

2. DOUTRINA NACIONAL

SUSPENSÃO DO PROCESSO EM FACE DA REVELIA COMENTÁRIOS À LEI 9.271, DE 17 DE JUNHO DE 1996

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 1. Fundamentos políticos da lei: 1.1 Aprimoramento do contraditório e da ampla defesa: a busca de sua efetividade – uma visão *ex parte populi*; 1.2 Aprimoramento da execução da pena justamente imposta: uma visão *ex parte principii*; 1.3 Eficácia das garantias constitucionais como premissa para a cooperação penal internacional – 2. A suspensão do processo em face da revelia no direito comparado: 2.1 Itália; 2.2 Espanha; 2.3 França; 2.4 Portugal; 2.5 Alemanha; 2.6 Argentina; 2.7 Colômbia; 2.8 Sistema da *commom law*: Inglaterra e Estados Unidos – 3. Algumas conclusões em face da análise do direito comparado – 4. A situação no direito brasileiro: causas de suspensão do processo: 4.1 Ausência de intimação pessoal da pronúncia; 4.2 Exceções; 4.3 Conflito de jurisdição/atribuições; 4.4 Incidente de insanidade; 4.5 Questões prejudiciais; 4.6 No art. 89 da Lei 9.099/95 – 5. A suspensão do processo em face da revelia: seus requisitos: 5.1 Citação editalícia; 5.2 Não comparecimento do denunciado; 5.3 Não nomeação do defensor – 6. Consequências da suspensão em face da revelia: 6.1 Interrupção do prazo prescricional; 6.2 Determinação cautelar de produção de provas; 6.3 Decretação da prisão preventiva – 7. Questões polêmicas da lei em pauta: 7.1 Natureza da norma penal, processual penal ou mista; 7.2 *Dies ad quem* – um caso de imprescritibilidade disfarçada?; 7.3 Meios de impugnação da decisão suspensiva; 7.4 Suspensão do processo já em fase recursal; 7.5 Um caso à parte: suspensão pela revelia e a Lei 9.099/95: a frustração da celeridade tão almejada – 8. Ponto final para reflexão: Há a efetiva proteção às garantias constitucionais fundantes da lei?

1. Fundamentos políticos da lei

A incompatibilidade do desenvolvimento de uma relação processual sem a presença do acusado com a efetiva proteção das garantias constitucionais integrantes do chamado *due process of law*, vem sendo ponto de preocupação da doutrina processual firmemente engajada com os valores constitucionais do processo.

Não por outro motivo, Grinover, na condição de uma das mais expressivas fontes doutrinárias da Escola Proces-

sual de São Paulo,¹ enfatizou a necessidade de conferir ao acusado não apenas o conhecimento formal da imputação, mas, sobretudo, a ciência concreta e substancial da acusação que se lhe recai, para que possa, assim, exercer

(1) Para uma análise histórica da ora denominada Escola Processual de São Paulo, veja, entre outros, Ada Pellegrini Grinover. A modernidade no direito processual brasileiro. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro : Forense, p. 3, 1996; Frederico Marques, J. *A Escola Processual de São Paulo*. São Paulo : Saraiva.

plenamente o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, em atendimento ao Executivo Federal, a Escola Processual de São Paulo, através do Instituto Brasileiro de Direito Processual, trabalhou em projetos de modernização do Código de Processo Penal em inúmeras vertentes, sendo uma delas a remodelação do aparato instrumental penal no que tange à ciência dos atos processuais para que desaparecesse o processo sem a presença concreta do acusado, vez que assim “evita-se o quase sempre inútil processo à revelia que leva a centenas de expedições de mandados de prisão descumpridos, sem risco de impunidade, dada a suspensão do prazo prescricional, que incentivará o acusado a comparecer para efetivamente defender-se”.²

1.1 Aprimoramento do contraditório e da ampla defesa: a busca de sua efetividade — uma visão ex parte populi

As garantias constitucionais integrantes do devido processo legal apresentam uma dupla hipótese de abordagem. Na linguagem de Lafer, podem ser encaradas pela ótica do acusado (*ex parte populi*) ou pela ótica do Estado (*ex parte principii*), dicotomia esta não excludente, mas sim complementar e, mais do que isto, interdependente, na medida em que se legitimam os componentes do binômio reciprocamente.³

Para o processo penal, tal distinção apresenta-se com a roupagem compreendida nos vocábulos “garantia” e “efi-

ciência”, que, conjugados, devem conduzir a um resultado de equilíbrio, ao menos enquanto ideal teórico, mas de reconhecida dificuldade de operacionalização na prática.⁴

Na linhagem “garantia” está toda a preocupação com a substancial participação do acusado na tarefa de construção de uma relação processual penal contraditória em sua plenitude, com o exercício total da ampla defesa e do próprio contraditório.

Mais ainda. Com a contemporânea vinculação desta última garantia ao direito à prova⁵ pode-se concluir que a ausência do réu macula a própria construção da verdade processual, colocando em risco a estrutura acusatória constitucionalmente construída. Afinal, dizer-se que o processo penal almeja ser um “processo de partes” e dar a uma delas a aparição meramente formal é fazer apenas um jogo retórico sem qualquer repercussão no mundo dos fatos.

1.2 Aprimoramento da execução da pena justamente imposta: uma visão ex parte principii

Se o aspecto garantidor da norma está respaldado na concreta atuação do contraditório e da ampla defesa, a visão *ex parte principii* aparece na necessidade de aplicação da pena imposta de forma com que ela possa cumprir o fim a que se

(2) GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 306.

(3) Veja nosso *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo : RT, 1995, em especial capítulo primeiro

(4) Para a mais vasta abordagem do pensamento garantista no direito e processo penal, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*. Trad. espanhola de Perfecto André Ribañez e outros. Madrid : Editorial Trotta, 1995.

(5) Na doutrina brasileira a palavra abalizada de Gomes Filho (Antonio Magalhães), *Direito à prova no processo penal*. São Paulo : RT, 1997, vincula a construção do direito à prova com a garantia do contraditório.

destina, seja qual for o objetivo que se queira dar à pena.

É um pensamento válido sob todos os aspectos. De nada adianta o dispêndio do dinheiro público e a celebração de um ritual envolvendo inúmeros personagens da administração da Justiça para, ao final, ser inócuo o resultado de toda marcha processual. Por outro lado, a legitimidade do sistema é colocada em posição comprometedora cada vez que um processo se desenrola culminando com um comando condenatório que acaba não modificando o mundo da vida. Na leitura popular do problema, este quadro recebe o nome de impunidade, que alimenta o descrédito para com a Justiça penal. Também por este aspecto a suspensão do processo em face da revelia traduz um aprimoramento da estrutura processual penal.

1.3 Eficácia das garantias constitucionais como premissa para a cooperação penal internacional

Há um terceiro flanco de abordagem para os fundamentos políticos da suspensão do processo pela ausência inicial do acusado, o da cooperação penal internacional, especificamente neste ponto merecendo destaque o tema da extradição, tradicionalmente visto pela ótica *ex parte principi*,⁶ mas que vem progressivamente alterando seu perfil.

Assim pode-se entender a advertência de Grinover, quando aduz que o processo à revelia compromete a cooperação penal

internacional, compreendido aí, sobretudo, o processo de extradição, sendo que “em muitos tratados bilaterais de extradição e em diversas leis internas está prevista a possibilidade de recusa de cooperação judicial pelo Estado requerido quando o país requerente tenha condenado o réu à revelia, podendo a extradição ser concedida caso o Estado requerente se comprometa a submeter o acusado a novo julgamento, com observância das garantias mínimas do efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa”.⁷

Com efeito, no cenário internacional, a extradição, enquanto um dos principais instrumentos da cooperação em matéria penal, está sustentada em normas protetoras dos denominados direitos e garantias fundamentais estabelecidos, de regra, nas Convenções Internacionais dentro dos grandes sistemas.⁸

Na seqüência, tais normas passam a ter guarida expressa nas Constituições, como é o próprio caso brasileiro, a teor do disposto no art. 5.º, § 2.º, que compartilha, assim, a “nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”, no dizer de Cançado Trindade.⁹

(7) GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 42, encarte especial sobre a Lei 9.271/96.

(8) Os grandes sistemas, em especial, são os previstos no contexto americano (OEA) e europeu (CCE), além de outros (como a Liga Árabe) onde a tradição na proteção aos direitos humanos ainda não se fixou por completo.

(9) C.T. Antonio Augusto, Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Instrumental*

(6) Neste sentido a advertência de Lagodny & Reisner: “Extradition treaties are made for the benefit of the governments concerned”, in Extradition treaties, human rights and “emergency-brake” judgements. A comparative european survey. *International Penal Law Review*, 65.

No que de perto interessa ao caso brasileiro, a Convenção Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) possui regra específica quanto ao direito de o acusado ser pessoalmente comunicado da acusação contra ele lançada a teor do disposto no art. 8.º, 2, b, que dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito à comunicação prévia e pormenorizada da imputação lançada,¹⁰ no sendo o caso de abordar, ao menos por ora, a tormentosa discussão sobre a hierarquia da norma internacional zeladora de garantias fundamentais em relação àquelas de direito interno.¹¹

A relação de tais normas para com a extradição é assaz complexa, vez que esta, em si mesma, apresenta-se multifacetária. Nesse sentido, e de acordo com Araújo Júnior, podemos encontrar dentre as inúmeras espécies de extradição a chamada extradição processual e a executiva, aquela destinada a fazer com que uma pessoa seja processada e, esta última, tendo como finalidade a submissão ao cumprimento de uma pena regularmente imposta.¹²

tos internacionais de proteção dos direitos humanos, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Série Documentos, São Paulo, v. 14, 1996.

(10) Neste ponto seria despidendo esclarecer que não se trata de comunicação ao defensor técnico, mas sim ao próprio réu. Quando a Convenção quis falar em defensor técnico assim o fez, mencionando expressamente a presença do advogado e a assistência por ele prestada.

(11) Para uma visão do assunto, entre outros, consulte Mirtô Fraga. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno — estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

(12) ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. La Extradición. *Curso de cooperación penal*

No plano internacional, como apontam Lagodny & Reisner, *sentences of contumacy/rendered in absentia are dealt in two ways: first, they are treated as a complete bar to extradition. The extradition may only be granted if the fugitive's rights of defense had duly been respected or/and if he had fairly been represented in court during the trial in contumacy... Second, the violation of the extraditee's defense rights are to be remedied after the extradition... the extradition shall be granted if the requesting Party gives an assurance considered sufficient to guarantee to the person claimed the right to a retrial which safeguards to the rights of defense*".¹³

Observa-se, pois, que, enquanto prática, o julgamento à revelia que dá origem a um pedido de extradição (extradição executiva) não é um óbice intransponível, mas, sem dúvida, é um fator de complicação para o deferimento do pedido que, em contrapartida, será mais facilmente aceito se o título condenatório tiver sido produzido com a presença concreta do acusado.

É de ser destacado que no contexto europeu, onde há concordância dos países integrantes do Conselho da Europa à jurisdição da Corte Internacional de Justiça, as violações dos direitos fundamentais no deferimento da extradição podem ser sanados pelos pronunciamentos daquela Corte, inclusive no que tange à plenitude do direito de defesa e seu tema ora correlato, o julgamento à revelia, situa-

internacional, Carlos Alvarez Editor, Rio de Janeiro, 1994, p. 151 *et seq.*

(13) Otto Lagodny & Sigrun Reisner. Extradition treaties, human rights and "emergency-brake" judgements. A comparative european survey. *International Review of Penal Law*, 65, p. 558.

ção esta sem similar no caso brasileiro, vez que não aceitamos a jurisdição da Corte Interamericana de Justiça.

O palco internacional pode ainda ser útil para que se tenha uma idéia do posicionamento do tratamento da matéria em outros ordenamentos sem, contudo, procurar com isto a adoção irrestrita de outras soluções ao sistema brasileiro. Serve como ponto de reflexão e aprendizado. Na já desgastada imagem, é o tiro de partida, não a faixa de chegada.

A suspensão do processo em face da revelia no direito comparado

- Itália
- Espanha
- França
- Portugal
- Alemanha
- Argentina
- Colômbia
- Sistema da *commom law*: Inglaterra e Estados Unidos

2. A suspensão do processo em face da revelia no direito comparado

Para a análise da situação da suspensão do processo no direito comparado é forçoso ter em conta a distinção das causas de suspensão – assim como no direito brasileiro –, na medida em que a interrupção da marcha processual pode se dar pelo acordo entre as partes e não necessariamente pela revelia.

Outro ponto que merece ser colocado em destaque desde logo em termos de direito comparado é o do tratamento diferenciado para cada tipo de procedimento. Necessariamente não é idêntico o tratamento da suspensão do processo em face da ausência do acusado em todos os tipos procedimentais. Como se verá, nos procedimentos destinados à

apuração de delitos de menor gravidade existe certa tolerância para a ausência do acusado não citado de forma direta.

Por fim, é necessário distinguir a razão da ausência do acusado no processo e, nesse ponto, basicamente as situações são as seguintes: o acusado foi regularmente citado e deixou de comparecer espontaneamente; o acusado foi regularmente citado e não compareceu devido a caso fortuito ou força maior e, por fim, o acusado não foi encontrado para ser pessoalmente citado. Das três hipóteses, esta última é a que mais diretamente importa ao presente estudo.

2.1 Itália

Dentre as hipóteses acima invocadas, o direito processual penal italiano prevê nos arts. 486 e 487 a disciplina da suspensão do processo em face da ausência do acusado na fase de debates motivada por caso fortuito ou força maior, dispondo que, nesses casos, “il giudice con ordinanza, anche di ufficio, sospende o rinvia il dibattimento, fissa la data della nuova audienza e dispone che sia rinnovata la citazione a giudizio” (art. 486, I).

Já no art. 487 existe a previsão da contumácia e, uma vez certificado o pleno conhecimento pelo acusado com relação a imputação, e não sendo o caso de ocorrência de caso fortuito ou força maior, o juiz declara a contumácia, designando nova data de audiência, até a qual o acusado ausente poderá justificar sua falta na audiência anterior e fazer desta forma com que a pronúncia da contumácia seja revogada.

Ambas as situações exigem, entretanto, a plena ciência do acusado da imputação que se lhe pesa tendo, inclusive, o magistrado a possibilidade de renovar a citação caso haja, a seu juízo,

dúvida quanto ao pleno conhecimento pelo acusado quanto ao teor da acusação (art. 485).

Tais situações divergem da ausência de conhecimento pelo réu do teor da imputação. No entanto, pelo disposto no art. 489 daquele diploma legal, pode-se deduzir que existe a possibilidade de início do processo com o réu ausente. Isto é extraído do inc. 1 do mencionado artigo, que dispõe: "l'imputato già contumace che prova di non avere avuto conoscenza del procedimento a suo carico, può chiedere di rendere le dichiarazioni previste dall'articolo 494...". A contumácia (ausência do imputado) pode ser declarada quando desconhecido por ele o teor da imputação.

O direito processual penal italiano prevê o esgotamento de meios para localização direta do imputado (mecanismos previstos no art. 157 *et seq.*) e culmina com a disposição do art. 159, 2, que prevê "le notificazioni in tal modo eseguite sono valide a ogni effetto. L'irreperibile è rappresentato dal difensore".

2.2 Espanha

No direito processual penal, conforme lição de Gimeno Sendra¹⁴ *et alii*: "No resultando imprescindible la presencia del inculcado a lo largo de las diligencias de investigación, en cambio, para celebrar el juicio oral, el acusado ha de estar físicamente presente o a disposición del tribunal durante sus sesiones; es decir, no puede celebrarse el juicio y dictar una sentencia si el acusado ha sido declarado en rebeldía...", admitindo-se exceções de acordo com o tipo de proce-

dimento de que se trata. Pode-se concluir de uma forma geral que os procedimentos abreviados, apropriados a delitos de menor significação, admitirão a atenuação da regra geral.

2.3 França

No direito francês a regra do art. 412 do Código de Processo Penal estabelece que "si la citation n'a pas été délivrée à la personne du prévenu, et si'il n'est pas établi qu'il ait eu connaissance de cette citation, la décision, au cas de non-comparution du prévenu, est rendue par défaut", mas, como aponta Pradel, esta decisão tem eficácia extremamente restrita vez que não poderá ser objeto de execução enquanto o condenado não tiver pleno conhecimento de seu teor e refutá-la se assim o desejar.¹⁵

2.4 Portugal

No direito processual penal português, ao lado das causas de suspensão do processo previstas para a composição entre as partes dentro das hipóteses previstas na legislação penal material (e que, em comparação com a disciplina no direito brasileiro mais se assemelham aos casos estipulados no art. 89 da Lei 9.099/95), existe disciplina muito próxima daquela ora abordada, cujo conteúdo está disciplinado no art. 33 *et seq.* do Código de Processo Penal.

Com efeito, na fase de debates, uma vez constatada a ausência do "arguido", será sobrestado o feito, será providenciada sua notificação por edital (art. 335), dando-se-lhe o prazo de trinta dias para comparecimento, findo o qual será declarada sua contumácia.

(14) G.S. Vicente, Moreno Catena, Victor e Cortes Dominguez. *Derecho procesal - Proceso penal*. Madrid: Tirant le Blanch. 1992, especialmente p. 169.

(15) P. Jean. *Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, 1995, especialmente p. 526.

Aproximando ainda mais a legislação lusitana da disciplina pátria, o art. 336 dispõe sobre a suspensão do processo até a apresentação do acusado, sem prejuízo da realização dos atos urgentes. Ou seja "aqueles cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou conservação da prova, ou para a descoberta da verdade, nomeadamente à tomada de declarações das pessoas..." (art. 320).

No entanto, é de ser acrescentado que tal regra sofre certa mitigação à luz do disposto no art. 334, que prevê a possibilidade da continuação do procedimento desde que o caso se enquadre dentro das hipóteses previstas para o rito sumaríssimo.

2.5 Alemanha

A situação no direito alemão é mais rígida, não sendo aceita a persecução penal na ausência do acusado, desde que esta ausência não seja voluntariamente causada pelo réu. Como mencionou Pradel na sua já citada obra, como "... règle original, les débats peuvent avoir lieu en son absence dès lors que ces débats sont nécessaires à la préservation de la preuve, 'pour conserver les preuves en vue d'une comparaison future' (par. 285, al. 1 St Po); mais dans l'immediat, le tribunal doit prononcer la relaxe".¹⁶

2.6 Argentina

Já no contexto sul-americano, dentro do projeto de reforma geral dos códigos instrumentais penais, destaca-se o Código Nacional Argentino que, para a ausência do acusado, possui regra específica contida no art. 288 *et seq.*, em especial o 290, dispondo que "la

declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar".

Observa-se, pois, a mesma preocupação em face de medidas de ordem cautelar, como a produção de provas e a preservação daquilo que eventualmente já tiver sido objeto de produção. A declaração de "rebeldia" poderá ser revista com o comparecimento do réu e a prova da justificação de sua ausência ou mesmo do desconhecimento à época da declaração da existência da acusação que lhe recaía.

2.7 Colômbia

No direito colombiano a hipótese de não localização do réu segue o disposto no art. 192, ao disciplinar "las providencias que se dicten en el curso de cualquier diligencia relacionada con ésta, se considerarán notificadas en ella aunque no hayan concurrido los sujetos procesales, siempre que se hayan respetado las garantías fundamentales", sendo possível deduzir quanto ao prosseguimento normal do procedimento com a certificação da ausência, pelo teor do art. 385 *et seq.*

2.8 Sistema da common law: Inglaterra e Estados Unidos

O sistema da *common law* não admite, via de regra, a realização do processo sem a presença do acusado, vez que "one of the principal reasons for having a criminal trial is to require the prosecution to prove its case in open court, if it can, and to allow the defendant

⁽¹⁶⁾ Pradel. Op. loc. cit.

the opportunity to contest the case. A system in which decisions on guilt or innocence are taken behind closed doors without a proper opportunity to make a defense fails to achieve this ideal", na lição de Ashworth.¹⁷

Certo é que existem algumas exceções, principalmente na prática estadunidense, com a possibilidade da realização do procedimento mesmo na ausência do acusado, mas não se admite a possibilidade do início da persecução penal sem que o acusado tenha tido conhecimento direto do teor da imputação, sobretudo pelo exercício de admissão ou não da culpa (*plea of guilt*).

Pode-se igualmente concluir pela coerência de tal posição também nas relações internacionais envolvendo a Inglaterra (mais exatamente o Reino Unido) quando opôs reserva à cláusula do julgamento à revelia na Convenção do Conselho da Europa sobre Extradição (originalmente de 1957, com dois¹⁸ protocolos suplementares em 1975 e 1978) e praticamente em todos os seus tratados bilaterais para extradição existe cláusula expressa quanto à *contumacy*, exceção feita àquele firmado com os Estados Unidos (junho/1972), vez que ambos não prevêm a possibilidade do julgamento à revelia.

3. Algumas conclusões em face da análise do direito comparado

Pela abordagem junto aos sistemas visitados, pode-se extrair como regra

geral que o modelo da *common law*, no que tange à ausência do réu pela falta de conhecimento da acusação, é absolutamente intolerante. Com efeito, ainda que exceções possam vir a ser notadas no desenrolar do procedimento, fato é que ele não tem início sem o necessário conhecimento pelo acusado. Neste sentido, pois, não há que falar em suspensão do processo, mas sim em sua não instauração.

No que tange aos países adotantes do modelo da *civil law*, a situação é mais heterogênea. Com efeito, para o tema que nos interessa há países que vedam simplesmente a continuidade do processo sem a presença do acusado, suspendendo o curso da marcha processual e, ao mesmo tempo, facultando a produção de meios de prova em sede cautelar (Portugal), enquanto outros mantêm a continuidade do procedimento, mas não dão à sentença de caráter condenatório qualquer possibilidade de execução antes que o condenado possa a ela se opor (França).

A situação brasileira enquadra-se marcadamente na primeira espécie de países dentro do contexto da *civil law*, rompendo assim larga "tradição" do direito pátrio, desde sempre influenciado pelas raízes portuguesas, agora também modernizadas.

Para completar a similitude com o direito português, é forçoso lembrar que o art. 125.º do Código de Processo Penal daquele país prevê como causa interruptiva da prescrição a declaração da contumácia (1, *b*), voltando a correr a prescrição a partir do dia em que cessar a causa da suspensão (2), repetindo-se o mesmo dispositivo no Código Penal alemão, em seu art. 69, § 1.º, ao dispor que "suspende-se a prescrição durante o tempo em que, com base em dispositivo legal, a ação penal não pode ser iniciada

(17) Andrew. *Criminal process – An evaluative study*. Oxford : Clarendon Press, 1995. p. 55, em especial.

(18) Há a mesma situação nos tratados bilaterais firmados com Bélgica (outubro/1901), Cuba (outubro/1901) e Equador (setembro/1880), mas por outras razões em relação a Cuba.

ou prosseguida". As diferenças entre os termos "suspensão" e "interrupção" presentes nos textos acima citados e seus reflexos no quadro brasileiro serão mencionados em outro ponto deste trabalho.

Cabe ainda um último ponto de destaque. Ainda nos países que não admitem o processo ante a ausência do acusado, vez que não pessoalmente citado, tal situação é atenuada de acordo com o tipo de procedimento que está em curso. A lição é bastante clara: existe espaço de tolerância para ausência do acusado como nos procedimentos sumaríssimos da legislação portuguesa, situação esta que não foi seguida pela experiência brasileira, o que pode ser comprovado quando do confronto entre a suspensão do processo e os delitos de menor potencial ofensivo previstos na Lei 9.099/95 (ver *infra*).

4. A situação no direito brasileiro: causas de suspensão do processo

Antes de qualquer preocupação com a efetividade das garantias constitucionais do processo ter dominado o palco doutrinário brasileiro, o carcomido Código em vigor já previa algumas hipóteses de suspensão do processo que, sempre tendo convivido com os operadores do direito, nunca significaram fonte de insurreição doutrinária como o que se viu com o caso da Lei 9.461/96 que, em princípio, foi tida como uma causa (mais uma) de completa paralisia do sistema persecutório.

4.1 Ausência de intimação pessoal da pronúncia

Disciplina o art. 414 do Código de Processo Penal que a intimação da decisão de pronúncia será necessariamente pessoal no caso de crimes inafiançáveis,

não sendo admissível nesta hipótese sequer a intimação na pessoa do advogado e, muito menos, intimação ficta (por edital).

O reflexo processual desta norma é a paralisação do processo enquanto a intimação pessoal não se efetivar. Contudo, embora suspensa a relação processual, o prazo prescricional flui normalmente até que o termo *ad quem* seja alcançado ou seja o acusado intimado pessoalmente. Tal situação nunca foi alvo de críticas no que tange à normal fruição da prescrição até porque na maior parte dos casos o termo é muito longo (vinte anos, tratando-se de homicídio).

Outro ponto que nunca causou estranheza à doutrina e jurisprudências pátrias é a situação do concurso de agentes, onde um deles, não intimado pessoalmente da pronúncia, tem o procedimento sobrestado, enquanto o outro, regularmente intimado, vai a julgamento, havendo a separação de processos.¹⁹ A diversidade de limites objetivos e subjetivos da coisa julgada que pode naturalmente acontecer em tais situações nunca foi óbice para a suspensão do processo nessas hipóteses, sendo tratadas dentro dos padrões doutrinários tradicionais.²⁰

A experiência da intimação pessoal da pronúncia é válida também para demonstrar que o legislador de 1942, sempre

(19) Aliás, situação esta que pode ocorrer igualmente no caso de interposição de recurso em sentido estrito na hipótese de concursos de agentes. Havendo recurso por parte de um deles, não será ele levado a julgamento enquanto estiver em tramitação a análise recursal, enquanto o co-réu poderá ser julgado, com todas as óbvias possibilidades de terminação da relação processual.

(20) A esse respeito, por todos, veja-se Ada Pellegrini Grinover. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo : RT, 1978.

criticado, pode ter encontrado um caminho correto pela ótica do processo moderno, qual seja, o de tratar de maneira procedimentalmente adequada a situações diversas. Assim é que, para os crimes afiançáveis a regra é excepcionada, vez que a norma de direito material em face da sua complexidade permitiria a exceção aos olhos do Código de 42. A validade da postura está na diferenciação das situações, embora possa ser criticável a escolha do procedimento em que foi feita.

4.2 Exceções

O processo penal brasileiro tem de forma muito mal disciplinada o regime das exceções, basicamente previstas no art. 95 *et seq.* do Código de Processo Penal, sendo previstas as exceções de suspeição, incompetência de juízo,²¹ ilegitimidade de parte e coisa julgada e que, via de regra, suspendem o processo a teor do disposto no art. 111 do mesmo Código.

Todavia, algumas hipóteses suspensivas podem ocorrer sem a afetação do fluxo do prazo prescricional, como a situação em que o juiz suspeito acolhe a suspeição oposta (art. 99), situação esta que nunca causou incômodos em relação ao termo prescricional, vez que esta suspensão processual tenderia a ser por prazo quase insignificante.

4.3 Conflito de jurisdição/atribuições

Sem adentrar-se nas várias nuances doutrinárias acerca do tema, o conflito de jurisdição positivo é causa suspensiva da relação processual até que seja deter-

minado o juízo (ou, às vezes, a Justiça) competente para apreciação do caso (art. 116). Nestas hipóteses existe a suspensão da ação principal até que o conflito seja julgado, sem que haja, entretanto, suspensão do prazo prescricional.

Idêntica situação é encontrada quando do surgimento do chamado conflito de atribuições entre integrantes do Ministério Público antes do oferecimento da ação penal, situação esta que pode paralisar a tramitação da investigação criminal sem que, contudo, exista a suspensão do prazo prescricional que flui normalmente nesse período a teor do disciplinado no art. 109 do Código Penal, que dispõe o transcurso do termo entre a data do fato e o recebimento da denúncia, primeira causa interruptiva.

4.4 Incidente de insanidade

Ainda no bojo do Código de Processo Penal outra causa suspensiva é o deferimento de instauração do incidente de sanidade. Como preleciona Espínola Filho, "a determinação do exame de sanidade mental do réu nenhuma influência terá sobre a continuação do curso regular do inquérito, no qual, apenas, passará a ter intervenção o curador nomeado pelo juiz... nem impedirá seja oferecida e recebida a denúncia, feito o que serão efetuados tão-somente os atos e diligências que poderão ter sua realização prejudicada se houver demora... No mais não poderá prosseguir o processo e, após recebida a denúncia ou queixa, será susado o seu curso, como se verificará, se o incidente surgiu e o exame foi ordenado em fase mais adiantada da ação penal, sem prejuízo, porém, da realização de atos e diligências de natureza urgente..."²²

(21) Neste ponto a exposição de Frederico Marques, para quem a exceção ora mencionada não é uma exceção propriamente dita (*Da competência em matéria penal*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 309).

(22) ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. São

O incidente pode ter seu surgimento ainda na fase de inquérito policial ou já no desenrolar da ação penal. Embora o estatuto processual preveja tempo para duração do incidente (quarenta e cinco dias), prazo este que não é peremptório e, quando muito, se superado injustificadamente, pode causar a liberdade do acusado se preso estiver, fato é que na falta de condições habituais do sistema penal tal elaboração pode demorar meses sem que haja qualquer interferência no andamento do prazo prescricional.

4.5 *Questões prejudiciais*

Outra causa suspensiva da relação processual penal já existente e disciplinada no Código de Processo Penal é a questão prejudicial, a teor do disposto nos arts. 92 e 93 do estatuto instrumental.

Neste ponto é interessante ressaltar que o processo suspenso – sem interrupção da prescrição, observe-se – fica em estado de latência aguardando decisão em outra jurisdição por prazo judicialmente determinado – e prorrogável – conforme demonstra o art. 93 já mencionado. Talvez porque de raríssima utilização prática, a suspensão do processo em razão da questão prejudicial nunca chamou a atenção da doutrina e jurisprudência pátrias e, assim, a interrupção de um processo sem a respectiva suspensão da prescrição nunca foi alvo de grandes debates.

Paulo : Freitas Bastos, 1942. p. 335. Impossível, pois, concordar com a opinião (ou ao menos assim se subentende) de Damásio, quando aponta a normal tramitação do feito quando da instauração do incidente justificando-a no fato de ser a questão autuada e processada em apartado (Damásio de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 133.

Uma situação que pode servir para mudar um pouco esse cenário é a referente aos crimes contra a ordem tributária. Há jurisprudência assentada quanto a prejudicialidade da decisão na esfera administrativa quanto a correção ou não do tributo eventual sonegado para saber de sua incidência ou não na situação fática. Nos últimos anos é o único tema que chamou à baila a matéria da prejudicialidade, vez que a esfera administrativa é forçosamente lenta e a suspensão do processo penal por essa razão tenderia a avançar sobre o termo prescricional.

4.6 *No art. 89 da Lei 9.099/95*

Faz-se menção à Lei 9.099/95 apenas para frisar que antes da entrada em vigor do diploma legal aqui enfocado o processo penal conheceu outra causa suspensiva, completamente diversa em sua estrutura e finalidade e cuja abordagem, se minudente, extrapolaria por demais o objetivo deste texto. Aqui fica apenas o registro da existência da causa suspensiva e que qualquer ligação possui com o fluxo do prazo prescricional.

5. *A suspensão do processo em face da revelia: seus requisitos*

Afastada a hipótese de aplicação desta norma à revelia intercorrente, também é necessário especificar que a simples ausência do acusado em face da citação ficta não é, por si só, causa ensejadora da aplicação da lei, vez que outros requisitos impõem-se para que seja o processo – e o prazo prescricional – suspenso.

5.1 *Citação editalícia*

A não localização pessoal do acusado é a primeira causa ensejadora da inci-

dência da norma em exame. Como já sedimentado na doutrina e jurisprudência, a citação ficta é excepcional em relação àquela pessoal, e somente tentada quando frustrado o contato direto com o acusado. Mesmo assim, ainda que citado por edital, o acusado deve ser buscado através de outros meios (expedição de ofícios, concurso policial etc.).

No entanto — e essa é uma observação obrigatória —, quando a lei da suspensão pensou na palavra citação e, por via reflexa, na forma de admissão da causa com o recebimento da denúncia, limitou-se a pensar na forma tradicional de recebimento da inicial acusatória.

E, no nosso sistema, a forma tradicional é o simples envio da denúncia ao juiz competente que, verificando presentes as condições da ação, receberá a peça vestibular. Na estrutura ordinária não existe uma fase prévia de verificação de admissibilidade da causa, não havendo, pois, um contraditório prévio entre o denunciado e o promovente da ação. No entanto, casos há em que a situação antes mencionada se opera, situações essas que não foram alvo específico da lei e, por tal motivo, podem se tornar em exceções não exatamente desejadas.

Dentro de tal contexto, situação particularmente interessante é a da perseguição dos crimes cometidos por funcionários públicos. Quando afiançável o crime, antes do recebimento formal da denúncia ou queixa, será o funcionário notificado para apresentar defesa preliminar para, só então, formar o julgador seu convencimento acerca do recebimento ou não da exordial acusatória. Não sendo o funcionário pessoalmente encontrado para receber a notificação, resta saber se haverá ou não a suspensão do processo em face da revelia.

Do ponto de vista estritamente pragmático pode-se indagar, inicialmente,

quando o funcionário estaria em local ignorado, vez que é ainda é funcionário (pois se não mais o fosse não seria aplicado tal rito). A resposta a tal indagação, ao menos teoricamente, é positiva. E, em sendo positiva, remanesce o problema.

Mais do que uma questão semântica (a lei fala em citação e a norma do Código em notificação a teor do art. 514), o problema é estrutural. A suspensão somente ocorre com o início formal da ação penal, o que ainda não houve no caso em tela, onde sequer há a formação do julgador quanto ao acolhimento ou não da peça vestibular. Neste ponto, sob um ângulo estritamente dogmático, não se pode falar em suspensão de coisa alguma, devendo ser nomeado defensor para oferecimento da resposta preliminar. No entanto, resta uma questão de princípio, que é o espírito da lei.

Por tudo quanto já foi dito, o espírito da norma é possibilitar a defesa ampla e eficaz, assim como o amplo e eficaz exercício do contraditório. Dentro de tal quadro, fica totalmente comprometida a plenitude do exercício do contraditório justamente num momento de fulcral importância na convicção do magistrado e que pode, de plano, obstar o exercício da ação penal.

A estrutura da lei, no entanto, não viabiliza tal entendimento. O funcionário não localizado para ser pessoalmente notificado deve ser defendido na fase preliminar, sujeitando-se ao recebimento eventual da peça inaugural para, apenas após e em persistindo sua ausência, ter o processo suspenso.

Se extremamente cerebrina a hipótese, ela serve para demonstrar — ao menos nesse ponto — um certo descompasso sistêmico da matéria, fruto que é, frise-se uma vez mais, de reformas pontuais sem um fio condutor,

como já tivemos oportunidade de assinalar em outro texto.²³

Idêntico problema surge na Lei de Imprensa, onde a redação é ainda mais tormentosa. O art. 43 fala dos requisitos da denúncia ou queixa e o § 1.º afirma que “ao despachar a denúncia ou queixa, o juiz determinará a citação do réu para que apresente defesa prévia no prazo de cinco dias”. Se a redação se contentasse com isto, tudo estaria bem. No entanto, ela é bem mais complicada.

Embora fale em citação – conhecimento da inicial –, não há ainda relação processual penal instaurada, com o recebimento formal da acusação. Isto apenas se dará após o recebimento da defesa prévia, nos exatos termos do art. 44. Fundamentalmente, pois, o problema é idêntico ao do art. 514 do Código de Processo Penal, apenas que com âmbito de abrangência bem maior.

Nos dois casos, os mesmos problemas e a mesma matriz de imprevidência, sobretudo porque o legislador quando imaginou a norma, imaginou-a fora de um sistema, ou pensando apenas em parte deste. Na maior parte, é bem verdade, vez que na maior parte dos casos o modelo brasileiro – ou o que resta dele – se contenta com o oferecimento da inicial e o juízo de admissibilidade, sem qualquer fase prévia como nos casos em apreço. Daí a disfunção e, ao menos nesses casos, o malogro da plenitude de eficiência das garantias constitucionais.

5.2 Não comparecimento do denunciado

Ao lado da citação por edital, deve realmente o réu estar ausente do proces-

so, não atender ao chamado da Justiça. Certa é a disciplina da norma, vez que, ao menos em tese, pode o acusado ter acesso através do *Diário Oficial* e dos editais de citação afixados no átrio do Fórum da imputação que lhe foi feita, por mais hipotética que seja a situação.

No entanto, ao se falar em comparecimento do acusado, é necessário indagar em relação a qual acusação o denunciado quedou-se ausente, pergunta esta que se coloca em face do aditamento à denúncia. Mas não é só, pois é forçoso indagar em relação a qual fundamento de aditamento se está a falar.

Como aponta Camargo Penteado *et alii*, “inegável que, havendo aditamento, não em função do parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal, mas por força de conexão, deva seguir-se citação do réu e novo interrogatório, aplicando-se o parágrafo único do art. 384 daquele Estatuto no que tange às provas complementares, por analogia. E o exemplo do inicialmente acusado por rixa qualificada que, posteriormente, sujeita-se à adição em sede de homicídio”.²⁴

Nesses casos – aditamento por força de conexão – estamos diante de duas acusações distintas, para as quais o réu deve ser citado distintamente. Caso tenha respondido à primeira e tornado-se revel em relação à segunda, pode-se concluir que o processo terá seu normal prosseguimento em face daquela e será suspenso em face deste último. Isto se encontra em harmonia com o resto do sistema, inclusive sendo causa interruptiva do prazo prescricional.

Situação que merece reflexão à parte dentro do quadro do aditamento diz

Canela, RS, 1.º.08.1997, e publicado no *Boletim IBCCrim*.

(23) Veja As reformas pontuais do Código de Processo Penal, palestra proferida no seminário “Inovações em Matéria Penal”,

(24) *O aditamento no processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1992, especialmente p. 30.

respeito ao acréscimo da inicial quando fundada no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Nessa hipótese existe o agravamento da situação do acusado que deverá ser instado a se manifestar em novo interrogatório, sem que, entretanto, tenha havido uma nova citação. Coloca-se aqui a indagação se, ausentando-se a partir do aditamento nestes moldes, o acusado teria o processo suspenso.

Observado o tema dentro de certos padrões técnicos, a resposta seria negativa, na medida em que a relação processual penal está instaurada com a citação inicial que, regularmente efetivada, teve o condão de trazer o acusado para o bojo do processo onde, por sua vez, com a participação efetiva do denunciado, construiu-se uma verdade (processual) que levou ao complemento da acusação ou, mais exatamente, sua alteração.

Nesse caso não haveria a suspensão do processo porque se trataria de hipótese de revelia intercorrente e não daquela inicial que reclama a lei em estudo. O denunciado já esteve nos autos e se ausentou quando a situação se lhe tornou mais gravosa. Sem o que esta hipótese aditiva não acarreta nova citação, apenas novo interrogatório, que é um argumento a mais a favor do entendimento.

5.3 Não nomeação do defensor

Além de ter sido citado por edital e não ter comparecido, para fins de efetivação da suspensão do processo, a revelia se caracteriza pela ausência de defensor constituído pelo acusado, não suprimindo desta forma a presença do causídico a nomeação pelo juiz de defensor dativo. Dentro do espírito da lei, o que se busca é a plena capacidade defensiva do acusado, o que somente aconteceria na hipótese do contato dire-

to com seu defensor regularmente constituído, a quem teria tido a oportunidade de explanar suas razões e apresentar meios de prova suficientemente hábeis para sua defesa, caracterizando aquilo que a doutrina chama de efetiva paridade de armas entre acusação e defesa, característica marcante do denominado "processo de partes" ou de matriz acusatória.

Uma questão particularmente interessante que se coloca nesse momento é a da interposição de uma manifestação defensiva sem a juntada do respectivo mandato. Ao lado desta, outra igualmente interessante se apresenta, aquela onde há uma procuração juntada aos autos ainda em fase de investigação e não reproduzida em juízo porque ausente o réu citado por edital.

O primeiro caso merece a prudência do julgador. Antes de não decretar a suspensão do processo apenas pela juntada da petição — desacompanhada do respectivo mandato —, é forçosa a intimação do defensor para que apresente a respectiva outorga, sob pena de não ser considerado como efetivo patrono do réu. Apenas com a regular juntada do instrumento pode ser considerado o réu defendido por advogado constituído e não ser decretada a suspensão do feito.

Uma vez considerado como patrono regularmente constituído, será ele devidamente intimado dos atos praticados através da imprensa oficial ou, a teor do disposto no art. 370 do CPP com a nova redação, "a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais na Comarca".²⁵

(25) Sobre este assunto formou-se alguma polêmica. Luiz Carlos Betanho, in *Boletim IBCCrim* 44, censurou a redação adotada

No segundo caso, o teor da procuração ofertada merece ser analisado. Se inexistir previsão expressa de poderes para a defesa em juízo, ditando o instrumento procuratório poderes apenas para acompanhamento da investigação, indubitavelmente não há como extrair a constituição do patrono, limitando-se aquele mandato aos seus exatos termos. Assim, ausente o acusado, não se pode extrair que esteja ele defendido por causídico constituído devendo ser suspenso o processo.

No entanto, uma segunda hipótese pode ser aventada, qual seja, a da possibilidade de no mandato juntado aos autos da investigação – ainda não terminada – existir a expressa outorga de poderes para o acompanhamento de futura ação penal. Ainda assim não há de ser tido o patrono como constituído nos termos ora analisados.

A principal das razões diz respeito à finalidade da investigação. Serve o procedimento administrativo como esteio para convencimento do titular da ação penal que, ao analisá-la, ofertará – ou não – a peça inaugural penal nos termos de seu convencimento e definição jurídica que melhor se adequar ao caso investigado.

pela Lei 9.271/96, vez que excluía ressalva de ser a ausência do nome do advogado fosse causa de nulidade. Respondendo a esta interpretação, Adauto Suannes (Lei 9.271/96: intimação obrigatória dos advogados. *Boletim IBCCrim* 48) conclui pelo acerto da nova disciplina, asseverando que, “tecnicamente, a redação atual, pois, está mais correta do que a anterior, até porque não parece adequado atribuir a quem faz uma lei contemplar uma simples recomendação cujo descumprimento não tem maiores consequências”. Perfilamo-nos na segunda linha. Com efeito, a alteração introduzida pela norma não trará maiores prejuízos à defesa.

Isto significa que a definição alcançada pelo *Parquet* pode ser razoavelmente diversa de tudo quanto encaminhado pela autoridade policial e o denunciado está a se defender dos fatos contidos na vestibular acusatória e não dos termos vagos lançados na investigação. E mais ainda. Pode ter havido quebra de confiança do então suspeito e agora réu em relação ao patrono inicialmente constituído e não se pode presumir que o acusado ainda deseje aquele defensor.

É verdade que o problema poderia ser contornado com a melhor redação do artigo em que se funda a matéria, para que constasse a estrutura “vier a constituir defensor” que assim eliminaria as indagações, vez que o verbo empregado no infinitivo como está possibilita a interpretação que pode não ser a mais adequada ao espírito da lei.

Outro questionamento interessante relativo ao procurador e seu mandato foi aventado por René Dotti em instigante artigo onde defendeu a possibilidade de o advogado tomar conhecimento da causa em nome do acusado, ou seja, a citação do acusado na pessoa de seu procurador nos termos da legislação processual civil.

A construção interpretativa é assaz engenhosa, digna do mestre que a produziu. No entanto, parece-nos forçoso discordar da posição assumida na medida em que não foi levada em conta a letra expressa do art. 8.º, 2, da Convenção Interamericana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), em vigor no cenário positivo brasileiro desde dezembro de 1992 e, malgrado as opiniões abalizadas em sentido contrário, texto com força constitucional a teor do art. 5.º, § 2.º, do Texto Político e, neste ponto específico, a Convenção determina que o acusado terá conhecimento

peçoal da imputação, inviabilizando desta forma a aproximação com a legislação instrumental civil.

6. Consequências da suspensão em face da revelia

Aperfeiçoadas as causas autorizadoras da suspensão, vez que estabelecida a revelia do acusado, é necessário verificar quais são as consequências do não prosseguimento do feito, algumas de caráter obrigatório outras de feição facultativa, mas que a prática vem transformando em obrigatório.

6.1 Interrupção do prazo prescricional

De todas as consequências da lei em exame, a que primeiro chamou a atenção da doutrina e da jurisprudência foi aquela relativa à prescrição, vez que o fluxo do prazo prescricional é interrompido quando da suspensão do processo. O tema se desdobra em vários itens, cada qual com seus problemas específicos e que serão analisados em campo próprio (vide *infra*).

Por ora resta destacar apenas que, uma vez determinada a suspensão, é da letra da lei a imediata suspensão do prazo prescricional, tendo nesta hipótese o legislador criado uma causa suspensiva além daquelas previstas no Código Penal (art. 107).

6.2 Determinação cautelar de produção de provas

Determinada a suspensão do processo, autoriza expressamente a lei em exame que as provas de caráter urgente poderão ser efetuadas, amparada a sua realização pelo espírito geral do processo cautelar e que já se encontrava dis-

ciplinado de certa forma pelo próprio Código de Processo Penal.²⁶

Com efeito, como já apontado por Campos de Barros, ao analisar o chamado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*: "... pode, porém, acontecer que alguma testemunha por moléstia ou outro impedimento não possa comparecer no momento processual adequado. Daí a necessidade de antecipação dessa prova. A natureza cautelar desta inquirição preventiva não pode ser posta em dúvida, uma vez que com ela se antecipa o momento normal da produção testemunhal, correspondendo a uma instrução preventiva no curso da causa", para completar esclarecendo que apenas na oportunidade processual adequada "é que se vai discutir a prova pelas partes e será feita a apreciação pelo juiz. Daí explicar Florian, que nesse caso existe apreensão antecipada da prova mas não debate antecipado".²⁷

Como se está em sede cautelar é forçoso relembrar que a tutela emergencial tem fundamentos distintos daquela de conhecimento e da executiva. Daí porque a mera suspensão do processo em face da revelia não se constituir em causa autorizadora da determinação da prova antecipada. A suspensão, por si apenas, não constitui situação que gere *periculum in mora*, ainda que o *fumus boni iuris* possa ser *a priori* identificado. Assim, na fundamentação da admissibilidade, o julgador não poderá apenas se escorar no decreto suspensivo, vez que este, isoladamente, nada diz em relação à tutela cautelar.

(26) Neste sentido a posição de Jorge Assaf Maluly. Lei 9.271/96: provas urgentes e o testemunho policial. *Boletim IBCCrim* 52, março/97.

(27) Romeu Pires. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 447-448.

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, nada 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.

6.3 Decretação da prisão preventiva

A mesma base de raciocínio vale para a decretação da prisão preventiva em seu cotejo com a suspensão do processo em face da revelia. Descontados argumentos utilitaristas, a prisão preventiva deve estar assentada em todos os pressupostos do processo cautelar de ordem pessoal, sob pena de afrontar o texto constitucional e tornar-se uma espécie de “prisão obrigatória” de nada saudosa lembrança.

Tal entendimento já houvera sido esposado por Gomes Filho, ao sustentar que “não se trata aqui, como apressadamente poderia se supor, de um corolário automático da suspensão do processo pela ausência do réu. Semelhante entendimento viria a colidir, inclusive, com o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII), que, embora não vede as prisões anteriores à condenação, torna, certamente, inadmissível a prisão processual obrigatória, banida de nossa legislação pela Lei 5.349/67”.²⁸

7. Questões polêmicas da lei em pauta

Expostas as premissas da legislação em foco e já abordados alguns de seus

problemas, situações um tanto quanto inusitadas foram surgindo a partir da operacionalização do texto legal e que vêm merecendo o esforço da doutrina e da jurisprudência para compreendê-las de forma sistêmica, o quanto seja possível dentro de mais uma reforma parcial.

7.1 Natureza da norma penal, processual penal ou mista

A verdadeira importância de estudar a norma sobre prescrição da forma como restou disciplinada está ligada à sua (ir)retroatividade, conclusão que só é alcançada após a precisa delimitação de sua natureza.

Numa das primeiras manifestações sobre a matéria, Damásio apontou a natureza mista da norma, aduzindo que o diploma legal “quando... prevê a suspensão do prazo prescricional é (norma) de Direito Penal material. Temos, então, uma disposição mista, impondo princípios de direito substantivo e processual. Quando isto ocorre, prevalece a natureza penal”,²⁹ tendo de imediato sido acompanhado por Gomes que, apoiado em prestigiosa doutrina – sobretudo lusitana –, concluiu que “é irretroativa a lei nova que afeta um direito substancial, é retroativa a lei nova que beneficia o autor da infração de qualquer modo”.³⁰

A partir do elastério acima citado restou basicamente assentada na doutrina e jurisprudência pátrias a natureza mista da norma em questão, com a se-

prisão preventiva. *Boletim IBCCrim* 42, junho/96.

(29) In Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei 9.271/96, *Boletim IBCCrim* 42, junho/96.

(30) GOMES, Luiz Flávio. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCrim* 42, junho/96.

(28) Magalhães. Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e

guinte consequência no plano prático: A lei, em sendo aplicável aos casos já em curso quando de sua entrada em vigor, suspenderia o processo, mas não o prazo prescricional, vez que esta situação seria mais gravosa para o réu; em contrapartida, para os casos em trâmite após sua entrada em vigor estariam suspensos tanto o fluxo processual quanto o prazo prescricional.

Tal entendimento foi ampliado pelo laborioso acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da lavra do eminente Des. Nilton Macedo Machado, onde, julgando caso acontecido antes da entrada em vigor da lei, decidiu que “a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, no seu comando processual, aplica-se imediatamente ao processo penal pendente, ainda não julgado, suspendendo-o com resguardo dos atos anteriormente praticados...; no entanto, não se aplica na parte de direito penal, material, vale dizer, suspenso o processo não pode haver suspensão do prazo prescricional em curso quando da vigência da lei nova, a qual não pode retroagir para prejudicá-lo”.³¹

Antagonicamente a esta postura, o contundente texto de Cazetta, para quem a norma em tela, de aspectos processuais e de direito material, não pode ser cindida e, por consequência, não poderá retroagir para os casos em andamento e instaurados antes da entrada em vigor da lei, que “somente poderá ser aplicada aos fatos típicos ocorridos a partir do dia 17.06.1996 (inclusive), sob pena de ofensa ao art. 5.º, XL, da Constituição Federal”.³²

(31) Recurso Criminal 96.008927-6, j. em 10.12.1996, rel. Des. Nilton Macedo Machado. O texto apresenta uma das mais completas visões panorâmicas sobre a doutrina do assunto.

(32) C. Ubiratan. Da impossibilidade de aplicação da Lei 9.271/96 aos processos pen-

Perfilando idêntico entendimento, Ernesto Fuhrer, em conclusão parcial de seu texto igualmente agudo, ao apontar que “... suspender o direito de ação e deixar fluir o prazo prescricional é desequilibrar a relação processual de forma violenta e, como já visto, absolutamente injustificada. Enquanto o Estado é manietado, a prescrição corre solta ao talante do réu”.³³

Malgrado o brilho do último expositor citado e a profundidade dos comentários, parece-nos impossível compartilhar o entendimento, vez que existe uma confusão (talvez causada pela revolta a que alude o título do trabalho) entre exercício do direito de ação e procedimento, este último uma sequência lógica e cronológica de atos processuais e que dá vida, materializa enfim, aquilo que se denomina processo.

O exercício do direito de ação, desde que presentes as suas condições (para usar a linguagem tradicional a partir de Liebman), está totalmente preservado. Não se impede o exercício desse direito (aí sim teríamos caso de indubitável inconstitucionalidade), mas, sim, é ele regulado. E não é de dizer que ele está “suspensão”, como quer fazer crer o ilustre articulista. Tanto não está que as medidas de urgência de ordem patrimonial e pessoal podem ser tomadas a

dentos. *Boletim do IBCCrim* 51, fevereiro/97. No mesmo sentido o texto da lavra de Mauro Viveiros (Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCrim* 48, nov./96), para quem a lei nova seria aplicada apenas aos processos novos, no que acabou por perfilar o entendimento então já esposado por Eduardo Araújo da Silva (Da irretroatividade da suspensão do processo. *Boletim IBCCrim* 47, out./96).

(33) E.F., Maximiliano Roberto. O art. 366 do CPP e a revolta da doutrina. *Boletim IBCCrim*, janeiro de 1997.

qualquer tempo, como expressamente prevê a lei.

Insurgindo-se contra a posição tradicional – e buscando assim evitar a cisão originada pela interpretação primeira –, cumpre cifrar posição externada por Dias Junior, ao sustentar que a suspensão do feito (não importando a data de sua ocorrência) “é mais vantajosa, mesmo com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, pois a primeira tem amparo constitucional, como revela a exposição de motivos do projeto gerador da lei...”. Conclui, na seqüência, que “a suspensão do prazo prescricional é um mero detalhe se comparada à paralisação do processo, cujo móvel é justamente impedir que um cidadão seja condenado criminalmente sem sequer ter o conhecimento da imputação que lhe é irrogada”.³⁴

Assaz interessante é a supracitada postura, vez que não envereda pela decantada distinção entre norma penal material x processual como fonte de solução do problema da (ir)retroatividade da lei. Parte, pura e simplesmente, da premissa da inalterabilidade da situação. Ou seja, nada flui, nem o procedimento tampouco a prescrição. Assim não há que falar em prejuízo para o réu pois sua situação está substancialmente inalterada. Mais ainda. Se tudo está suspenso, mais benéfico será o quadro para o réu, vez que não terá contra si a possibilidade de prolação de um decreto condenatório.

Com a devida vênia àqueles que perfilam este entendimento, é de ser consi-

derado que o acusado não está num contexto de indiferença em relação à suspensão do processo e do prazo prescricional. Basta lembrar que durante o processo suspenso, porque não suspenso o exercício do direito de ação, medidas urgentes (cautelares) podem ser providenciadas, e o serão sem a participação presente do acusado quando houver a necessidade imperiosa da produção de provas, por exemplo. Justamente porque se trata da suspensão do procedimento – e não o impedimento do exercício do direito de ação – é que não se pode falar, salvo melhor juízo, na ausência absoluta de gravame para o acusado.

No desenvolvimento do tratamento pretoriano da matéria, após um primeiro influxo de tendência a cindir a norma entre seu aspecto penal e processual – com a conseqüente irretroatividade daquele no que fosse mais prejudicial ao acusado, cresceu o entendimento da impossibilidade de separação da Lei 9.271/96, fazendo assim com que se tornasse inaplicável por completo nos casos acontecidos antes de sua entrada em vigor. Resultado prático é que, nesses casos, não há suspensão nem da prescrição, tampouco do processo.³⁵

(35) Nesse sentido é exemplar o seguinte aresto: Penal – Processual penal – Revelia – Suspensão do processo – Suspensão do curso do prazo prescricional – Lei 9.271/96 – Infração cometida anteriormente – Não aplicabilidade. 1. Em se tratando de acusado revel, inviável a suspensão do processo sem a suspensão do prazo de prescrição (art. 366 do CPP com redação da Lei 9.271/96) e vice-versa. 2. A Lei 9.271/96, versando também sobre direito material (causa impeditiva da prescrição), não se aplica a infrações cometidas antes de sua vigência. 3. Concessão de *habeas corpus* de ofício para que suas deposições nessas circunstâncias não se apliquem, em virtude de a suspensão do processo em

(34) P. Roberto. A aplicação da Lei 9.271/96 no tempo. *Boletim IBCCrim* 53, abril/97. Na verdade esta também é a posição de Antonio Scarance Fernandes (A revelia no processo penal – Lei 9.271/96, publicada no *DOE* de 10.07.1996).

Malgrado as posições divergentes, a norma em questão tem, efetivamente, uma dupla face. No seu aspecto processual – suspensão do processo vez que presentes os requisitos para tal – deve ter aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2.º do Código de Processo Penal, alcançando os processos em andamento (e, como se verá mais adiante, inclusive na fase recursal).

Na parte material (adotando-se como dogma seja a prescrição um tema de direito eminentemente material), a suspensão do processo tem um resultado mais gravoso para o réu. Não se trata de uma paralisação sem consequências na vida do acusado, mas sim da suspensão de uma situação da vida por tempo considerável. A paralisação do processo – e da prescrição, por decorrência – não é um “nada” jurídico na vida do acusado, mas sim uma situação pendente que paira na vida do réu enquanto a situação perdurar.

7.2 Dies ad quem – um caso de imprescritibilidade disfarçada?

Das grandes questões levantadas pela suspensão do processo em face da revelia a da aparente imprescritibilidade é a mais tormentosa. Identificado desde o início o problema, como assentado por Silva Franco, “... o texto legal cria, de modo oblíquo, mais um caso de delito imprescritível, fora das hipóteses referidas nos incisos XLII e XLIV”, situação esta que seria inadmissível vez que o texto político, ao criar hipóteses de im-

prescritibilidade, não operou qualquer causa ampliativa do rol a ser suprida por obra do legislador ordinário, como tivemos oportunidade de salientar em texto da mesma época.³⁶

Sendo assim, determinado o *dies a quo* como o da data da decisão suspensiva, resta saber qual será o *dies ad quem*, a partir do qual o prazo terá sua fluência continuada, somando-se o lapso de tempo operado entre a data do recebimento da denúncia e da decisão suspensiva, vez que se trata de causa suspensiva e não interruptiva (onde o prazo se reiniciaria na integralidade).³⁷

A doutrina passou a trabalhar as hipóteses possíveis, variando sobre qual o caminho a seguir, mas acentuando a necessidade de fixação de um termo final para a suspensão.³⁸ Basicamente as possibilidades levaram sempre em conta como parâmetro o art. 109 do Código Penal, restando saber se se seria empregado a pena mínima ou a máxima.

Naquela oportunidade tivemos a chance de afirmar que, pelo contexto global do tema, a pena mínima seria a mais adequada, como ainda nos parece, *venia concessa* às opiniões contrárias. Causou certo impacto e demorou a se perceber que há um hiato processual com termo inicial, mas com termo final

sua inteireza, abrangendo a suspensão do curso da prescrição, não ter sido atacada no *writ*, com inovação do pedido no recurso. 4. RHC não conhecido. 5. *Habeas corpus* de ofício concedido. STJ – RHC 6.372-SP, rel. Fernando Gonçalves – DJU 30.06.1997, p. 31.083.

(36) SILVA FRANCO, Alberto. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim IBCCrim* 42, junho/96 e o nosso. *A prescrição na Lei 9.271/96*. Op. cit.

(37) No mesmo sentido, BASTOS, Marcelo Lessa. Lei 9.271/96: dois problemas e propostas de solução. *Boletim IBCCrim* 56, julho/97.

(38) Nesse sentido, CUSTÓDIO, Rosier B. e FERRARI, Eduardo R. A Lei 9.271/96 e sua aplicação prática. *Boletim IBCCrim* 56, julho/97, onde se lamenta um certo comodismo nos julgados em relação à matéria.

que, quando superado, faz necessariamente com que a marcha procedimental tenha seu fluxo normal.

Aliás, este é um dos pontos mais delicados da lei e que ainda merece maior atenção. Lutar contra a imprescritibilidade significa dizer – pelo exposto teor da lei – que não há declaração da extinção da punibilidade quando da superação do prazo em que a prescrição restou “congelada”, mas sim a retomada da marcha processual. Na verdade, da forma como está, o objetivo de eficácia do contraditório e da ampla defesa é projeto com data marcada para seu término, vez que, depois, a relação processual, no seu aspecto procedimental, deve ser reiniciada.

O que nos fez caminhar pelo mínimo da pena, e não o máximo dela como sustentado por Damásio (obra citada), foi, sobretudo, o texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (em vigor entre nós como já citado – vide *infra*) e que determina uma duração “razoável” para o término do procedimento. Impor ao acusado um prazo suspensivo pela pena em abstrato e depois reiniciar a marcha procedimental pelo mesmo lapso pode chegar a resultados práticos extremamente custosos para o acusado que, durante todo esse termo, teria a “espada de Dâmocles” do processo contra si, para usar a imagem de Silva Franco em texto já citado.

Mas aqui o que mais carece de urgente correção é a disciplina daquilo que se pretende com a “suspensão” do prazo prescricional, evidenciando que ele tem começo e fim – evitando-se assim a imprescritibilidade disfarçada – e, ao dotá-lo de fim, dizer o que efetivamente acontece quando de seu derradeiro termo.

Aqui um ponto assaz delicado da legislação em vigor aflora em complexidade. Como a lei não pensou no tema da imprescritibilidade como corolário da

suspensão indefinida, também não pensou – porque não era necessário – na solução jurídica para o *dies ad quem*, o que torna a situação atual um paradoxo.

Observe-se que não podendo haver a imprescritibilidade, findo o termo suspensivo – e não importa qual critério adotado –, deve o procedimento ter um encaminhamento, e o único possível é a sua retomada. Ora, se se vai retomá-lo, o único resultado possível é a continuidade da tramitação nos mesmos moldes anteriores à entrada em vigor da lei em apreciação, sendo que contexto resultaria indagar qual a serventia de toda a disciplina.

Por outro lado, não pode ser extraído do sistema penal que o fim do prazo suspensivo (porque ele tem de ocorrer) significaria extinção da punibilidade, mas que, finda a causa suspensiva, o procedimento terá sua retomada pelo tempo remanescente (e não integral, pois isto só se dá na interrupção), daí porque não se poder concluir que com o *dies ad quem* teríamos a extinção da punibilidade.³⁹

(39) Neste ponto a legislação portuguesa, aqui invocada porque o parâmetro imediato para o tema, vez que a Lei 9.271/96 nela se inspirou, quase que por completo não apresenta os mesmos problemas. De um lado porque a decisão que decreta a suspensão pela contumácia é causa *interruptiva* da prescrição e, enquanto a ausência do acusado perdurar, o prazo prescricional está *suspense*. O resultado, matematicamente falando, é igual a zero. Com a interrupção, elimina-se qualquer resíduo prescricional e aguarda-se a vinda do acusado. Por outro lado, e este é verdadeiramente o ponto fundamental, a Constituição lusa não menciona delitos imprescritíveis. Ou seja, o tema da imprescritibilidade é relegado ao nível infraconstitucional, em situação marcadamente diversa da brasileira. Há, por certo, previsão da impossibilidade de penas perpétuas – como no nosso texto constitucional –, mas nada relativo à prescrição na forma aqui tratada.

Assim, precisa urgentemente a lei de uma reforma para tomar posição em face da matéria, não apenas para reconhecer a prescritibilidade como para definir o que virá com o *'dies ad quem'*, que só poderá ser, por força do sistema, a extinção da pretensão punitiva estatal.

7.3 Meios de impugnação da decisão suspensiva

Um ponto que remanesceu em aberto no tocante à decisão que determina a suspensão é o do recurso cabível. No verdadeiro quadro de imprecisão técnica em que se reveste a tipologia das decisões no processo penal brasileiro — e a conseqüente repercussão na órbita recursal —, fica a pergunta acerca do recurso cabível.

Não sendo o caso de sentença terminativa ou com força de terminativa, não é o caso de apelação, que pode ser de plano descartada. Dois outros recursos disputariam, pois, a primazia de seu emprego no caso em questão: o recurso em sentido estrito e a correição parcial.

O que chama à discussão o recurso em sentido estrito é o fato de ser ele o aplicável às decisões que julgam pela declaração da extinção da punibilidade (prescrição, decadência). Mas, sendo uma decisão que suspende o processo — ainda que reflexamente se atinja a prescrição —, não há que falar na utilização desse recurso, vez que sua aplicabilidade é limitada às hipóteses taxativamente previstas ou, como tradicionalmente se diz, *numerus clausus*.⁴⁰

⁽⁴⁰⁾ Já houve manifestação jurisprudencial entendendo que a situação deve ser decidida de forma diversa para os casos em que haja ou não menção à prescrição. Se, ao suspender o processo, o juiz nada disser quanto a prescrição, o recurso seria de apelação. Se mencionar o tempo prescri-

Resta, pois, a correição parcial empregável quando houver inversão indevida no procedimento ou, mais amplamente considerada, quando se tratar de *error in procedendo*. Como a suspensão da Lei 9.271/96 não atinge o direito de ação, mas sim a marcha do procedimento, tendo sido indevidamente decidido pela suspensão (ou não), o recurso cabível será o da correição parcial, também empregável quando se falar na produção indevida de provas. Fugirá deste contexto — porque com previsão expressa no art. 581, V, do Código de Processo Penal — a decisão que determinar a prisão preventiva, vez que aí o recurso será aquele em sentido estrito, sem maiores polêmicas. .

Neste campo merece ainda atenção o problema da legitimidade para recorrer ou, mais exatamente, se o Ministério Público poderá recorrer a favor do réu revel para que seja decidido pela suspensão do processo. A resposta é positiva. Já é assente na doutrina e jurisprudência a possibilidade de o Ministério Público apelar (e, até mesmo, propor ações impugnativas) em favor do réu pleiteando sua absolvição. Se, para modificar a decisão de direito material, de mérito, pode o Ministério Público atuar, não há razão para não reconhecer sua legitimidade recursal nesta hipótese.

Outra questão que pode ser aqui aventada é a do emprego de ações impugnativas no caso em tela, por excelência o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Estando presentes os requisitos da suspensão e o juiz não a decretar, ou faltando um deles o juiz suspender o processo, estaria sujeita sua decisão a

cional, empregável seria o recurso em sentido estrito. Pelas razões já expostas no texto, qualquer dos entendimentos aqui expostos não pode ser aceito.

qualquer das ações mencionadas e, se positiva a resposta, cumpriria indagar qual seria mais adequada.

Pela tradição do processo penal, o *habeas corpus* seria o primeiro remédio empregável, salientando que a indevida paralisação ou continuidade do feito constituiria um indevido gravame à liberdade do acusado. Parece acertado este entendimento – desde que se considere a possibilidade da substituição do recurso pelo meio impugnativo autônomo –, sobretudo nas hipóteses em que a suspensão vier acompanhada da decretação da prisão preventiva.

7.4 Suspensão do processo já em fase recursal

Outro ponto merecedor de considerações diz respeito à possibilidade de suspensão do processo quando já houver decisão de primeira instância e o feito encontrar-se em fase recursal.

Numa das primeiras manifestações doutrinárias sobre o assunto, Viveiros, apoiado no art. 6.º da Lei 3.931/41 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal), diz que “esse dispositivo, como norma de transição, pode perfeitamente servir como um dos fundamentos para a não aplicação da lei nova aos processos criminais em andamento”.⁴¹ *Venia concessa* ao culto articulista, a norma empregada como fonte de sustentação à conclusão da impossibilidade de aplicação imediata não pode ser usada para o fim desejado.

Isto porque trata-se de norma de regulação dos casos em andamento quando da entrada em vigor do CPP em face dos procedimentos em curso à época. É norma de transição e desaparece do ordenamento quando as hipóteses de transição deixarem de existir. Mais do que isto. A regra codificada – e excepcionada justamente para as hipóteses transitórias então existentes, mas perene em face das demais situações – é a da aplicação imediata da norma processual.

A admissibilidade da suspensão do processo na fase recursal, embora por outros argumentos, foi acatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao considerar que “o objetivo do legislador foi só permitir o lançamento de decisões definitivas de mérito quando pessoalmente citado o acusado. De tal sorte, aplica-se o novo dispositivo legal aos processos de conhecimento que se encontram, quando da entrada em vigor da Lei 9.271/96, em fase recursal, uma vez que ainda não estão definitivamente julgados os acusados (...). Assim sendo, os autos deverão retomar ao juízo de primeiro grau onde poderão ser realizadas novas pesquisas tendentes a viabilizar a citação pessoal” (Ap. Crim. 180.652-3/0, rel. Des. Fanganiello Maierovitch, j. 09.08.1996).

Venia concessa, não é bem este o ponto. Com efeito, mais do que a preocupação com a sentença de mérito, a verdadeira *ratio* é a plena eficácia do contraditório, esta que permanece num plano puramente retórico quando se fala do processo à revelia. Isto é importante de ser lembrado justamente quando entendimentos como o do v. acórdão são expedidos, porque a pergunta que se faz diante de tal quadro é a reabertura ou não da fase instrutória caso o réu seja localizado e o processo tenha seu normal prosseguimento.

⁽⁴¹⁾ VIVEIROS, Mauro. Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCrim* 48, nov./96. A mencionada norma tem a seguinte redação: “As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão até sentença de primeira instância com o rito estabelecido na lei anterior”.

Se a preocupação é com o “direito a uma sentença de mérito”, basta a presença do acusado para que ela seja proferida. Eventualmente, em nome de alguma parcela do direito de ser ouvido, será o réu interrogado pessoalmente e, sendo o interrogatório possível de ser realizado em qualquer tempo, a pedido do réu ou por determinação *ex officio*, nada impediria — a partir da premissa adotada — que, em seguida, sobreviesse a tão esperada decisão de mérito.

No entanto, se se vai buscar a eficácia plena do contraditório como *ratio* da norma, e vinculando-se tal garantia à produção da prova, forçoso é concluir não apenas pela prolação do acórdão de mérito, mas pela necessidade de reabrir-se o contexto probatório para que o acusado, agora não mais presente por ficção, venha efetivamente a poder influenciar na formação do convencimento do julgador. Caso contrário, ainda que pessoalmente presente, este comparecimento pessoal nada significará de substancial ao processo.

A pergunta que aparentemente se apresenta como intransponível é a referente à utilidade da sentença de primeiro grau e se o Tribunal assim agindo não estaria se sobrepondo ao primeiro grau e suprimindo uma instância. Tais indagações não merecem resposta positiva.

Antes de mais nada é imperioso lembrar que a sentença de primeiro grau foi prolatada de acordo com as normas então vigentes. Se as obedeceu está em plena validade e eficácia. O Tribunal segue as novas regras na tramitação do feito, suspendendo a marcha do procedimento recursal e aguardando a presença do réu. Não se sobrepõe ao primeiro grau ao prolatar a decisão nesses parâmetros e ao determinar a realização das provas, providência esta hoje completamente aceita sem quaisquer traumas.

7.5 Um caso à parte: suspensão pela revelia e a Lei 9.099/95: a frustração da celeridade tão almejada

A ausência de uma visão sistêmica é a causa principal do descompasso entre a Lei 9.271/96 e a 9.099/95. Neste último diploma legal temos, a teor do disposto no art. 69, que, não encontrado o autor do fato para ser citado, deslocar-se-á a competência para a Justiça “comum”, onde serão obedecidas as regras do Código de Processo Penal.

Entenda-se: se não localizado o denunciado de crime de menor potencial ofensivo para ser pessoalmente citado, o processo será suspenso se presentes os requisitos da Lei 9.271/96. Em outras palavras, aguardar-se-ia o prazo prescricional (para aqueles que entendem sua existência) ou a plena imprescritibilidade (para os que a defendem) ou a pura e simples paralisação sem qualquer trauma (para os adeptos dessa corrente) na persecução de infrações dotadas de um mínimo de lesividade ao tecido social. Não parece ser este o desejo da Lei 9.099/95, mas é a conclusão extraível do texto das normas mencionadas.

Nesse passo a legislação pátria andou desacompanhada do sistema internacional onde tanto buscou inspiração, vez que, como já aventado, o tratamento para a revelia nos países possuidores de tais normas é diferenciado para o tipo de delito que se está perseguindo.

Basicamente nesses casos, onde jamais haverá invasão na liberdade individual, o tratamento deveria ser diferenciado, permitindo-se a manutenção do sistema anterior. E, se melhor ainda analisadas, tais condutas estariam substancialmente mais próximas de delitos administrativos ou de situações penalmente insignificantes na linguagem de Figueiredo Dias e que já tivemos a

oportunidade de expor, com outros argumentos, quando da entrada em vigor da Lei 9.099/95.

8. Ponto final para reflexão: Há a efetiva proteção às garantias constitucionais fundantes da lei?

Apontados alguns dos aspectos fundamentadores e controvertidos da lei, resta saber se ela cumpre ou não a missão que a inspirou, ou seja, proteger o réu dando-lhe a possibilidade de efetivar um contraditório pleno e, de outro lado, permitir a completa persecução penal, entendendo-se aí a efetividade da sanção imposta.

Malgrado alguns problemas redacionais, a lei é correta em seu espírito e não discrepa das redações encontráveis no direito comparado. O maior temor, no entanto, diz respeito às atividades cautelares – de ordem probatória e pessoal – que a lei permite.

Será tarefa do intérprete evidenciar que a lei em questão não criou uma espécie de prisão preventiva obrigatória e não pode ser ela decretada ante a simples revelia. Da mesma maneira a produção antecipada de provas não pode

surgir como uma verdadeira “armadilha processual”, determinada sem os pressupostos cautelares e, uma vez produzida, ficar no aguardo da presença do réu para se ver apenas sentenciado.

Por fim, o problema prescricional, como já aventado, é o mais grave, não apenas porque sua solução teórica e sua interpretação doutrinária podem variar em extremos indesejáveis – e neste ponto o legislador tem a obrigação de dar o máximo de segurança jurídica à relação –, não devendo procurar em outras fontes do direito uma “muleta” para sua deficiência, como fica não resolvido com a atual redação o problema do termo final suspensivo e quais são suas consequências jurídicas.

Superados estes pontos, eles que estão muito mais ligados à cultura (ou falta dela) processual penal, onde se deve entender, à luz da Constituição de 1988, que o modelo adotado é o acusatório, onde o réu não é mais um objeto do processo e que a construção da verdade processual é fruto de um trabalho de partes, a lei não encontrará maiores óbices quanto à sua aplicação e entendimento e cumprirá, assim, sua missão de garantismo e de eficiência na persecução penal.