

AINDA SOBRE O TRATAMENTO DA REVELIA DO ACUSADO CITADO POR EDITAL

ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Mestre e Doutorando em Direito Processual
Professor da PUC/MG

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 A retroatividade da Lei nº 9.271, de 14.07.1996 - 3 Prazo de suspensão da prescrição - 4 Medidas cautelares da Lei nº 9.271, de 14.07.1996 - 5 Do recurso cabível da decisão que suspende o processo - 6 Aplicação da Lei nº 9.271, de 14.07.1996 à legislação extravagante - 7 Outras questões correlatas - 8 Conclusão

I INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 9.271, de 14.07.1996, modificando o tratamento do réu citado editaliciamente, vem sendo saudado pela maioria dos juristas como um avanço processual. Isto, porque a suspensão do processo com a correlata suspensão do prazo prescricional para o acusado citado por edital, que não comparece e não constitui advogado, teria dois fundamentos políticos, anota Grinover (1996, p. 1). O primeiro, preponderante, pelo cunho constitu-

ional, visto que:

Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob o aspecto dinâmico (correspondendo à igualdade de armas), indicam a necessidade de sua observância efetiva e concreta, não se satisfazendo com um enfoque meramente formal. O contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício da defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia.

No segundo aspecto, ligado à polícia judiciária, a prática revela que, se não citado pessoalmente, dificilmente o acusado será encontrado para cumprimento de eventual condenação, gerando, na anterior disciplina, dispêndio de tempo e material judiciário para findar feitos que não teriam qualquer efetividade, mormente, quando se apresentam milhares de mandados de prisão

não cumpridos, leciona Grinover (1996, p. 1).

Todavia, tal modificação não fica isenta de críticas. Já no início da vigência da nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal - CPP, manifesta era a preocupação de constituir uma válvula de impunidade, especialmente, para aqueles que, em débito com sua consciência e com a justiça, optariam por foragir ou evitar a citação pessoal, alerta Cruz (1996, p. 2). Outros observam um formalismo excessivo, cuja consequência é a prosperidade das ações penais somente com a concordância dos denunciados, numa inversão de posições: solto é o acusado que decide, ou não, se vai ser processado pela Justiça Criminal, e não o contrário, esclarece Andrada (1997, p. 12).

Com a nova redação, o art. 366 extingue a figura da revelia do réu citado por edital que não comparece ao processo - sendo tratado como *ausente* - com a suspensão do processo e do lapso prescricional. Apenas, após citado pessoalmente, e não desejando participar do processo, o réu submete-se aos efeitos da contumácia.

No presente trabalho, procurar-se-á analisar todas as polêmicas trazidas pela nova legislação, bem como, criticamente, aferir a sua importância em um contexto de Modelo Constitucional do Processo no paradigma do Estado democrático de direito.

Embora antedita legislação se encontre em vigor há mais de cinco anos, o tema não se encontra esgotado, na medida em que a abordagem ao mesmo é procedida muitas vezes de forma assistemática, sem preocupação com um estudo paradigmático e epistemológico ancorado em princípios constitucionais, que apresentam um contorno mais nítido das polêmicas trazidas pela nova legislação, possibilitando ainda uma resolução científica e ordenada de tais questionamentos, bem como aferir o lugar por onde caminha a jurisprudência.

2 A RETROATIVIDADE DA LEI Nº 9.271, DE 14.07.1996

A primeira questão a suscitar atenção dos juristas foi a possibilidade de aplicação da novel legislação a processos anteriores a sua vigência. Não se pode furtar a tal estudo, tendo em vista o amplo debate acadêmico e jurisprudencial que tal tema suscitou, imiscuindo-se em aspectos constitucionais correlatos, além da possibilidade de reflexos em fatos cuja apuração ainda não se encerrou.

É praticamente unânime o entendimento de que a norma do art. 366 do CPP tem natureza mista processual, no tocante à suspensão do processo, e natureza penal, quando se refere à prescrição. Tal natureza híbrida permite a perquirição acerca da retroatividade, ou não, da parte mais benéfica da disposição de natureza processual (suspensão do processo), enquanto que a parte

mais prejudicial, de cunho penal (suspensão da prescrição), seria aplicada somente a partir da vigência, conforme o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, adotado pela Carta Magna em seu art. 5º, XL.

Derivam, pois, três correntes de pensamento acerca da aplicabilidade da Lei nº 9.271/96: irretroatividade total da nova lei; retroatividade da parte benéfica (processual) e irretroatividade da parte prejudicial (penal); e retroatividade integral da lei nova.¹

Pugnou-se, pois, pela incidibilidade da disposição, que não se aplicaria a infrações penais anteriores à vigência legal, registra Jesus (1996, p. 3). Em face do princípio da isonomia das partes e seu corolário – a paridade de armas – deve haver equilíbrio entre acusação e defesa. Ele trata, assim, a polêmica:

E sob esse fundamento que o art. 366, *caput*, do Código de Processo Penal em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo. Não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, no tema em foco, 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. (...) Por isso, 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. E como colocar os autos do processo no armário, aguardando-se a prescrição. (JESUS, 1996, p. 504).

Haveria, neste particular, um desequilíbrio da relação processual, até porquê, enquanto o Estado é manietado, a prescrição corre solta em favor do réu, no dizer de Führer (1997, p. 7). Este ainda assevera que, muitas vezes, a suspensão do processo pode não ser benéfica para alguém, existindo situações em que pode ser conveniente ou não:

É costume dizer que o processo é leve para o criminoso habitual e pesado para o pai de família pego em pequeno deslize. Um ou outro pode desejar que o

¹ Felipeto (1999, p. 487) e Guibo (1997, p. 161) registram uma quarta corrente, que defenderia a suspensão da prescrição, sem a suspensão do processo, refutando-a de plano, porque vulnera tanto o art. 5º, XL, da CF/88, quanto o art. 2º do CPP, por fazer retroagir a aplicação de lei em prejuízo ao réu e deixar de aplicar a regra processual do *tempus regit actum*.

processo acabe e a situação instável termine. Uma con-
denação pode ser o elo para o reconhecimento da con-
tinuidade delitiva.

Führer aduz, ainda, que ao aplicar-se o dispositivo legal cindido, esta-
ria o intérprete selecionando parte do diploma legal, negando aplicação do
restante do texto, que lhe é logicamente decorrente, redundando, na prática, em
criação de novo texto legal.

Anota Almeida (1996, p. 6) que pela *mens legis* não foi intenção do
legislador prestigiar o contraditório e a ampla defesa em detrimento da aplica-
ção da lei penal, com o abandono do esforço estatal de responder, mediante a
aplicação de sanção de natureza penal, ao ato criminoso perpetrado pelo réu.
Lembra, ainda, que a mensagem do projeto que originou a lei em exame con-
signava como *meus legis* o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal,
dando maior celeridade, racionalidade e eficácia, trazendo reflexos na redução
da impunidade, que aumentaria caso adotada a corrente contrária.

Cazetta (1997, p. 7) vislumbra a impossibilidade de cisão da norma,
por ser interdependente, ofendendo tal mister a lógica interna da regra jurídica,
observando ainda, que caso adotada tal posição pelo Ministério Público, este
estaria mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, face iminente
prescrição de inúmeras ações penais em andamento. Ademais, o sentido
teleológico da norma estaria centrado no binômio efetividade do processo e
fortalecimento do contraditório, em um todo harmônico que não poderia ser
separado em partes autônomas sem prejuízo da organicidade, complementa o
autor. Nesse sentido, Guibo (1997, p. 161) vê nítida a intenção legislativa, de
que a providência da suspensão do processo não pode ser tomada sem a outra,
a suspensão do curso do prazo prescricional, já que indicada pela conjunção
coordenativa aditiva “e”.

Baseando-se no art. 2º do CPP e observando que a Lei nº 9.271/96
buscou regular a revelia daquele que, citado por edital, não comparece ao cha-
mado judicial, Silva (1996, p. 4) considera que tal instituto é de natureza estrit-
amente processual, e seus efeitos correlatos (suspensão do processo e da pres-
crição) servem a tal desiderato, não podendo retroagir para anular ou rescindir
revelia regularmente decretada antes de sua vigência, pois tal ato processual
mantém plena eficácia mesmo em face de lei nova.

Dada a impossibilidade de retroação da disposição de cunho proces-
sual para regular fatos que já produziram efeitos sob a égide da lei anterior e
por isso se tornaram irrescindíveis em face do devido processo legal que era
previsto para a aplicação da revelia do acusado, não há como emitir raciocínio
diferente, acredita Almeida (1998, p. 76).

Uma segunda corrente, nascida em estudos do jurista Gomes (1996, p. 4), ampara-se na doutrina portuguesa expressa em obra de Carvalho,² que trata da ponderação unitária ou diferenciada da norma. A primeira significa:

Que é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada; a ponderação diferenciada, considerando 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 aplicar ao caso "subjudice", disposições de ambas as leis. (CARVALHO, 1990, p. 154).

No que tange ao problema em comento, parte Gomes da premissa de que o art. 5º, XL, da CF/88, pelo qual *a lei penal não retroagirá*, salvo para beneficiar o réu, determina dois comandos jurídicos: irretroatividade da lei penal (nova) prejudicial e irretroatividade da lei penal benéfica, que alcança, inclusive, as leis processuais penais materiais, importando a afetação de direitos e garantias fundamentais da pessoa, e não a natureza da norma, se penal propriamente dita ou processual. Interessa, pois, saber, se em sucessão de leis um substancial direito do acusado foi ou não atingido.³ Registrando que, no Direito brasileiro, a possibilidade de combinação de leis penais sucessivas⁴ (ponderação diferenciada) é motivo de controvérsia antiga. Gomes sugere sua aplicação no que tange às disposições da Lei nº 9.271/96, por encontrar assento constitucional, sendo admitida pela jurisprudência brasileira, quando com base na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368, de 21.10.1976), com combinação de partes benéficas desta lei com a anterior (Lei nº 5.726, de 29.10.1971). Gomes registra, ainda, que não pode ser eficaz, no Estado de direito, o disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, do Código Penal Militar - CPM,⁵ definindo assim a questão:

² CARVALHO, Américo A. Taipa de (apud GOMES, 1996, p. 4).

³ É a doutrina constitucionalista, americana do *substantial right*, pela qual se observa se um direito ou garantia constitucional foi afetado, e não a natureza da norma, caso em que haverá inconstitucionalidade, conforme Chut (1996, p. 559) que adota a posição exposta por Gomes.

⁴ Sobre combinação de leis penais sucessivas Toron (2000, p. 445) observa que Basileu Garcia e José Frederico Marques a admitiam ainda na vigência do Código Penal de 1940. Na legislação italiana, portuguesa e espanhola, há norma legal vedando expressamente tal combinação, o que incorre na lei penal brasileira, exceto no Código Penal Militar. Conclui pela possibilidade de tal simbiose, visto que o Magistrado não está criando *terza legge*, mas exercendo a função de intérprete de leis. A respeito vide, ainda, Franco (1984, p. 285).

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 o preceito constitucional da retroatividade da lei nova (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 não faz 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).⁶

Nesse particular, o direito à informação passa a ter caráter absolutista, sendo necessário oferecer aos réus revéis citados por edital a oportunidade de conhecer a acusação, sendo aplicável aos processos pendentes no estado em que se encontram, considera Ibiapina (1997, p. 19).

Ademais, ressaí mais vigoroso o espírito de se garantir o exercício do direito de defesa, consoante exposição de motivos da Lei nº 9.271/96 e do Pacto de São José da Costa Rica, aduz Felipeto (1999, p. 487), relembrando que o art. 413 do CPP suspende o processo, enquanto não for o réu intimado da pronúncia sem suspensão do prazo prescricional, não sendo, em nenhum momento, considerado fator de impunidade.

Jardim (2001, p. 362) considera que pretensa impunidade decorre da inoperância do Estado em localizar e prender o réu:

De nada vale processar e condenar alguém, violando-se o contraditório e a ampla defesa, que, no caso, é meramente formal, e depois restar o mandado de prisão sem cumprimento, porque não se localiza o réu. Há milhares de mandados de prisão para serem

⁵ Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

§ 1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.

§ 2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato."

⁶ Felipeto (1996, p. 487) adota a mesma posição, registrando uma imprecisão terminológica ao se falar em retroatividade da norma mais benéfica, visto que a suspensão do processo reclama a sua aplicação imediata aos processos em curso, consoante art. 2º do CPP, excetuados, portanto, os feitos amparados pelo manto da coisa julgada.

cumpridos e, talvez, a impunidade decorra disto e não de garantir ao réu o devido processo legal.⁷

Baseados também na impossibilidade de cisão da lei, os partidários da retroatividade total do art. 366 do CPP pugnam pela sua aplicação retroativa integral, pois não se pode escolher qual parte de lei deva ser aplicada, pois, se assim fosse, haveria desequilíbrio processual, retirando-se o direito do Estado de perseguir a punição, mantendo-se o agente beneficiado com o decurso do tempo (FELIPETO, 1999, p. 487). O réu seria beneficiado com tal retroação, considera Sampaio Júnior (2000, p. 64-65), visto que mera ameaça de uma condenação, ainda que perdurando maior tempo em relação ao tempo de suspensão da prescrição, é menos que uma efetiva condenação.⁸

Note-se que, com o advento da Lei nº 9.099 de 26.09.1995, não se negou retroatividade ao art. 89, que trata da suspensão condicional do processo. Ademais, desde a entrada em vigor, em nosso ordenamento jurídico, do Pacto de São José da Costa Rica, por meio do Decreto nº 678 de 06.11.1992, já não seria possível a prolação de sentença em processo em que o réu é ausente, conforme Cunha (1998, p. 251).

A discussão deve ser procedida em face do Modelo Constitucional do Processo, baseado em seus princípios institutivos. A aferição da norma do art. 366 do CPP transcende a discussão acerca da sua natureza penal ou processual, visto que, em face do *substantive due process*, o que importa saber é a lesão ou possibilidade de lesão de um direito ou garantia individual.

Neste patamar, observa-se que a suspensão do processo beneficia o acusado, enquanto a suspensão da prescrição o prejudica. Não é possível a retroação da norma, como exposto pelo princípio consagrado da retroatividade da lei penal somente se benéfica.

O cerne da questão aí se encontra, visto que tratando a multicitada modificação ao art. 366 de *dúplice consequência*, que visa equilibrar o jogo de forças entre defesa e acusação, a lógica seria a aplicação dos dois institutos de pesos iguais em qualquer caso (suspensão do processo com suspensão da prescrição). Aplicando-se apenas um, haveria desequilíbrio processual.

Vislumbra-se, pois, um atrito, dentro do devido processo legal, entre os princípios institutivos do processo, digladiando-se o contraditório e a ampla defesa contra a isonomia, trazendo à baila interessante pergunta: é possível, dentro do devido processo legal, a preponderância de um princípio sobre o outro? Notadamente, no processo penal, a resposta deve ser positiva, na medida em que o processo origina-se na Constituição e o contraditório é seu ele-

⁷ Encampa tal posicionamento: Sampaio Júnior (2000, p. 74).

⁸ É interessante notar que não se observou a defesa desta corrente por nenhum jurista específico, e sim, menção a tal pensamento pelos estudiosos da pendenga.

mento definidor, como referente à participação das partes.

A citação pessoal é o ato que possibilitará o adimplemento do contraditório; a possibilidade do acusado se defender. Sua importância processual é enorme, na medida em que poderá o réu presente valer-se da autodefesa e/ou oferecer elementos probatórios para uma defesa técnica eficiente, suplantando-se uma presunção legal muitas vezes viciosa e inefetiva.

Dada tal característica, o princípio da isonomia fica mitigado, no que tange aos fatos ocorridos antes do advento da Lei nº 9.271/96, pelo desnível ocorrente, na medida em que somente dever-se-á aplicar a suspensão do feito, o que, ademais, é possível no processo penal, face ao princípio do *favor rei*.

Em face da adoção pelo direito interno do Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União em 09.11.92, que determina a citação pessoal do acusado antes mesmo da vigência da Lei 9.271/96, tal entendimento se apresenta aplicável aos fatos ocorrentes, a partir de tal data, cujos processos ainda não transitaram em julgado. Aqueles em que tal ocorreu podem ser objeto de revisão criminal, para que seja procedida a nova colheita probatória com a presença do acusado, excetuando-se os que tenham sido extintos pelo cumprimento integral da pena. Não obstante, a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal - STF quanto do Superior Tribunal de Justiça - STJ,⁹ caminha pela impossibilidade de retroatividade da lei.

3 PRAZO DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

No advento da Lei nº 9.271/96, grassou também a polêmica acerca do prazo de duração da suspensão da prescrição, em sendo omissa acerca da limitação temporal. Antes mesmo de entrar em vigor, alguns doutrinadores sugeriram soluções para o desate da pendenga.

Assim, Franco (1996, p. 2) observava que a equivocidade legal pode-

⁹ "STF — HC nº 74.695-1 -SP — 2ª Turma - Rel. Min. Carlos Velloso - J. 11.03.1997 - DJU 09.05.1997, p. 18.130;

HC nº 75.284-5-SP — 1ª Turma - Rel. Min. Ilmar Galvão - J. 04.03.1997 - DJU 09.05.1997, p. 18.129; HC nº

75.284-5-SP — 1ª Turma - Rel. Min. Moreira Alves — J. 14.10.1997 — DJU 21.11.1997, p. 60.587; HC nº

76.003-1-RJ — 1ª Turma - Rel. Min. Sepúlveda Pertence — J. 18.11.1997 - DJU 19.12.1997, p. 44.

STJ — RHC nº 6.262-5ª Turma — Rel. Min. Felix Fischer — J. O 1. 04.1997 — DJU 05.05.1997, p. 17.067, ementa

parcial; RHC nº 6.372-SP — 6ª Turma — Rel. Min. Fernando Gonçalves — J. 09.06.1997 — DJU 30.06.1997, p.

31.083; RHC nº 6.981-RJ — 6ª Turm — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — J.02.12.1997 — DJU 03.08.1998,

p. 325; Resp nº 142.251-SP — 6ª Turma - Rel. Min. Felix Fischer — J. 16.09.1997 — DJU 13.10.1997, p.

51.630," citada por Vilas Boas (1999, p. 307-309).

ria ser corrigida, ou por outro texto de lei, ou com a admissão por via jurisprudencial de hipótese oblíqua de crime imprescritível sem amparo constitucional, ou com a criação pretoriana de termo final para a causa de suspensão instituída.

Mais longe, Jesus (1996, p. 3) antevia o surgimento de seis correntes¹⁰ acerca do tema.¹¹ O citado doutrinador considera que o prazo de suspensão da prescrição não pode ser eterno, pois, caso contrário, estar-se-ia criando uma causa de imprescritibilidade por via oblíqua. Os casos que não admitem prescrição são enumerados pela Constituição Federal¹² e, portanto, não podem ser alargados pela lei ordinária. Neste caso, somente a morte do agente extinguiria a punibilidade. Se em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que diante da revelia pudesse exercê-la indefinidamente. Logo, entende que o limite do prazo prescricional corresponde aos prazos do art. 109 do Código Penal - CP, no tocante ao máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente, sendo justo o critério, uma vez que, se tal prazo é utilizado para a extinção da punibilidade, deve ser o apreciado na suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva.¹³

Encampa tal posicionamento Gomes (1999, p. 169), para quem deve o juiz declarar, na suspensão do processo, o prazo de suspensão da prescrição, indo contra corrente jurisprudencial, para a qual, sendo evento futuro e incerto, não seria necessário tal mister.¹⁴

Choukr (1998, p. 41) apoia-se na possibilidade de reconhecimento da prescrição antecipada, ainda antes do exercício da ação penal, com base na presumível pena em concreto, para atestar a aplicação do art. 109 do CP pelo

¹⁰ Seriam as seguintes: "1ª - a lei não fixou limite, de modo que o termo final do prazo suspensivo ocorre na data em que o réu comparece em Juízo, qualquer que seja o tempo decorrido; 2ª - deve ser considerado o máximo abstrato da pena privativa de liberdade cominada à infração penal; 3ª - leva-se em conta o mínimo abstrato da pena privativa de liberdade cominada; 4ª - tem-se em vista o limite máximo do prazo prescricional previsto em nossa legislação, que é de vinte anos (CP, art. 109, I); 5ª - o limite temporal da suspensão é o mesmo da prescrição (CP, art. 109), em atenção ao mínimo abstrato da pena privativa de liberdade; 6ª - o limite extremo superior da suspensão da prescrição é o mesmo do art. 109 do CP, regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração penal."

¹¹ Jardim (2001, p. 363) considera artificial e arbitrária a criação doutrinária de um prazo de suspensão, por estar-se legislando no lugar do legislador, questionando, em termos constitucionais, a aplicação das duas normas do art. 366, mesmo aos crimes cometidos após a sua vigência.

¹² São imprescritíveis os crimes de prática de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

¹³ Neste sentido, o seguinte acórdão: "O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fincado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal." (RHC nº 7.052-RJ — 5ª Turma — Rel. Min. Felix Fischer — J. 07.04.1998 — DJU de 18.05.1998, p. 114), citado por Vilas Boas (1999, p. 310).

mínimo da pena como base para cômputo do prazo prescricional, além do que, o art. 7º, § 5º, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determina que os processos devem terminar em prazo razoável, concluindo como noção de razoabilidade a pena mínima em abstrato. Sampaio Júnior (2000, p. 48) considera que não se estaria combinando os dispositivos dos arts. 109 do CP e 366 do CPP, mas legislando outro dispositivo, pois nenhuma norma manda aplicar a pena mínima para incidência da prescrição.

Não padeceria a lei de vício de inconstitucionalidade, por não estabelecer prazo de suspensão, até porque o arts. 53, § 2º, da CF/88, e 116 do CP, também não o fazem, defende Dotti (1996, p. 401). Nestes casos, o prazo máximo de suspensão seria de vinte anos, adotando-se a regra do art. 109, I, do CP, qualquer que seja a pena aplicada ao delito, sem qualquer injustiça material, visto que se resume a *quaestio*, em razões de política criminal, conforme Tourinho Filho (1999, v. 3, p. 196-201): com efeito, basta verificar que a Constituição de 1988 prevê a imprescritibilidade do crime decorrente de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). E a lei ordinária que definir as hipóteses típicas de tal ilícito, poderá cominar penas moderadas para algumas modalidades, tanto em nível de autoria como de participação. Assim, o responsável por uma infração de menor consequência lesiva, mas integrada no aludido rol, sofrerá os ônus decorrentes da imprescritibilidade.¹⁵

Guaragni (1997, p. 84) considera ilógica tal premissa, visto que, mesmo no Direito Penal da culpabilidade, suas funções preventivas devem guardar correlação com a proporcionalidade em relação ao fato. Sampaio Júnior (2000, p. 44) exemplifica com a lesão corporal leve, prescrita em quatro anos e com prazo suspenso de vinte anos, por seu autor ter sido citado por edital.

Viveiros (1996, p. 3) não vê a suspensão do prazo prescricional como norma genuína de direito material, mas como sanção processual, não sendo exigível, portanto, um termo delimitado. Sendo a ausência quase sempre uma opção do processado, estabelecer-se-ia um sistema de sanção-prêmio: reaparecendo, ele ganharia o bônus da contagem do prazo anterior ao despacho, em compensação, o prazo de suspensão não possuiria limite.

No mesmo talante, Führer (1997, p. 7), para quem não se trataria de imprescritibilidade a não-definição do prazo suspensivo prescricional. Isto,

¹⁴ RJD 32/460, RJD 33/422, RJD 34/477, RJD 35/442, RJD 35/446, todos os arrestos do TACRIM-SP, citados por Betanho (2001, p. 1540).

¹⁵ Modificando entendimento anterior, que considerava a ausência de fixação de prazo como sinal de imprescritibilidade, e, portanto, inconstitucionalidade, espera que o direito pretoriano perfaça uma interpretação condizente, que pode até ser o prazo de vinte anos.

porque a lei traz outros casos de suspensão em que não se discute tal questão, como é o daqueles que exercem mandato eletivo em casas legislativas, e que não podem ser processados sem licença (art. 53, §§ 1º e 2º, da CF/88). O sentido do texto seria consignar, à vontade do acusado, o termo final da suspensão, não se tratando, pois, de vingança estatal. Também Chut (1996, p. 559), que além de referir-se ao exemplo antecitado, acrescenta a hipótese da suspensão da ação penal em face de questão prejudicial devolutiva absoluta (art. 94 do CPP) e correspondente impedimento do curso prescricional (art. 116 do CP), estando, pois, a hipótese condizente com o ordenamento jurídico em geral.

Em via contraposta, Tredinnick (1997, p. 36-54) taxa de inconstitucional a suspensão da prescrição, sendo despidendo, pois, encontrar-se um lapso temporal. Arrima seu entendimento em face do que denomina imprescritibilidade virtual da nova redação do art. 366 do CPP, visto que, trazendo a Constituição Federal os dois únicos casos de delitos imprescritíveis, não poderia o legislador infraconstitucional alargar o leque. Ademais, o Poder Judiciário não poderia apreciar a questão, ferindo o princípio da inafastabilidade do judiciário, prescrito pelo art. 5º, XXXV, da CF/88, além do que a persecução criminal não encerraria em prazo razoável, como determina o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (acatado pelo Decreto Legislativo nº 592, de 06.07.1992, art. 9º, nº 3). Aponta ainda questões de ordem prática, como o acúmulo físico de processos, com respeito a fatos que, no futuro, teriam ocorrido há mais de cem anos sem deslinde, face ausência da certidão de óbito do réu.¹⁶

Não é crível inferir inconstitucionalidade da disposição, na medida em que é possível uma interpretação legal compatível com o Modelo Constitucional do Processo, razão pela qual encontra-se a disposição em plena vigência.

A criação de novos casos de imprescritibilidade pelo legislador infraconstitucional é que pode ser considerada inconstitucional, e deve, de plano, ser rechaçada, visto que, pelo princípio do *substantive due process*, estabelecido pelo Constituinte os delitos imprescritíveis, o rol não pode ser estendido, até porque, nesta hipótese, em tese, qualquer crime poderia, por via oblíqua, tornar-se imprescritível, aguardando o comparecimento do acusado citado por edital.

O que se apresenta discutível é, exatamente, qual o prazo de suspen-

¹⁶ Decorre de tal raciocínio, que subsiste somente a suspensão do processo como decorrência da revelia do citado por edital. Logo, caracterizado o caráter benéfico da norma, esta seria retroativa aos processos pen- dentes, e aplicável, inclusive, aos processos com trânsito em julgado, com sentença condenatória em execução, podendo o condenado produzir novamente a prova, com o fim de ensejar revisão criminal (TREDINNICK, 1997, p. 88-93).

são seria o mais viável, e o primeiro critério a ser adotado seria a regulação da prescrição pela pena em abstrato, visto que a adoção de prazo único de vinte anos igualaria todos os delitos que já foram desiguais pelo legislador, na fixação da respectiva sanção.

Aferindo-se, pois, os prazos previstos no art. 109 do CP, seria o prazo da suspensão calculado em face da pena máxima ou da pena mínima cominada a determinado delito? Deve-se socorrer, novamente, das premissas estabelecidas no tocante ao Modelo Constitucional do Processo e dos princípios do devido processo legal.

A fixação do prazo de suspensão pelo prazo máximo de prescrição da pena abstrata cominada ao delito apresenta-se como a condizente lógica, não só pelos argumentos coligidos pelos defensores de tal corrente, especialmente, pela aplicação por analogia das regras da citada disposição, mas, também, pelo fato de que, quanto maior o prazo de suspensão, maior a possibilidade de comparecimento do acusado ao processo e sua participação no procedimento para a elaboração do provimento final. Na verdade, está se aumentando a garantia do contraditório, na medida em que, para o modelo constitucional, importante não é a prescrição do processo, importante é a ciência pessoal do acusado, para que, assim o desejando, efetive ampla defesa.

E certo que, na seara penal, o processo, em si, representa um constrangimento ao indivíduo, devendo terminar em prazo razoável, o que justifica a adoção da pena mínima abstrata para cálculo da prescrição. Todavia, ainda não existe tal constrangimento, visto que o acusado não sabe que está sendo processado. Ademais, o entendimento discrepante garante tanto o contraditório e ampla defesa quanto a isonomia, razão pela qual deve ser o adotado.

Findo o prazo de suspensão, recomeça o curso normal do prazo prescricional, não sendo o caso de dar andamento ao processo, visto que pode, ainda, o réu, ser citado pessoalmente, e iniciar-se o contraditório efetivo.

4 MEDIDAS CAUTELARES DA LEI N° 9.271, DE 14.07.1996

Dispõe a modificada redação do art. 366 do CPP que, ausente o citado por edital, pode o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

A produção antecipada de provas e a prisão preventiva disciplinadas pela Lei n.º 9.271/96 são vistas por Gomes Filho (1996, p. 5) como medidas cautelares, com seus requisitos concernentes à razoável probabilidade de reconhecimento do direito posto como cautela (*fumus boni iuris*) e o perigo de insatisfação daquele direito pela demora da prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*).¹⁷ Dentro desta premissa, é que se desenvolverá o tema.

4.1 A produção antecipada de provas

No tocante à produção antecipada de provas, logo surgiu a discussão acerca da sua obrigatoriedade, sendo ausente o citado por edital, visto que toda prova corre o risco de se extinguir pelo decurso do tempo, ou se subordinaria à colheita somente em caso de considerada urgente.

Acerca da prova testemunhal, uma primeira corrente a aceita nos casos do art. 225 do CPP, não admitindo a antecipação imotivada, por ser comum a mudança de endereço da testemunha, ou sua morte, pois, despicienda seria a palavra *urgentes* empregada no texto (JESUS, 1996, p. 3). Não havendo tal avaliação de urgência, tais disposições não teriam eficácia quanto à economia processual ou garantia de defesa efetiva (GOMES FILHO, 1996, p. 5), além de ofender a *ratio legis*, cuja finalidade é a efetiva e concreta observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (PELUSO, 2000, p. 5).

Relembra Choukr (1998, p. 41) que, em face da natureza cautelar da medida, tem esta fundamentos distintos dos processos de conhecimento e executivo, sendo que a mera suspensão do processo não constitui situação que gere *periculum in mora*, ainda que o *fumus boni iuris* possa ser identificado. Complementa o autor:

É importante frisar este ponto, vez que, se o objetivo da lei é a plena participação do acusado na construção da verdade processual, a prova produzida antecipadamente de forma inadequada pode servir para frustrar o objetivo da lei que é por demais saudável e, na verdade, servir – metaforicamente – apenas como uma cilada processual, onde o réu ausente, ao ser localizado, já encontrará um acervo definido apenas aguardando a valoração final.

Jardim (2001, p. 363-364) adota tal pensamento, batendo-se pela ilegalidade e inconstitucionalidade da colheita de prova oral sob o pretexto de sempre ser urgente:

Tal entendimento implicaria em negar vigência concreta ao art. 366 do CPP, porque importaria em suspender tão-somente o prazo das alegações finais. O que a lei deseja, evidentemente, é que a fase mais im-

¹⁷ Contra: Guaragni (1997, p. 96), para quem a produção antecipada de prova não serviria para assegurar a pretensão punitiva, pois poderia levar à sua insatisfação, além de ter caráter satisfativo, caracterizando-a como uma tutela de urgência diversa da tutela cautelar.

portante do processo, ou seja, a instrutória, não se realize sem que o réu dela tenha conhecimento, sem que o réu tenha contato com Defensor Público, fornecendo-lhe o nome das testemunhas e informações sobre as testemunhas arroladas na denúncia ou na queixa, permitindo-lhe, à época própria, requerer diligências. Tudo isto fica prejudicado se o processo não for suspenso após a citação por edital, consoante determina a lei. Dizer-se que toda prova oral é urgente é sofismar com o sistema processual. Tanto assim não é, que, quando a prova oral for realmente urgente, naquele caso específico, caberá à pane requerer a medida cautelar de antecipação de prova testemunhal, prevista no art. 225 do CPP.¹⁸

Se a eventual perda da memória for admitida, não haverá suspensão do processo, afirma Tredinnick (1997, p. 64-65), visto que a produção de prova antecipada será a regra em todo feito, com decretação da revelia do acusado por edital, além do que tal hipótese não está elencada no art. 225 do CPP.

Lembra Sampaio Júnior (2000, p. 86) que a decisão que deferir a produção antecipada de provas deve ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF/88). Todavia, alguns firmam o posicionamento de que sempre se deverá ouvir as testemunhas pelos riscos iminentes de desaparecimento da prova, como: mudança de endereço, esquecimento quanto aos fatos e falecimento, que impossibilitariam o alcance da verdade real, registra Gonçalves (1996, p. 8).¹⁹

Maluly (1997, p. 8) demonstra que, pela experiência forense, inúmeros depoimentos são perdidos com o decurso do tempo, citando o exemplo dos policiais civis e militares que atendem a inúmeras ocorrências no dia a dia, e, muitas vezes, são as únicas testemunhas do fato. Ele assevera que os arts. 92 e 93 do CPP,²⁰ ao tratarem de questões prejudiciais, consideram a prova testemunhal urgente.²¹

Sícoli (1996, p. 44) vislumbra na postergação da colheita da prova oral por prazo indefinido um fomento ao descrédito da sociedade no Poder Judiciário e a consagração da impunidade. Colhida a prova com o réu ausente, este estará representado por defensor dativo, o que atenderia ao princípio do

¹⁸ Ferrari e Custódio (1997, p. 10) anotam a postura de vários juizes que suspendem o processo apenas após a oitiva das testemunhas de acusação.

¹⁹ No mesmo sentido: Cruz (1996, p. 2).

contraditório, e caso compareça, poderá demonstrar a ocorrência de prejuízo e conseqüente nulidade da instrução processual.

Por sua vez, Chut (1996, p. 559) acredita que se deva reservar a urgência para as demais provas, colhendo-se a prova testemunhal por inteiro. Mesmo as provas materiais (pericial e documental) poderiam justificar a busca e apreensão pelo perigo de seu desaparecimento, assevera Gomes Filho (1996, p. 5), com exceção daquelas produzidas em sede administrativa e irrepetíveis, que seriam submetidas ao contraditório posterior pela elaboração de quesitos, conforme Tredinnick (1997, p. 66).

Em face da medida antecipatória implicar contraditório formal, com a presença de defensor dativo, defende Tredinnick (1997,68) o direito do acusado, fazendo-se presente, de vê-la produzida novamente, à semelhança do disposto no art. 152, § 2º, do CPP, que trata da faculdade de reinquirição de testemunhas do réu que padeça de doença mental posterior à infração e que tenha se restabelecido.

Esta específica disposição, que causou acalorado debate, poderia ser aclarada com a interpretação literal do dispositivo que trata não somente da possibilidade de produção de provas urgentes mas das *consideradas* urgentes. Ora, se a prova deve ser considerada urgente pressupõe um juízo de ilação sobre a mesma. E se um juízo é necessário, é porque deve ser feito em face de um caso concreto, e não como presunção legal. Possível até que, para tal con-

²⁰ "Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que, no juízo civil, seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da *inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.*
Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.
Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo civil, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo após a *inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.*
§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz civil tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.
§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.
§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa civil, para o fim de promover-lhe o rápido andamento." (grifo nosso).

²¹ Consoante art. 116,1, do CP:

"Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:
I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime."

clusão, utilize-se a lógica do art. 225 do CPP, mas este não contém toda a casuística. O intérprete deve ser cuidadoso no deferimento da produção antecipada, visto que o contraditório, neste caso, é formal, e se dirige para assegurar a existência da prova. Caso esta seja daquelas em que se apresenta possível uma repetição, comparecendo o acusado, ele pode requerê-la, com base no direito constitucional ao contraditório efetivo e o corolário da ampla defesa. Todavia, a jurisprudência do STJ vem entendendo que a mera revelia do acusado é justificativa para a produção da prova testemunhal.²²

4.2 Prisão preventiva

Acerca da prisão cautelar, a pendenga refere-se a sua imperiosa necessidade como único meio de conseguir-se a presença processual do ausente ou a aferição da sua necessidade caso a caso.

Para alguns, a novel disposição não restaurou a prisão preventiva obrigatória, de nefasta lembrança no ordenamento jurídico, visto que sua decretação poderá ocorrer quando presentes os pressupostos dos arts. 312, 313 e 314 do CPP.²³ Não pode sê-lo, somente pelo fato do réu citado por edital ter deixado de comparecer em interrogatório, ou não ter constituído defensor (JESUS, 1996, p. 3). Devem, pois, ser aferidos os demais requisitos da processualística penal, vedada tal coerção para crimes culposos ou apenados com detenção, declara Gomes Filho (1996, p. 5), considerando, ainda, que a prisão processual obrigatória foi banida da legislação pela Lei 5.349, de 03.11.1967, e entendimento discrepante colidiria com o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). Observa-se o temor, expresso por Gonçalves (1996, p. 8), de que os juízes sejam mais rigorosos na outorga da liberdade provisória, concedendo-a, somente, após o interrogatório, visando ao curso normal do processo. Outros há que entendem que ela seria de regra obrigatória, por conveniência da instrução criminal e visando assegurar a aplicação da lei penal, mas restrita ao efetivo chamamento do réu e à comunicação da acusação. Realizados tais atos, não se manteria a coerção, conforme Führer (1997, p. 7).

Assevera Sampaio Júnior (2000, p. 91) que a prisão anterior à sentença condenatória transitada em julgado é odiosa, em face do princípio da pre-

²² "RHC nº 6.343 - Rel. Min. Cid Fláquer Scartezini - DJU 29.09.1997, p. 48.236, RHC nº 7.101 - Rel. Min.

José Arnaldo - J. 10.03.1998 - DJU 27.04.1998, p. 175; RHC nº 6.342 - Rel. Min. Edson Vidigal - J. 06.08.1998

- DJU 28.09.1998, p. 81; RMS nº 7.995 - Rel. Min. Vicente Leal - J. 19.03.1998 - DJU 20.04.1998, p. 108," citada por Betanho (2001, p. 1540).

²³ Neste sentido: -STJ- HC n 6.378-SP - 5ª Turma - Rel. Min. José Dantas - J. 05.02.1998 - DJU 16.03.1998, p. 185," citado por Vilas Boas (1999, p. 309).

sunção da inocência, pois representa um extremo perigo ao cidadão, ainda não reconhecidamente culpado, sendo irreversível o encarceramento por um dia que seja, que pode causar um mal eterno, haja vista os erros e absurdos encontrados no sistema penitenciário.

Neste tópico, a menção ao art. 312 do CPP feita pelo art. 366, leva para a órbita toda a sua casuística legal, prevista nas disposições seguintes. Hodiernamente, a prisão processual vem sendo discutida pela sua lesão aos direitos e garantias individuais, e não é possível compactuar com aqueles que presumem a sua necessidade pela ausência do acusado, levando a uma prisão obrigatória que vilipendia os mais comezinhos princípios da ordem democrática. Além da análise das disposições legais, somente a detida aferição do caso concreto poderá justificar a utilização do gravame.

5 DO RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO QUE SUSPENDE O PROCESSO

Caracterizada a decisão suspensiva do processo como interlocutória, em face do princípio da recorribilidade das decisões com assento constitucional, deve-se perquirir acerca do cabimento recursal. Em princípio, a grande maioria dos juristas entende incabível a apelação, visto que tal decisão não é definitiva ou não tem força de definitiva, nos termos do art. 593 do CPP.²⁴

Analisando a hipótese da retroatividade parcial da Lei nº 9.271/96, Stoco (1998, p. 4) firma entendimento da impossibilidade da aplicação da correição parcial, posto que não há *error in procedendo*, mas *error in judicando* do Magistrado, que desenvolve raciocínio jurídico ao interpretar disposição legal. Permite, pois, a aplicação do art. 581, XVI, do CPP,²⁵ que prevê o recurso em sentido estrito para decisão que suspende o processo por questão prejudicial, pois segundo ele:

A lei não esclareceu qual a questão prejudicial que justifica o cabimento do recurso, quando implique na suspensão do processo. Tanto pode ser em razão de controvérsia a ser resolvida no juízo cível (CPP, art.

²⁴ Contra: “TACRIM-SP — REC. — Voto vencido Márcio Bártoli — J. 06.11.1996 — RJD 33/422,” citado por Betanho (2001, p. 1539)

²⁵ “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;”

92), como a decisão de questão no cível para o reconhecimento de infração penal no juízo criminal (CPP, art. 93), como também, a suspensão de que trata o art. 366 do CPP ou o art. 89 da Lei n.º 9.099/95. Questão prejudicial será toda aquela que prejudica a marcha regular do processo e impede o julgamento.

Em igual talante, Sampaio Júnior (2000, p. 111) desenvolve o raciocínio da possibilidade de interpretação extensiva e analogia, para estender ao recurso em sentido estrito uma situação nova criada por lei superveniente.

Choukr (1996, p. 7) considera incabível o recurso em sentido estrito, por ser *numerus clausus*, a não ser no tocante à decisão que decreta a prisão preventiva (art. 581, V, do CPP). Para tal mister, deve ser aviada a correção parcial, visto que a suspensão processual e a produção antecipada de provas atingem a marcha do procedimento, caracterizando *error in procedendo*.²⁶ Ainda, nas hipóteses em que tal suspensão vier acompanhada da decretação de prisão preventiva, o manejo de *habeas corpus* seria o primeiro remédio empregável.²⁷

A jurisprudência inclina-se pela admissibilidade do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP, por analogia,²⁸ posição que se apresenta como coerente, na medida em que se afasta de uma análise meramente formal da processualística daquela modalidade recursal. O fato de surgir lei posterior com hipótese que possibilita tal medida não transcende a taxatividade do rol, mas adequa-o a uma nova realidade (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 180).²⁹

6 APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.271/96 À LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

A Lei n.º 9.613, de 03.03.1998, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais, veda, em seu art. 2º, § 2º, a aplicação do art. 366 do CPP aos crimes

²⁶Registra-se decisão do TACRIM-SP, admitindo correção parcial, RJD 34/495, citado por Betanho (2001, p. 1539).

²⁷No mesmo sentido, Tredinnick (1997, p. 96-104) ainda vislumbra a possibilidade de interposição de mandado de segurança, dependendo da natureza da decisão.

²⁸Neste sentido: "RJD 32/460, RJD 34/383, RJD 34/380, RJD 34/511, RJD 34/514, RJD 34/481, RJD 34/477, RJD 36/473, RT 756/543," citados por Betanho (2001, v. I, p. 1539).

²⁹Registram acórdão do STJ em RT 762/583, entendendo ser cabível o recurso em sentido estrito com base no art. 581, XI, do CPP.

correlatos. Ela vem sendo considerada inconstitucional, na medida em que impede o avanço processual da cientificação pessoal do acusado, embora seu art. 4º, § 3º, a *contrario sensu*, preveja a sua incidência, ao vedar pedido de restituição ao acusado ausente, anota Gomes (1996, p. 14).³⁰ Tal disposição retira o princípio da informação ao réu, excluindo, do mesmo, a possibilidade da ampla defesa e contraditório, valorizados na Carta Magna e nos tratados internacionais encampados pelo Brasil, vislumbrando anacronismo legislativo na antecipada disposição, consoante Sampaio Júnior (2000, p. 116).

No tocante ao processo penal militar, uma corrente entende que é vedada a aplicação do art. 366 do CPP por conter um dispositivo parcialmente lesivo ao acusado (suspensão da prescrição), e o princípio da legalidade impossibilitaria sua aplicação por analogia ou por interpretação extensiva à legislação castrense, que não conta com preceito idêntico, informa Barros (1999, p. 6).

Jesus (1996, p. 504), entendendo que o legislador brasileiro adotou uma regra mundialmente aceita, baseada no princípio da informação, considera o art. 366 aplicável a toda legislação, inclusive a militar e a eleitoral, observando que, no Juizado Especial Criminal, a citação deve ser sempre pessoal, e caso não encontrado o autor do fato, os autos são remetidos ao Juízo Comum, onde o processo pode ser suspenso (art. 66 da Lei nº 9.099, de 26.09.1995).³¹ Tal posicionamento se coaduna com o Modelo Constitucional do Processo, estendendo a imperiosa necessidade de citação pessoal a todas as modalidades de procedimento em contraditório.

Considerando a Lei nº 9.271/96 fundamental à comunicação pessoal da peça acusatória ao réu, para possibilitar-lhe a autodefesa facultativa, permitindo, posteriormente, que o processo corra à revelia, reforça o entendimento, no sentido de que, diante do art. 5º, LXIII, da CF/88, tem o direito de não comparecer à sessão de julgamento do Tribunal do Júri o acusado cientificado pessoalmente, mesmo em se tratando de crime inafiançável, anota Gomes (1996, P. 4).³²

Mesmo patentes os avanços noticiados, a Lei 9.271/96 regrediu no tocante à disciplina da intimação dos advogados, ao permitir que seja feita por órgão não oficial e sem a inclusão do nome do causídico, bastando o do réu (art. 370, § 1º), revogando a anterior disciplina que assim determinava, reclama Betanho (1996,p. 1).³³

³⁰ Gomes considera uma *contradição autofágica*

³¹ Entende Tredinick (1997, p. 94-96) pela aplicação da nova redação do art. 366 do CPP a todas as espécies de ações penais, procedimentos e leis especiais.

³² Encampando tal posicionamento: STJ - RHC nº 2.967 - 6ª Turma - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RT 710/344).

7 OUTRAS QUESTÕES CORRELATAS

E motivo de preocupação, entre os doutrinadores, a situação do réu que se oculta para não ser citado, empregando meios artificiosos. Dispõe o art. 362 que, neste caso, a citação far-se-á por edital no prazo de cinco dias. Discute-se a aplicação do art. 366 e seus corolários, visto que ele se refere ao réu ausente, e não, ao réu esquivo.

Uma primeira corrente entende que, neste caso, não se suspende o processo, por não se poder qualificar o réu como ausente, devendo o processo prosseguir com base no art. 367 do CPP, adotando-se uma exegese teleológica e sistemática deste dispositivo, encampa Guaragni (1997, p. 34). Para ensejar a suspensão do processo, o pressuposto é que não tenha o réu ciência da acusação, pelo fundamento que norteia a regra do direito de ser o acusado informado da acusação. Dessa forma, se tem o infrator conhecimento da persecução penal, inexistente suporte teleológico necessário para a incidência da medida, e, caso contrário, estar-se-ia premiando um artifício malicioso, garante Cunha (1998, p. 251). Assevera ainda Cruz (1996, p. 2): “O Estado terá o exercício de sua jurisdição penal sobrestada simplesmente porque o réu, deliberadamente, driblou a lei penal, valendo-se de uma alternativa criada pela lei instrumen-”³⁴

Dotti (1996, p. 403) contra-argumenta:

Quanto à possibilidade de réus “astutos e afortunados” possam se valer da suspensão do processo visando a perda ou o enfraquecimento da prova, deve-se responder com três principais objeções: 1º) É possível a produção antecipada da prova considerada urgente; 2ª) A eficácia da defesa fica naturalmente restrita quando o réu é atendido por defensor dativo; 3ª) A prisão preventiva pode ser decretada, no interesse da aplicação da lei penal, quando houver indício suficiente de que a paralisação do processo resulta de malícia ou artifício do acusado.

Comunga de tal pensamento Sampaio Júnior (2000, p. 25-26), defendendo a impossibilidade de interpretação prejudicial ao réu em que a lei foi omissa. Na medida em que as disposições da Lei nº 9.271/96 são aplicáveis

³³ Já Suannes (1996, p. 2) tem entendimento contrário, argüindo que: “será inexistente a intimação, se dela não constar o nome do advogado, será nula, se dela for omitido o nome do acusado.”

³⁴ Tal posição é adotada por Jesus (1996, p. 504).

também ao réu que empreende meios de se furtar à citação, não se faz necessário considerá-lo revel com o conseqüente seguimento do processo. Mesmo o réu esquivo não tem o poder de renunciar ao direito-garantia do contraditório e ampla defesa, que se perfaz por meio da citação pessoal. Havendo instrumentos para coagi-lo, a interpretação coerente é aquela que prega a sua utilização, e não, uma solução que, embora simplista, não atende ao Modelo Constitucional do Processo.

Outra polêmica, que merece análise, apresenta-se na revelia intercorrente, em que ocorre aditamento à denúncia com agravamento da situação do réu. Nos termos do art. 384 do CPP, seria necessária ou não nova citação? Sampaio Júnior (2000, p. 25-26) defende a sua necessidade e consequente suspensão do processo. Sendo fatos distintos, o processo pode prosseguir, normalmente, quanto ao fato original do qual o réu tomou ciência, apoiando-se, neste particular, na lição de Gomes (1999, p. 156).³⁵

Choukr (1999, p. 7) observa que, em face do parágrafo único do art. 384 do CPP, tratando-se de possibilidade de imposição de pena mais grave, não acarreta nova citação, pois o acusado já esteve nos autos e se ausentou, quando a situação se lhe tornou mais gravosa.

Resume a questão Tredinnick (1997, p. 106):

Não se deve confundir, e isto tratam os bons manuais de processo penal com clareza, a "*mutatio libelli*" do art. 384 com o surgimento de evidências de outro fato, diverso do capitulado na denúncia ou queixa. Neste caso, de acréscimo ou somatório, é inaplicável o art. 384 do CPP, havendo necessidade de nova denúncia ou queixa. Neste novo processo, sendo reputado rever o acusado pessoalmente citado (ou assim considerado) no "processo de origem", há inteira aplicação do art. 366 do CPP. A citação de um processo não presta para outro.

Com razão, o último doutrinador. O que importa, na hipótese em relevo, é a existência ou não de fato novo, se é o mesmo fato travestido de outra disposição legal, ou se o fato é agravado por outra sanção, não há repercussão no entendimento do acusado, que dele já teve ciência. Se o fato é distinto, há

³⁵ Em igual sentido, analisando a hipótese de aditamento por força de conexão, Choukr (1996, p. 7).

nova acusação, justificando nova citação pessoal.

7.1 Da necessidade de nomeação de defensor dativo ao ausente citado por edital

Em face das garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia processual, indispensável se apresenta a nomeação judicial de defensor dativo, após o transcurso do lapso temporal editalício, visando manifestar-se sobre as providências cautelares dispostas no art. 366 do CPP. No tocante à produção de provas urgentes, tal disposição se refere somente à iniciativa do Magistrado, do Ministério Público ou do Querelante. Ocorre que pode ser de interesse da defesa a formalização de determinada prova. Neste sentido, Silva (1996, p. 8) considera que antes do juiz decidir sobre a produção antecipada de prova, deve patrocinar a prévia manifestação das partes, inclusive de defensor dativo.

Para uma correta adequação ao Modelo Constitucional do Processo, em caso de decorrido o prazo editalício sem a manifestação do acusado, ou de seu procurador constituído, obrigatoriamente deve o juiz nomear defensor dativo, que se manifestará após vista ao Ministério Público, e não somente fazê-lo na produção de prova urgente. Nesse caso, a defesa, mesmo em contraditório formal, poderá vislumbrar a necessidade de produção de prova urgente em favor do acusado, que poderia inocentá-lo, ou mesmo minorar a acusação. E mais, caso determinada a prisão preventiva, poderá o defensor dativo arrimar recurso cabível, como também na hipótese de outro tipo de decisão conflitiva com os interesses do acusado.

Da maneira como é apregoada pela maioria dos doutrinadores, sem a nomeação de defensor dativo, várias providências podem ser tomadas pelo Juízo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, podendo o acusado somente demonstrar irrisignação em momento posterior, face uma situação pré-constituída. Embora, nesta situação, o contraditório não seja efetivo, a participação prévia será necessária para evitar tais dissabores relevadores do devido processo legal. Neste caso, melhor o contraditório formal do que nenhum contraditório.

8 CONCLUSÃO

A Lei nº 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, alterando o tratamento da revelia do citado por edital no processo penal, deve ser considerada um avanço jurídico, na medida em que suspende o processo e o lapso prescricional até a ciência pessoal do acusado ou apresentação de defen-

sor constituído, com a produção de medidas urgentes. Isso possibilita um devendo processo legal efetivo e substancial, desocupando o Poder Judiciário de desenvolver processos que não resultariam efetivos, na medida em que não localizado o réu citado por edital.

No tocante à possibilidade de retroação ou não da novel legislação, aplicando-se aos fatos anteriores à sua vigência, a par das respeitáveis correntes doutrinárias e jurisprudenciais que estudaram o tema, a solução encontra-se na aferição do atrito entre os corolários do devido processo legal — contraditório e ampla defesa *versus* isonomia. A retroatividade de disposição prejudicial é vedada constitucionalmente. Aplicar-se, tão-somente, a suspensão do processo sem a suspensão da prescrição desnivela a balança processual em favor do acusado. Todavia, é a única solução encampada pela idéia desenvolvida de Processo, na medida em que, sopesando-se os princípios institutivos, melhor prevalecer o avanço do contraditório e da ampla defesa sobre a isonomia, especialmente no processo penal, em que esta se apresenta mitigada pelo *in dubio pro reo e favor rei*. Sendo o Pacto de São José da Costa Rica adotado pelo Direito brasileiro, a partir de 09.11.92, possibilita a aplicação de tal regra, a partir dos fatos ocorridos desde então.

Embora não se disponha o lapso de suspensão do prazo prescricional, tal omissão pode ser suprida pela interpretação teleológica, razão pela qual não se vislumbra inconstitucionalidade. É vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer novos crimes imprescritíveis. A única disposição que se apresenta aplicável, pois, é a do art. 109 do CP vigente, observando-se a pena abstrata para o delito, a ser calculada tendo em vista a sanção máxima, como estabelece o citado artigo, por possibilitar um prazo maior para a satisfação do contraditório.

São consideradas medidas cautelares a produção antecipada de provas e a decretação de prisão preventiva, submetidas aos requisitos do *fumus bom iuris* e *periculum in mora*. Logo, não se pode entender que, pelo perigo de sua extinção, deva a prova testemunhal sempre ser produzida, ou que a decretação da prisão preventiva é obrigatória. Tais presunções lesam o Modelo Constitucional do Processo, na medida em que levam a um contraditório formal e à prisão infundada.

O recurso cabível para a decisão que suspende o processo é o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP.

Aplica-se a nova disciplina a todos os tipos de processo, especificamente, aos processos militar e eleitoral, tendo em vista a garantia do efetivo contraditório.

O réu que se esquia de ser citado, deve ser localizado, e caso contrá-

rio, tem-se o processo e a prescrição suspensos. O direito-garantia trazido pelo art. 366 do CPP aplica-se mesmo àquele que dificulta a ação estatal.

Ocorrendo revela intercorrente com aditamento de fato novo à acusação, aplicam-se as disposições do art. 366 do CPP ao evento desconhecido pelo acusado.

Sempre que esgotado o prazo editalício sem manifestação do acusado, deve haver nomeação de defensor dativo, para que promova a produção de prova urgente a favor do réu ou se indisponha contra a decretação de prisão preventiva. Na hipótese, o contraditório formal favorece o ausente.

Por tudo que foi visto, observa-se que, somente com um novo paradigma, consubstanciado no Estado Democrático de Direito, poderá haver a superação da crise do Direito vivenciada na modernidade. O avanço da ciência processual passa por uma releitura de todo o ordenamento jurídico em face dos princípios constitucionais, visto que de nada adianta uma Constituição garantista, se a prática infraconstitucional não se amoldar às novas premissas.

A adoção, pelo direito brasileiro, da imperiosa necessidade de conhecimento pessoal da acusação pelo réu, apresenta-se como uma nova visão do processo penal, na medida em que o convite à participação do interessado per-faz o adimplemento do devido processo legal e achaca a presunção trazida pela citação ficta, que tantas injustiças causou.

Não obstante, a jurisprudência pátria ainda não acordou para tais ditames, optando pelo caminho fácil da resolução prática das polêmicas, sem atentar para o caráter constitucional para dirimi-las.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, André Vinícius de. Questões polêmicas na Lei n° 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 4, n. 42, p. 6, jun. 1996.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Suspensão do processo e da prescrição penal*, doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. Com o art. 366 do CPP o réu consegue paralisar o processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 59, p. 12, out. 1997.

BARROS, Marco Antonio de. A situação do réu revel citado por edital na justiça militar. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 81, p. 6, ago. 1999.

BETANHO, Luiz Carlos. Citação e intimação. In: FRANCO, Alberto Silva;

STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 1464-1596.

____ Lei n.º 9.271/96: problemas na intimação dos advogados. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 44, p. 1, ago. 1996.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra ed., 1990.

CAZETTA, Ubiratan. Da impossibilidade de aplicação da Lei n.º 9.271/96 aos processos pendentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 51, fev. 1997.

CHOUKR, Fauzi Hasan. A prescrição na Lei n.º 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 7, jun. 1996.

____. Suspensão do processo em face da revelia: comentários à Lei n.º 9.271, de 17 de junho de 1996. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.23, p.41-65, jul./set. 1998.

CHUT, Marcos André. Aspectos polêmicos da Lei n.º 9.271/96. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 734, p. 559-563, dez. 1996.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. A citação editalícia e a eficácia do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 43, p. 2, jul. 1996.

CUNHA, J. S. Fagundes. A aplicação do art. 366 do Código de processo penal e o Pacto de São José da Costa Rica. Decreto n.º 678/92. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 251-271, jan./mar. 1998.

DOTTI, René Ariel. A ausência do acusado e a suspensão do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 730, p. 401-403, ago. 1996.

FELIPETO, Rogério. O art. 366 do Código de Processo Penal e sua aplicação intertemporal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 485-498, abr. 1999.

FERRARI, Eduardo Reale; CUSTÓDIO, Rosier Batista. A Lei n.º 9.271/96 e sua aplicação prática. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 56, p. 10, jul. 1997.

FRANCO, Alberto Silva. Retroatividade penal benéfica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 589, p. 285-291, nov. 1984.

_____. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 2, jun. 1996.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. O art. 366 do CPP e a revolta da doutrina. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 7, jan. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 366 do CPP e lei de lavagem de capitais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 70, p. 14, set. 1998. Edição especial.

_____. Da retroatividade (parcial) da Lei nº 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 4, jun. 1996.

_____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares da Lei nº 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 5, jun. 1996.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Aspectos relevantes da Lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 8, jun. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 1, jun. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUARAGNI, Fábio André. A revelia e a suspensão do processo penal: aspectos controvertidos do artigo 366 do CPP e outras questões sobre a Lei 9.271/96. Curitiba: Juruá, 1997.

GUIBO, Vitor Luiz de Oliveira. Lei nº 9.271/96. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 161-166, jan./mar. 1997.

IBIAPINA, Humberto. O art. 366 e sua nova redação: porque aplicá-lo nos processos em curso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 61, p. 19, dez. 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal com redação da Lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 3, jun. 1996.

_____. Revelia e prescrição penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 504-509, out. 1996.

MALULY, Jorge Assaf. Lei nº 9.271/96: provas urgentes e o depoimento testemunhal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 52, p. 8, mar. 1997.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: a urgência do art. 366 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 5, out. 2000.

SAMPAIO JÚNIOR, Denis Andrade. *Suspensão do processo e da prescrição penal: comentários à Lei nº 9.271/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÍCOLI, José Carlos Meloni. A produção antecipada da prova testemunhal em face da revelia, no Código de Processo Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 733, p. 442-445, nov. 1996.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da irretroatividade da suspensão do processo (Lei nº 9.271/96). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 47, p. 4, out. 1996.

_____. A produção probatória antecipada (art. 366 do CPP) em face do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 58, p. 8, set. 1997.

STOCO, Rui. Recurso cabível da decisão que suspende o processo e o curso da prescrição (art. 366 do CPP). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 66, p. 4, maio. 1998.

SUANNES, Adauto Alonso S. Lei nº 9.271/96: intimação obrigatória dos advogados. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 48, p. 2, nov. 1996.

TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis no tempo no direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 772, p. 445-454, fev. 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *A revelia e a suspensão do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de Processo Penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VIVEIROS, Mauro. Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 48, p. 3, nov. 1996.