sendo cientificado pessoalmente do julgamento a ser celebrado pelo Tribunal do Júri, tem o direito de não comparecer, mesmo em se tratando de crime inafiançável.