

A Revelia Premiada e o Sentido da Expressão 'Prova Urgente'

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça (aposentado) do MP/RJ e Professor Universitário

1. Quando da entrada em vigor da Lei nº 9.271, de 17.4.1996, tive a ocasião de tecer uma série de críticas às novas franquias criadas em favor do réu através daquele diploma legal, que, reunido a tantos outros, muito tem contribuído para o estado de coisas e o descalabro em que vivemos, numa escalada de violência incontrolável e sem limites, fazendo com que o cidadão ordeiro e de boa paz nada mais possa fazer, salvo cercar sua residência de grades, contratar seguranças, quando abonado, além de acautelar-se com uma parafernália de aparelhos eletrônicos de defesa, tudo, assinala-se, de discutível utilidade. Aos menos endinheirados só resta um conselho: trancar-se em casa e passar o ferrolho na porta. E rezar, rezar muito...

Naquela ocasião,¹ salientei que todos os que militam no foro criminal (e nele atuei por 20 anos, como Defensor Público, Promotor de Justiça e Procurador de Justiça, em milhares de processos) sabem, perfeitamente, que o réu foragido é o marginal de maior periculosidade e que, provavelmente, jamais aparecerá, a não ser quando sua defesa vier a requerer e obter a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva² ou ainda, eventualmente, caso venha a ser preso pela prática de outro crime enquanto desfrutava das delícias da revelia premiada.

¹ Para um exame mais detalhado a respeito do tema em questão, além de muitos outros envolvendo o tratamento privilegiado deferido à defesa nas sucessivas leis dos últimos tempos, consulte-se o meu estudo "A vassalagem ao Direito de Defesa", in **Doutrina**, nº 04, 1997, p. 112 e seguintes.

² Há puristas que sustentam ser incorreta a afirmação de que a prescrição extingue a pretensão punitiva, pois, ao extinguir a punibilidade, o que perece é o poder-dever de punir do Estado. Nesse sentido, veja-se POLASTRI, com apoio em magistério de AFRÂNIO SILVA JARDIM, (in **Curso de Processo Penal**, v. I, 2ª edição, p. 193, nota 320, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003). O assunto comporta exame que escapa aos fins do presente estudo.

Argumenta-se em prol da linha traçada pelo legislador brasileiro que, caso não se consagrasse a nova redação do art. 366 do CPP, o réu revel citado por edital e que não tivesse constituído defensor não se encontraria ao abrigo do direito à informação, hoje exigido em diversos países da Europa e da própria América do Sul.

Se, no plano da teoria, tal colocação reveste caráter nobre, na prática traduz completo desconhecimento da realidade do nosso foro. Não me recordo haver constatado na minha longa passagem pelo foro criminal (Vara de Contravenções Penais, Varas Criminais, Câmaras Criminais no Tribunal de Alçada e no Tribunal de Justiça), exercendo ora a defesa ora a acusação, não me lembro, repito, de que um réu revel, citado por edital e que não houvesse constituído defensor, tenha comparecido *sponte propria* a juízo para ser interrogado, salvo quando preso em razão de prisão preventiva decretada no próprio processo ou ainda em virtude de prisão oriunda de outro feito criminal, desde que, evidentemente, a privação da liberdade, no último caso, viesse a ser comunicada ao juízo respectivo.

Incumbe o registro, repita-se ainda uma vez, de que a norma em questão é aceita, entre nós, pelo menos em teoria, com fundamento no direito à informação. Cabe indagar se ela deve ser adotada de maneira acrítica ou ainda se ela condiz com a nossa realidade. Não é o que vi na minha vida profissional, nos milhares de processos (eu disse milhares!) em que tive a ocasião de officiar.

Quem viver, verá (aliás, já está vendo) nos cartórios um arquivo “zumbi” onde ficarão amontoados, dormindo o sono dos injustos, os autos relativos aos processos paralisados, aguardando, com placidez a hora ansiada da declaração de extinção da punibilidade, com isso, em nome de um humanismo piegas, escarnecendo do inútil trabalho desenvolvido pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário no sentido de ver o réu julgado.

Acrescente-se o fato de que a lei acaba por premiar o trãnsfuga, funcionando como um incentivo à deserção processual, desde que o réu vislumbre o risco, mínimo que seja, de sofrer uma condenação pela prática de um crime grave. E há outro perigo: o do réu, embora localizável, escafeder-se, deixando de constituir defensor (embora disponha de recursos), sabedor de que, assim, não correrá qualquer possibilidade de vir a ser processado.

2. Venceu-se, é bem verdade, uma primeira discussão, pois a doutrina majoritária e a jurisprudência igualmente predominante orientaram-se no sentido de que a Lei 9.271/96 é irretroativa por inteiro, não encontrando aplicação nos processos iniciados antes de 17 de junho de 1996 relativos a réus revéis, citados por edital e que não constituíram defensor.

Torna-se difícil conceber, por ferir o princípio da isonomia das partes, que o juiz determinasse o sobrestamento do feito, em favor da defesa, mas declarasse que o curso da prescrição tivesse seguimento, em detrimento da acusação. Na verdade, o que a lei teve em mira foi assegurar o direito à informação; não pretendeu a impunidade do réu, embora em muito tenha facilitado a sua ocorrência. Portanto, o pensamento dominante é o que consagra ser a Lei 9.271/96 irretroativa por inteiro, não tendo aplicação aos processos em curso de réus revéis citados por edital, acolitados por defensor dativo, que praticaram infrações penais antes de 17-6-96. Neste sentido farta jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça³. Na doutrina, por todos, Damásio E. de Jesus examina *ex processo* a questão em trabalho pioneiro publicado em nossa **Revista do Ministério Público – RJ**⁴, onde, igualmente, salienta que o conteúdo processual penal da lei em questão não encontra aplicação também em relação aos processos findos.

Com grande dose de ironia, conclui o eminente penalista que “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”⁵.

3. Porém, superada aquela fase (2, *supra*), outro é o objetivo do presente estudo, voltado, agora, para um problema atual que está a convocar a sensibilidade dos juízes e tribunais para o exame de um aspecto especialmente delicado da lei que se relaciona com “a produção antecipada das provas consideradas urgentes” enquanto o processo estiver sem andamento.

³ Fonte: **Código de Processo Penal Anotado**, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 273, Editora Saraiva, 20ª edição, 2003.

⁴ DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, “Revelia e Prescrição Penal”, in **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Rio de Janeiro, p. 53 e seguintes, 3ª fase, nº 4, jul/dez. 1996.

⁵ *Apud. op. cit.*, in nº 3, dessas notas, p. 275.

A questão relacionada com a produção de prova antecipada não é nova em nosso processo. Ela já se encontrava prevista no art. 225 do CPP, voltada, porém, de forma exclusiva, para a testemunha, que, por enfermidade ou velhice, ao tempo da instrução criminal não mais pudessem prestar depoimento. O Código de Processo Civil, de forma mais completa e com técnica superior, igualmente, regula a matéria no art. 846.

O art. 366 do CPP, usando de melhor redação, alude à produção de provas, não se limitando, como é natural, à prova testemunhal como faz o art. 225 do mesmo Código. Portanto, faz referência a qualquer prova.

A produção das chamadas provas urgentes poderá ocorrer ainda na fase pré-processual, desde que se faça presente motivo que a justifique. Em ocorrendo a hipótese, torna-se necessário que se observe, desde logo, o contraditório, em se tratando de prova oral para que, eventualmente, possam as declarações então prestadas revestir-se de valor probante por ocasião do processo. Já na fase judicial, que é a que nos interessa, pode acontecer que, em face da urgência, a prova da defesa venha a preceder a da acusação, incorrendo, no caso, qualquer nulidade, desde que a providência venha a ser postulada pelo defensor dativo, no interesse do réu (art. 563 c/c 565 do CPP). O Ministério Público, igualmente, poderá requerer a providência assim como o juiz determiná-la de ofício, registrando-se, quanto ao juiz, que sua iniciativa somente poderá estar voltada *pro reo* ⁶.

O *punctum dolens* da questão consiste em saber o que se deve entender por prova urgente. O primeiro critério, ditado pela própria lei (art. 225 do CPP), direcionado para a velhice ou para a doença é, sem dúvida, um fator a ser considerado de forma iniludível. Porém, para os fins do art. 366 do CPP, ele se mostra de todo insuficiente.

É que, aqui, o processo ficará sem andamento por tempo indeterminado, podendo demorar anos até que venha a retomar seu curso. Dessa maneira, o conceito de “prova urgente” à luz do art. 366 do CPP merece ser repensado.

⁶ Veja-se o meu entendimento no sentido de que ao juiz só incumbe promover a produção de prova em favor do réu, diante do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a parte final do art. 156 do CPP, na atualidade, em face do princípio do *favor rei* deve ganhar implementação quando somente possa vir a beneficiar o réu. Cf. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, nº 17, p. 211 e seguintes, de modo especial o nº 17.

Em primeiro lugar, pareceu-me infeliz a redação do legislador ao fazer alusão à prova **urgente**. Por que urgente? O adjetivo soa-me absolutamente desnecessário, surgindo, apenas, com o inequívoco objetivo de causar polêmica e beneficiar o réu.

Muito pelo contrário, o dispositivo deveria ter autorizado o juiz a produzir, desde logo, todas as provas possíveis, nomeando defensor dativo para o réu ausente. Se e quando ele, réu, viesse a apresentar-se ao juiz do feito, teria, então, pleno direito de reinquirir as testemunhas, o ofendido, bem como o de postular a realização de outras provas que entendesse cabíveis, caso ainda fosse possível efetivá-las. Mais ainda: poderia impugnar as produzidas na sua ausência se as considerasse eivadas de vícios.

Tome-se como exemplo a prova testemunhal. Como sabido, o tempo atua na memória da pessoa fazendo com que ela, aos poucos, vá esquecendo o fato e bem assim as minúcias e circunstâncias que o cercaram. Além disso, a testemunha pode mudar de endereço estando obrigada a comunicar sua mudança de residência somente pelo prazo de um ano ao juiz da causa. Após, não (art. 224 do CPP). Como localizá-la anos depois? Como? A regra aplica-se, por analogia (art. 3º do CPP), ao ofendido, também sujeito da prova oral, com reflexos eventuais, caso se faça necessária uma acareação (art. 229 do CPP).

Imagine-se, ainda, a situação de um diplomata estrangeiro, que vai retornar, em definitivo, para o exterior.

Que dizer da prova pericial?

Suponha-se que, com o decurso do tempo, ela não mais possa ser realizada pelo desaparecimento dos vestígios ou por sua imprestabilidade ou, ainda, por qualquer outra causa, tal como preconizado nos arts. 180 e 181, parágrafo único do CPP?

E a busca e apreensão?

Uma vez retardada, surtirá efeitos?

Todos esses questionamentos encontram uma única resposta: o juiz deve, desde logo, **ignorando a advertência da lei**, colher todas as provas que entender cabíveis pois **todas assumem caráter de urgência sob pena de perecimento**. Não se pode premiar ainda mais a revelia, suspendendo, por completo, o curso do processo, pondo a perder as provas até então amealhadas. Para tanto, caberá ao juiz nomear defensor dativo em favor do réu-revel (“premiado”), de maneira que a colhei-

ta e a produção de tais provas sejam fiscalizadas pela defesa técnica e observem o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF).

Só assim haverá paridade de armas procurando amparar a sociedade sem descuidar da assistência ao réu-trânsfuga ("o premiado"), que, de qualquer forma, contará com a assistência da defesa técnica dativa, até que em um dia, incerto e não sabido, resolva comparecer ao processo, livremente, *sponte sua*, ou coativamente, quando preso. Nessa oportunidade, poderá, se tal ainda for realizável, reinquirir testemunhas, ouvir o ofendido, enfim produzir as provas que entender adequadas, inclusive contando, agora, com a assistência técnica de advogado da sua confiança se assim o desejar. Poderá, igualmente, contraditar as provas colhidas na sua ausência, apontando-lhes eventuais defeitos.

Busca-se, assim, na medida do razoável, não desamparar a sociedade enquanto o processo estiver suspenso sem deixar o réu-fugitivo ("o premiado") despido de assistência técnica. Em suma: faz-se a justiça possível. Pensar em contrário será enveredar pelo caminho da *pieguice pura*.

Não me soa com um mínimo de lógica emprestar-se à expressão "prova urgente" uma exegese que conduza ao absurdo, somente considerando urgente a prova oral nos casos de velhice ou de doença, como alude o art. 225 do CPP. É que o referido dispositivo estava voltado para outras situações, comuns a qualquer processo, e não para o caso peculiar gerado em função da nova redação adotada pelo art. 366 do CPP. Demais disso, "prova urgente", repita-se, pode ser qualquer uma, não somente a oral, mera espécie do gênero prova.

4. Previu a lei a possibilidade da decretação da prisão preventiva, "se for o caso".

Formulo, então, a seguinte indagação: o réu foragido assegura a garantia da aplicação da lei penal?

A resposta só pode ser uma, e ela é dada pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da lei, ao decidir que "a simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva"⁷.

Dessa maneira, o réu foragido, com passado penal desabonador, somado a outras circunstâncias ditadas pelo caso concreto, especial-

⁷ RT 497/403 *apud op. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 245.

mente quando envolvido em delitos inafiançáveis ou na prática de crimes hediondos, deve ter sua prisão preventiva decretada.

Não se estará com isso criando uma nova modalidade de prisão preventiva obrigatória, mas sim adotando, “se for o caso”, como diz a lei, uma posição de equilíbrio na defesa da sociedade. Assinale-se, é triste dizê-lo, que, em regra, os réus foragidos estão enquadrados naquela categoria de criminosos. Portanto é caso de aplicação dos arts. 311 e 313 do CPP.

E se a hipótese não comportar a cautelar coativa?

Caberá ao Juiz, na forma do proêmio do art. 316 do CPP, uma vez comparecendo o réu, revogar a preventiva, caso verifique que falta motivo para que ela subsista.

5. Há uma situação singular em que, embora ocorrendo a citação ficta, a regra do art. 366 não encontrará aplicação. Refiro-me à hipótese em que o réu se oculta para não ser citado (art. 355, § 2º c/c 362 do CPP).

Como examinado no início dessas linhas, foi em homenagem ao direito de informação que o art. 366 do CPP ganhou nova roupagem. Tal direito viria a completar o *fair trial*, fornecendo ao réu o conhecimento direto a respeito da acusação, seus motivos e seu conteúdo⁸. Contempla, pois, a autodefesa em toda a sua plenitude.

Ora, desde o momento em que o réu se encontra informado de que está sendo processado e que, por astúcia, busca esquivar-se do processo, desaparece o suporte teleológico necessário para usufruir da suspensão do processo.

Há muito tive a oportunidade de dizê-lo⁹.

6. Algumas conclusões podem ser extraídas de toda a exposição desenvolvida no sentido de buscar a justa medida com que a revelia premiada deve ser tratada, não deixando, mais uma vez, que a sociedade fique ao desamparo por mais esta *boutade* criada em favor de criminosos da pior espécie em nome do direito à informação.

⁸ Países como a Alemanha, Noruega, Suíça, Inglaterra, Áustria, Holanda, Canadá, Uruguai, Argentina, Chile e outros não admitem o prosseguimento da ação penal contra réu revel citado por edital. (Veja-se a respeito Ada Pellegrini Grinover, in **A reforma do Código de Processo Penal**, ABCC, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 10/61, n. 14, 1995, *apud op. cit.* in nº 03, dessas notas).

⁹ Eventual interessado no estudo do tema poderá encontrar algum subsídio em meu trabalho “A Técnica da Denúncia”, in **Revista da EMERJ** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19, 2002, v. 5, p. 207 e seguintes.

Como mitigá-la?

6.1. Na prática, sabe-se, e falo por experiência própria, que o réu citado por edital e que não constitui defensor, normalmente não comparece ao processo, motivo pelo qual antevejo que a grande maioria de feitos sujeitos ao regime de revelia premiada acabará com a punibilidade extinta pela prescrição da pretensão punitiva.

6.2. Uma vez prevista em lei o prêmio ao trãnsfuga e o incentivo à escapatória, torna-se necessário equacionar a atitude a ser tomada com a produção antecipada de provas consideradas **urgentes**, durante o tempo em que o feito criminal não tiver em andamento.

Como chegar-se ao *minima de malis*?

6.3. **Toda a prova deve ser considerada urgente**, tendo em conta o risco de seu perecimento, pois não se poderá saber por quanto tempo o processo ficará sem andamento, guardado no arquivo dos “mortos- vivos”.

6.4. Quando necessário ou conveniente em razão da gravidade do crime e/ou da personalidade do réu, o juiz deverá decretar a prisão preventiva do acusado, uma vez que, enquanto foragido, ele não assegura garantia para aplicação da lei penal. Ou será que assegura?

6.5. Verificada a desnecessidade da cautelar constrictiva da liberdade individual, com o comparecimento do réu, cabe ao juiz revogar a prisão nos termos do art. 316, primeira parte, do CPP.

6.6. O adjetivo urgente, segundo penso, deverá ser desconsiderado pelo juiz diante do caráter aleatório a que fica sujeito o andamento futuro e incerto do processo. Tome o magistrado, desde logo, todas as provas que entender exigíveis para o caso, sem prejuízo do fato de que, no porvir, caso venha o réu a comparecer, possa, em autodefesa, contraditá-las, produzindo as suas próprias provas.

6.7. Na hipótese em que o réu se oculta para não ser citado (art. 355, § 2º c/c 362 do CPP), ele está plenamente ciente da acusação, ou seja, está informado, portanto não se pode cogitar da aplicação da benesse do art. 366 do CPP, já que a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza. Caso o juiz haja por bem suspender o andamento do feito, incumbirá ao Ministério Público enfrentar a decisão, oferecendo o apelo residual contemplado no art. 593, II do CPP.

6.8. Vale, por fim, a ponderação de que no Juizado Especial Criminal a citação será sempre pessoal (art. 66, *caput*, da Lei nº 9.099/

95). Se o autor do fato não for encontrado, os autos serão enviados ao juízo comum, onde, se for o caso, poderá vir a ocorrer a suspensão do processo. É que a fermata do processo seria incompatível com os princípios básicos que regem o procedimento da Lei 9.099/95, particularmente com o critério da celeridade (arts. 2º e 80 da Lei 9.099/95).

6.9. A Lei 9.613/98, que trata dos “Crimes de ‘Lavagem’ ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores”, em seu art. 3º, § 2º veda a aplicação do disposto no art. 366 do CPP. Porém, no dispositivo seguinte (art. 4º) permite, expressamente, a aplicação do referido benefício (§ 3º).

Trata-se, como de fácil observação, de mais de uma lei mal feita, deixando o operador do direito perplexo diante de sua aplicação.

Caberá à doutrina e à jurisprudência interpretar o enigma (mais um!) criado pelo legislador, aqui não analisado por refugir ao objetivo destas despretensiosas anotações.

7. Posso afirmar, à guisa de encerramento, com tranqüilidade de consciência, que minha apreensão externada a respeito da revelia premiada no distante ano de 1997¹⁰, tão logo ocorreu a modificação do art. 366 do CPP, restou, toda ela, de pé.

Quanto aos resultados da benesse concedida ao trãnsfuga (“o premiado”), convido o paciente leitor a uma breve consulta diária da seção criminal dos nossos jornais. Basta ver as *headlines*, cada vez mais sangrentas e perturbadoras. ◆

¹⁰ *Apud op. cit.* in nº 1 dessas notas