

Aspectos Polêmicos da Lei nº 9271/96

MARCOS ANDRÉ CHUT (*)

Em 17 de junho de 1996 entrou em vigor a Lei nº 9271/96, que alterou os artigos 366 *usque* 370 do Código de Processo Penal, cujo escopo principal foi sem dúvida minimizar os deletérios efeitos da citação por edital.

A preocupação do legislador com a comunicação do acusado acerca do teor da acusação contida na denúncia, tendo como pano de fundo os princípios constitucionais da ampla defesa (mais precisamente a autodefesa) e do contraditório foi inegável.

A justificação à Mensagem nº 1269/94 do Poder Executivo espanca quaisquer dúvidas quanto à intenção do legislador. Confira-se:

“A citação por edital leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5º inciso LXI) conferem respaldo à nova pretensão do artigo 366, ainda mais quando a ela se acrescenta (§ 1º) a autorização para que se produzam, antecipadamente as provas consideradas de maior urgência.”

A edição legislativa refletiu a tendência da moderna doutrina processual, à nível inclusive internacional, como se infere do Pacto Internacional de Direitos Civis e da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º). Cumpre ainda ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira de reiteradas decisões semelhantes, já firmou entendimento de que **“o acusado, sendo cientificado pessoalmente do julgamento a ser celebrado pelo Tribunal do Júri, tem direito de não comparecer, mesmo em se tratando de crime inafiançável” (RT 710/344).**

Os dispositivos legais citados, mais uma vez aprovados de afogadilho, têm gerado intensa polêmica no meio jurídico, dificultando sobremaneira a tarefa dos aplicadores da lei (juizes, promotores e advogados), face ao elevado número de controvérsias que vem sendo levantadas.

De início, dispõe o artigo 1º da Lei 9271/96:

“Se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do artigo 312.”

Primo ictu oculi, a interpretação da aludida norma mostra-se duvidosa sob duplo aspecto; a uma em relação à suspensão do processo e do prazo prescricional; a duas em face do subjetivismo do termo “urgente” indispensável para o deferimento da medida cautelar de produção antecipada da prova.

No que tange à primeira etapa da tormentosa *quaestio*, temos como incontestável que a norma é de natureza mista ou híbrida, abordando matéria relativa a direito penal material (prescrição), bem como matéria de natureza tipicamente processual (suspensão do processo), causando embaraço de direito intertemporal.

Com efeito, embora interdependentes os Direitos Penal e Processual, eis que o primeiro existe efetivamente através do segundo, na prática surgem dificuldades quanto ao âmbito temporal de sua eficácia. Logo, se é certo que em matéria processual vigora o princípio *tempus regit actum*, impondo a aplicação imediata do *novel* texto legal, *ex vi* do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, em matéria penal vige o princípio da retroatividade da lei mais benigna, constituindo-se a contrário senso, a irretroatividade da lei mais gravosa, verdadeiro direito subjetivo de liberdade, consubstanciado no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

Diante de tal quadro indaga-se: É possível a aplicação do aludido dispositivo aos fatos ocorridos antes de sua vigência?

Em recente artigo publicado no Boletim IBCRIM nº 42 de junho de 1996, o eminente professor Damásio de Jesus entendeu que no caso de normas mistas a interpretação da norma penal deve prevalecer, não podendo, *in casu*, dissociar-se as duas formas de suspensão, a do processo e a da prescrição para conferir à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal e efeito irretroativo na parte que impõe a suspensão da prescrição, impondo, por conseguinte, a não incidência da norma às infrações penais ocorridas antes da sua vigência.

Outros doutrinadores, não menos ilustres, têm invocado o argumento de que a cisão da norma, para efeitos de interpretação, não seria viável por ferir frontalmente seu escopo, seu objetivo, enfim sua *ratio essendi*.

Em que pese o brilhantismo das opiniões acima transcritas, vejo o assunto sob outro enfoque, que, uma vez aceito, poderá por uma pá de cal no acalentado debate.

Impende salientar que a primeira análise da legalidade de um texto normativo deve ser feita a nível constitucional, a fim de se verificar se o mesmo com ela é compatível, isto é, se não fere direitos garantidos na Lei Maior.

Destarte, a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XL reza:

“XL - A lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu.”

Um exame acurado do citado dispositivo leva-nos à conclusão que a Constituição Federal, ao alçar o referido direito à verdadeira condição de garantia constitucional, espécie do gênero direitos fundamentais, não visou somente a legislação de natureza penal, vale dizer, qualquer norma (substantiva ou adjetiva) que com ela é incompatível não pode prevalecer.

Assim, os direitos individuais, cuja manifestação legislativa data de longínquo período (Declaração de Direitos Inglesa - 1689), são freqüentemente denominados na doutrina de “Liberdades Públicas”, vale dizer, verdadeira afirmação jurídica da personalidade humana.

Tais direitos são dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contendo limitações ao poder político, protegendo o indivíduo em face do Estado, impondo, finalmente, dever de abstenção aos órgãos públicos.

O saudoso mestre Carlos Maximiliano, em sua obra clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 10ª edição, pág. 312, brinda-nos com a meridiana clareza de sempre, afirmando:

“Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade.”

Dessarte, afetado um direito ou garantia constitucional por norma de natureza material ou processual, a consequência jurídica é a mesma, ou seja, a inconstitucionalidade, de acordo também com a doutrina constitucionalista americana do *substantial right*.

Conclui-se, pois, que a norma do artigo 1º da Lei 9271/96, no tocante ao seu aspecto material, não pode retroceder para atingir fatos ocorridos antes de sua vigência, na medida em que estará ferindo postulado constitucional, que garante ao réu a irretroatividade da lei mais gravosa e a ultratividade daquela mais benéfica.

O professor Luiz Flávio Gomes, em recente trabalho, aduziu argumento interessante em favor da tese ora esposada. Invoca o autor a combinação de leis, visando adoção de critério mais favorável ao réu.

A matéria, outrora convertida, em face da posição adotada pelo Ministro Nelson Hungria, francamente contrário à simbiose das leis, está hodiernamente pacificada na doutrina pátria, destacando-se as posições de José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus, em suas clássicas monografias.

No concernente ao aspecto processual da norma *sub exame*, não há violação ao

texto da Lei Maior, possibilitando assim o seu ingresso imediato no ordenamento jurídico, máxime, pelo teor da mensagem justificativa, onde denota-se a real intenção do legislador.

Portanto, a norma prevista no artigo 1º da Lei 9271/96 poderá retroagir, tão-somente para suspender o andamento do processo, sendo, por conseguinte, defesa a suspensão dos prazos prescricionais.

Ultrapassada a primeira indagação, resta-nos analisar a segunda: é possível a aplicação do aludido artigo 1º da Lei 9271/96 a fatos ocorridos após a sua vigência?

A dúvida agora reside não em relação ao direito intertemporal, mas sim em aferir a constitucionalidade do aludido dispositivo.

É que a nova legislação ao prever a suspensão da prescrição não fixa prazo, forçando a conclusão de que, por via oblíqua, o crime imputado ao acusado poderá restar imprescritível, caso o mesmo não seja encontrado ou não nomeie advogado.

A inconstitucionalidade residiria no fato de que a Constituição Federal, excepcionalmente, prevê os casos de delitos imprescritíveis como a prática do racismo (artigo 5º inciso XLII) e a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º inciso XLIV), não cabendo à legislação infraconstitucional criar outros delitos imprescritíveis ao arrepio da Lei Maior.

A prescrição penal, segundo Celso Delmanto *in Código Penal Comentado*, 5ª edição, Renovar, “é a perda do poder de punir do estado, causada pelo decurso do tempo fixado em lei.”

Com efeito, a intenção do legislador ao criar o instituto foi apaziguar as relações jurídicas, outrora conturbadas, fazendo desaparecer, por razões políticas, o direito do Estado à persecução criminal contra o autor da infração ou a punibilidade do agente, ante o tempo decorrido.

Por outro lado, a matéria relativa à suspensão da prescrição não é novidade na legislação pátria, que desde a edição do Código Penal de 1940 já previa *numerus clausus* as hipóteses em que poderia ocorrer.

À guisa de argumentação, dois exemplos de suspensão do prazo prescricional por tempo indeterminado ou pelo menos indeterminável, que não foram taxados de inconstitucionais, parecem-nos elucidativos. Senão vejamos:

É o caso das chamadas questões prejudiciais devolutivas absolutas, que, segundo os comandos dos artigos 94 do Código de Ritos e 116 do Código Penal, respectivamente, suspendem o processo e o curso do prazo prescricional. Logo, como afirma com o peso de seu magistério o professor Tourinho Filho: “mesmo que a prejudicial seja solucionada mui tardiamente, nem por isso haverá a possibilidade de extinção da punibilidade, pois, em tais casos, a prescrição não corre.”

Não terminam aí as razões que militam em favor da constitucionalidade do aludido dispositivo. Imagine-se, de outro lado, que um membro do poder legislativo,

em pleno exercício de seu mandato, pratique uma infração penal (crime comum). Por força do artigo 53, *caput*, da Constituição Federal, que garante a imunidade, exigindo a licença prévia da casa legislativa para o prosseguimento do processo, o parlamentar não poderá ser processado, caso não haja a aludida autorização. Neste caso, indeferida a licença, a Constituição Federal prevê no parágrafo 2º do artigo 53 a suspensão do prazo prescricional. Supondo-se, ainda, que o mesmo parlamentar venha a ser reeleito nos futuros pleitos eleitorais, a prescrição continuará suspensa, não cabendo a interpretação de imprescritibilidade da infração penal.

É certo, como afirma Frederico Marques, que o prazo prescricional pode sofrer um hiato, uma parada momentânea. Em tal hipótese, o curso da prescrição se suspende para recomeçar a correr depois que cessa a causa impeditiva, contando-se o lapso temporal anterior para o cômputo final.

Arremate-se, pois, que a intenção do legislador foi prever, no caso de réu citado por edital que não tenha nomeado advogado, uma causa suspensiva da prescrição, compatível com o ordenamento jurídico como um todo, sendo, por via de regra, aplicável aos fatos ocorridos após a vigência do citado dispositivo legal.

Quanto ao segundo aspecto, isto é, o conceito do termo “urgente”, indispensável para o deferimento da produção antecipada da prova, a polêmica não é menos instigante.

Consoante majoritário entendimento doutrinário, enquanto nas ações penais a pretensão é punitiva, nas ações de natureza cautelar visa-se uma pretensão de segurança. É, portanto, intuitivo que o interesse de agir consiste em pedir uma segurança, sob pena de seu detentor ver-se despojado do amparo da futura tutela jurisdicional definitiva, ameaçada que se encontra de tornar-se inócua, estando a exigir uma providência imediata.

Com efeito, a fase instrutória não deverá ser suspensa totalmente. A colheita da prova testemunhal, a despeito de algumas valiosas opiniões em sentido contrário, deverá ser imediata, sob pena de esvaziar-se por completo, perdendo o vigor de seu conteúdo probatório, reservando-se, pois, a urgência para a realização das demais provas.

Mais uma vez, socorremo-nos da valiosa contribuição de Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra **Processo Penal**, vol. 2, págs. 483/484, Editora Saraiva, 1994, quando afirma:

“Conclui-se, pois, que não se suspende a fase instrutória na sua totalidade. Diz a lei: sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas (mesmo porque a solução do cível pode demorar, e um depoimento tomado tardiamente perde, inegavelmente, todo aquele vigor probatório). Quanto as outras provas acaso requeridas, deverão ser realizadas, se de natureza urgente.”

Concluimos, portanto, que o termo *urgente* contido no parágrafo primeiro da Lei

9271/96 não se refere à suspensão da fase instrutória por inteiro, sendo conveniente e oportuno a colheita da prova testemunhal em sua totalidade, sob pena de não o fazendo tornar vazio o conteúdo da prova oral, via de regra indispensável para o sucesso da pretensão punitiva estatal.

Do exposto, pode-se chegar a uma série de conclusões, que passamos a enumerar:

a) A suspensão do processo, prevista na Lei 9271/96, pode ser aplicada de imediato, mesmo nos casos relativos aos fatos ocorridos antes da vigência do referido dispositivo, conforme artigo 2º do CPP;

b) A suspensão da prescrição, prevista no mesmo artigo, não poderá ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9271/96, face ao princípio constitucional insculpido no artigo 5º inciso XL da Lei Maior;

c) Não há restrições à aplicação da suspensão do prazo prescricional aos fatos ocorridos após a vigência do aludido dispositivo legal, vez que a mesma se coaduna com o ordenamento jurídico em geral;

d) O termo *urgente* contido no aludido artigo 1º da Lei 9271/96 não significa suspensão por inteiro da fase instrutória, devendo ser colhida a prova oral por inteiro, sob pena de esvaziar seu conteúdo, face ao tempo decorrido.

* **Marcus André Chut** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.